



НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ

„НАЧЕЛА ДОБРЕ ВЛАДАВИНЕ – НАЧЕЛО ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ И НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ“

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК - ПРОЈЕКАТ

Косовска Митровица
2018. године



**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
2018.**

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

Проф. др Јелена Беловић

Уређивачки одбор:

Проф. др Владан Михајловић

Проф. др Марија Крвавац

Проф. др Олга Јовић Прлаиновић

Проф. др Дејан Мирковић

Доц. др Саша Атанасов

Технички уредник

Младен Годоровић

Дизајн корица

Кварк Краљево

Штампа

Кварк Краљево

Тираж:

50 примерака

ISBN 978-86-6083-055-7

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

ПРЕДГОВОР

Трећа 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 трећој свесци тематског зборника публиковано је 30 радова наставника и сарадника Факултета који су резултате својих истраживања у 2018. 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 и међународноправна област, Кривичноправна област, Правноекономска област, Уставноправна и управноправна област и Теоријскоправна и историјскоправна област.

Објављени радови саопштени су на научном скупу који је 24. децембра 2018. године одржан на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици. Одржавањем научног скупа званично је окончан рад на трогодишњем пројекту Факултета.

Осим што су штампањем треће свеске зборника радова са пројекта остварени предвиђени пројектни задаци за 2018. годину, значајно је и то да се на суд правничкој и широј јавности стављају резултати теоријских и емпиријских истраживања наставника и сарадника Факултета из различитих научних дисциплина. Надамо се да ће публиковани радови и саопштени резултати допринети свеобухватном и детаљном истраживању различитих правних института и друштвених феномена.

Уредник

Проф. др Владимир Боранијашевић

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА И МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Братислав Милановић</i> МОДЕЛИ ОБЕЗБЕЂИВАЊА ФИНАНСИЈСКИХ СРЕДСТАВА ЗА КРЕДИТНО ФУНКЦИОНИСАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА	11
<i>Проф. др Марија Крвавац</i> УНИФИКАЦИЈА ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА У ОКВИРУ ХАШКОГ ПРОЈЕКТА	31
<i>Проф. др Владимир Боранијашевић</i> ПРАВО НА ПРАВИЧНО ЗАДОВОЉЕЊЕ - Према Закону о заштити права на суђење у разумном року –	53
<i>Проф. др Олга Јовић Прлаиновић</i> СЛОБОДА ДЕТЕТА ОД СВИХ ОБЛИКА НАСИЉА	69
<i>Проф. др Јелена Беловић</i> ЗНАЧАЈ И НАЧИНИ САЗНАЊА СТРАНОГ ПРАВА	91
<i>Доц. др Страхинја Миљковић</i> ПРАВНИ ОДНОСИ КОД УГОВОРА О ФАКТОРИНГУ У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	101
<i>Доц. др Душко Челић</i> ЈУДИКАТУРА УНМИК-а У ОБЛАСТИ СТВАРНИХ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА У ПРИМЕНИ ИНСТИТУТА ОДРЖАЈА	117
<i>Доц. др Срђан Радуловић</i> ЗАСТАРЕЛОСТ КАО САНКЦИЈА АБУЗИВНОГ НЕВРШЕЊА СУБЈЕКТИВНОГ ПРАВА	135
<i>Др Гордана Дамјановић</i> ИНОВАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ПРОНАЛАЗАКА МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА	149
<i>Данијела Петровић</i> ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ И ЊЕНА НАКНАДА	163
<i>Горан Тишић</i> НЕКЕ РЕФЛЕКСИЈЕ О КОНЦЕПТУ ПОВЕРИЛАЧКЕ ДОЦЊЕ	173

<i>Јована Миловић</i> ОДСТУПАЊЕ ОД РЕСТИТУЦИЈЕ И ОДУЗИМАЊЕ ПРЕДМЕТА У КОРИСТ ДРЖАВЕ	189
---	-----

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Владимир В. Вековић</i> РЕПУБЛИКА СРБИЈА ПРЕД ИЗАЗОВИМА КЛИМАТСКИХ ПРОМЕНА	203
<i>Доц. др Драган Благић</i> АЛТЕРНАТИВЕ КАЗНИ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ	221
<i>Доц. др Здравко Грујић</i> НОВЧАНА КАЗНА – ПРЕИСПИТИВАЊЕ АЛТЕРНАЦИЈЕ КАО КАРАКТЕРИСТИКЕ САНКЦИЈЕ -	233
<i>Доц. др Саша Атанасов</i> ЗАШТИЋЕНИ СВЕДОК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	251
<i>Мирјана Ђукић</i> УСЛОВНО ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У СРБИЈИ – НОРМА И ПРАКСА	269

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Душанка Јововић</i> ЗНАЧАЈ НАЧЕЛА ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ ЗА ПОЛИТИКУ ФИНАНСИРАЊА ЕКОНОМСКОГ РАЗВОЈА ЕКСТЕРНИМ ИЗВОРИМА	287
<i>Проф. др Љубомир Митровић</i> СПЕЦИФИЧНОСТ ЗАДРУГА У СРБИЈИ У ОДНОСУ НА КАРАКТЕР ЕВРОПСКЕ ЗАДРУГЕ	301
<i>Доц. др Сузана Димић</i> МОГУЋНОСТИ ЗА ПРАВИЧНИЈИ ПРИСТУП ОПОРЕЗИВАЊУ ДОХОТКА У СРБИЈИ	323

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Владан Михајловић</i> КОНТРОВЕРЗЕ ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРАКСЕ У ОСТВАРЕЊУ НАЈБОЉЕГ ОБЛИКА И НАЧЕЛА ВЛАДАВИНЕ	335
<i>Проф. др Ђорђије Блажић</i> ИЗБОРНИ СИСТЕМ И БИРАЧКО ПРАВО	355
<i>Проф. др Слободанка Ковачевић - Перић</i> ПЕРСПЕКТИВА ДОСТОЈАНСТВЕНОГ РАДА	381
<i>Проф. др Дејан Мирковић</i> МЕЂУНАРОДНО ПРАВО И ПРИМЕНА ЕУ ЗАКОНОДАВСТВА У СРБИЈИ	395
<i>Доц. др Бојан Бојанић</i> НЕДОСЛЕДНОСТИ УСТАВНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ	405
<i>Ирена Божич</i> ЗАБРАНА НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ	419

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

<i>Проф. др Милорад Жижич</i> ОРГАНИЗАЦИЈА ДРУШТВА ДВАДЕСЕТ ПРВОГ ВЕКА	437
<i>Проф. др Радомир Стојановић</i> ДРУШТВЕНОСТ И ПРАВНОСТ	447
<i>Проф. др Сава Аксић</i> МОГУЋНОСТ УЈЕДИЊЕЊА НАРОДА НА ПРИМЕРУ УЈЕДИЊЕЊА ЈУЖНОСЛОВЕНСКИХ НАРОДА	457
<i>Доц. др Огњен Вујовић</i> ФУРТУМ И ДИВЉА СТВОРЕЊА	471

ГРАЂАНСКОПРАВНА И МЕЂУНАРОДНОПРАВНА
ОБЛАСТ

МОДЕЛИ ОБЕЗБЕЂИВАЊА ФИНАНСИЈСКИХ СРЕДСТАВА ЗА КРЕДИТНО ФУНКЦИОНИСАЊЕ МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА

Апстракт: Међународни монетарни фонд, основан давне 1945. год, програмиран је да својим финансијским механизмима реализује низ циљева у сфери све сложенијих односа на међународном економском плану. С тим у вези, ова глобална међународна финансијска организација постављене циљеве реализује кроз три функционална механизма: кредитирање држава чланица, као доминантан облик његовог финансијског деловања али и кроз надзорну функцију и функцију пружања техничке помоћи (за које се може рећи да су акцесорне у односу на већ поменути доминантни облик). Да би успешно реализовао своју основну - кредитну функцију, ММФ мора располагати са довољно финансијских средстава, која се категоријално деле на две основне врсте: основна, односно статутарна средства и позајмљена средства. У категорију основних, односно статутарних средстава сврставају се: квоте држава чланица које су државе дужне да уплате приликом учлањења у Фонд; специјална права вучења и резерве злата као нека врста надопуне уплатама држава чланица (квотама); и наплата камата и других накнада од већ закључених кредитних аранжмана са државама чланица које представљају додатни операциони приход Фонда. С друге стране, ММФ је овлашћен и да врши позајмљивање додатних средстава из других извора када је то неопходно за допуну недостајућих валута за нормално функционисање његових кредитних активности. Ове позајмице ММФ реализује закључивањем посебних споразума, како са државама чланицама тако и са државама нечланицама, међународним организацијама, али и са приватним субјектима.

Кључне речи: основна (статутарна) средства, квоте држава чланица, специјална права вучења, златне резерве, позајмљена средства.

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

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Међународни монетарни фонд (ММФ), основан је 1945. год да својим финансијским, правним и другим функцијама оствари (реализује) низ циљева у сфери све сложенијих односа на међународном економском плану. Обзиром да је (уз Светску банку), реч о најмоћнијој глобалној међународној финансијској организацији и њени циљеви су глобалног карактера, те у складу са њеним Статутом и другим правним актима, концепцијски се базирају на:

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

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

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

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

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

- смањењу степена и дужине трајања платнобилансне неравнотеже између чланица ММФ¹.

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

¹ IMF Articles of Agreement, Art. I.

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

Остваривање напред поменутих циљева, ММФ реализује кроз три функционална механизма и то: кредитирање држава чланица, као доминантан облик његовог финансијског деловања, али и кроз надзорну функцију и функцију пружања техничке помоћи (за које се може рећи да су акцесорне у односу на већ поменути доминантни облик).

Да би успешно реализовао своју основну-кредитну функцију, ММФ мора располагати са довољно финансијских средстава и он то чини на низ специфичних правно-економским механизмима.

С тим у вези, финансијска средства ММФ-а се могу категорисати као *основна средства*, мада се у правној техници Фонда чешће користи израз *статутарна средства (Statutory resource)*, из разлога што су њихове врсте и финансијске трансакције са њима прецизно уређени Статутом и другим правним актима Фонда и *позајмљена средства (Borrowed resources)*.³

У категорију *статутарних средстава* сврставају се: квоте држава чланица, које су државе дужне да уплате приликом учлањења у Фонд; специјална права вучења и резерве злата као допуна уплатама држава чланица (квотама); и наплата камата и других накнада од већ закључених кредитних аранжмана са државама чланицама које представљају додатни операциони приход Фонда (*Operational in Incomes*).⁴

С друге стране, ММФ је овлашћен и да врши *позајмљивање* додатних средстава из других извора, када је то неопходно за допуну недостајућих валута за нормално функционисање његових кредитних функција. Ове позајмице ММФ реализује закључивањем посебних споразума, како са државама чланицама тако и са државама нечланицама, другим међународним организацијама али и са одређеним приватним субјектима.

При томе, укупна финансијска средства ММФ-а су пласирана у Генералном департману (*General Department*), који се састоји из три посебна рачуна: Рачуна општих средстава (*General Resources Account*, у даљем тексту GRA), Рачуна за специјалне исплате (*Special Disbursement Account*, у даљем тексту SDA) и Инвестиционог рачуна (*Investment Account*, у даљем тексту IA)⁵. GRA рачун представља главни рачун Фонда, преко кога се одвија највећи број финансијских трансакција између ММФ-а и држава чланица. Овај рачун представља специфичан *пул валута*, који се састоји из капиталних уплата држава чланица у форми квота. С друге стране, преко SDA рачуна врше се инвестиционе трансакције у трговини златом, а могу се вршити и трансфери средстава у посебним приликама, најчешће за пружање финансијске помоћи државама са ниским приходима. Поред тога IA рачун

³ Megliani, M: *Sovereign Debt (Genesis - Restructuring - Litigation)*, Catholic University Milan, Italy, Switzerland, 2015, 279

⁴ IMF Articles of Agreement, Art. VII (1).

⁵ IMF Financial Operations, Washington, October 2014, 61 -73.

омогућава инвестирање средстава Фонда, до нивоа акумулираних резерви, у профитне тржишне хартије од вредности и друге инструменте међународних финансијских институција или држава чија се валута користи за инвестирање, Инвестициони инструменти ових операција (најчешће обвезнице) могу бити изражени у специјалним правима вучења или валутама које чине корпу тзв. специјалних права вучења, са роком доспелости од 1 до 3 године⁶. На овај начин остварени приходи могу се реинвестирати или се корисити за финансирање пословних и административних операција Фонда.⁷

II ОСНОВНА (СТАТУТАРНА) ФИНАНСИЈСКА СРЕДСТВА МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА

Као што је напред истакнуто, у статутарна средства (*Statutorz resource*) ММФ-а укључују се квоте држава чланица које су државе дужне да уплате приликом учлањења у Фонд, специјална права вучења и резерве злата, као нека врста надопуне уплата држава чланица (квотама) и наплата камата провизија и других накнада од већ закључених кредитних аранжмана са државама чланицама које представљају додатни операциони приход Фонда и о њима више речи биће у наредним излагањима.

1. КВОТЕ ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Међународни монетарни фонд је организован као акционарско друштво и у његовим органима одлуке се доносе по систему понедерисаног права гласа. Свака држава чланица добија почетних 250 гласова, а сваки следећи глас припада јој на сваких додатних 100.000 специјалних права вучења у основном капиталу Фонда. Прецизније, свака земља чланица има своју квоту у Фонду, а која је утврђена сразмерно релативној величини њене економије и представља основни елемент у финансијским и организационим односима чланица са Фондом⁸. Генерално, квота земље чланице се одређује

⁶ IMF Approves New Rules and Regulations for Investment Account, Press Release No. 13/37, February 4, 2013.

⁷ Другим амандманом на Статут Фонда, 1978. године, донета је одлука о крепању Инвестиционог рачуна, који је активиран 2006. године (већином због погоршања прихода Фонда), трансферисањем 5,9 милијарди СПВ-а са Рачуна огштних средстава (GRA). Извршни одбор је, 2008. године, установио нови модел прихода који омогућава диверзификацију извора прихода Фонда, финансирањем Инвестиционог рачуна ограниченом продајом златних резерви. Ова одлука ступила је на снагу 2011. године и праћена је ратификацијом већине држава чланица

⁸ Вукадиновић, Р. Поповић, В.: *Међународно пословно право*, Бања Лука - Крагујевац, 2005. 164

на основу њеног економског положаја у односу на друге земље чланице и при томе одређује:

- претплату, која означава максималан износ ресурса које је земља чланица обавезна да уплати у Фонд;
- гласачку моћ, односно способност држава чланица да формално утичу на одлучивање у ММФ-у;
- приступ финансирању, где држава чланица може да користи до 200 одсто своје квоте на годишњој основи и 600 одсто кумулативно, при чему одобрена средства могу бити и већа у одређеним околностима.⁹

Квота, дакле, одређује и гласачку снагу, која у великој мери зависи од економских критеријума и политичких снага које се узимају у обзир приликом одређивања истих. Прецизније, економски фактори треба да одразе позицију дате земље чланице у светској трговини и плаћањима. На основу висине квоте одређује се и колики проценат његових средстава земља може вући, као и учешће у алокацији специјалних права вучења.¹⁰

Економски снажне земље са, на пример високим бруто друштвеним производом (*gross domestic product*, у даљем тексту GDP), имају и већу квоту. Међутим, GDP није и једини одлучујући фактор, него се узима у обзир и обим текућих трансакција (основних трансакција које укључују међународну трговину) и величина званичних резерви земље.¹¹

Свака земља приликом ступања у чланство ММФ-а, има обавезу да уплати 25% своје квоте у виду специјалних права вучења или у конвертибилним валутама (амерички долар, евро, јен, фунта стерлинг) и 75% у својој националној валути. Када чланица позајмљује средства од Фонда, она помоћу домаће валуте откупљује страну валуту и обрнуто, када враћа зајам, односно када помоћу конвертибилних средстава (поново) откупљује своју валуту.¹²

⁹ IMF Quotas, September 24, 2015.

¹⁰ Јововић, Д.: *Међународне финансијске институције (Положај и интереси СР Југославије)*, Београд, 1997, 122.

¹¹ Земље које су важни извозници, као што је то нпр, Саудијска Арабија, могу имати високу квоту, јер за њиховим валутама постоји висока тражња. Економија Саудијске Арабије је веома зависна од извоза нафте, док је њена трговина пропорционално много мања у односу на пример на Канаду, те је квота Саудијске Арабије већа од Канадске иако је GDP Канаде четири пута већи од GDP-а Саудијске Арабије.

¹² Иницијалне квоте земаља оснивача Фонда одређиване су према Бретонвудској формули. Током рада Фонда показало се да оригинална формула због застарелости не одговара, па је 1963. године извршена ревизија метода израчунавања квота. Основни мисао био је давање већг значаја мањим земљама чланицама у Фонду, путем повећања

Висина квоте одређивала је максимални износ кредита које чланица може да прими од Фонда, односно од 25% до 125% своје годишње квоте, док је сада тај износ повећан на 200% квоте у току једне године. Прва транша, називала се златном траншом, јер је била једнака уплаћеном уделу чланарине у злату или конвертибилним валутама (златна транша данас се зове резервна транша, коју је земља могла да повуче по аутоматизму, без икаквих условљавања). Преостале четири транше, свака у еквивалентном износу од 25% квоте, некада су називане „кредитне транше“, док данас преовладава термин *више кредитне транше* (*uper credit tranches*), а њихово повлачење је условљено спровођењем одговарајуће економске политике коју захтева ММФ¹³.

Приликом узимања кредита код ММФ-а, земља је морала да уплати сопствену *националну* валуту, чије стање на рачуну ММФ-а није могло бити веће од 200% њене квоте. Пошто је земља 75% своје квоте већ уплатила у националној валути, могла је да повуче средства, односно кредит од Фонда у износу од 125% своје квоте, укључујући и златну траншу, на који начин би стање националне валуте код ММФ-а достигло 200% квоте. Касније, приликом враћања кредита Фонду, земља би помоћу конвертибилне валуте откупљивала своју националну валуту, све док се њено стање (код ММФ-а) не врати на 75% квоте.¹⁴

Уколико земља узме кредит код ММФ-а у својој валути и уколико стање валуте дате земље код Фонда опадне испод 75% квоте, онда иста земља може да позајми средства од ММФ-а у висини те разлике, а да при томе није у обавези да отплати ранији зајам. Ова могућност се означава као *супер златна транша*.

Међутим, уколико земља поред златне транше има и супер златну траншу, онда се збир ове две транше, умањен за износ кредита код ММФ-а, означава као *нето позиција* земље код ММФ-а (*net IMF position*). Дакле, нето позиција земље код ММФ-а у ствари представља разлику између квоте и износа кредита који земља има код ММФ-а у својој валути. Злато које је земља унела у ММФ приликом ступања у чланство означава се као *резервна позиција* земље, па тако нето и резервна позиција земље, заједно са девизним

значаја фактора трговине (увоза и извоза), а смањењем значаја фактора националног дохотка и монетарних резерви.

¹³ Јовановић-Гавриловић, П.: *Међународно пословно финансирање*, СИД, Економски факултет, Београд, 2008, 102.

¹⁴ Салваторе, Д.: *Међународна економија*, Економски факултет, Београд, 2009, 794.

резервама и специјалним правима вучења, чине *међународне резерве земље*.¹⁵

1.1. Ревизије квота

Одбор гувернера ММФ-а спроводи *општу* ревизију квота у интервалима од, обично, *пет година*. Свака промена квота мора бити одобрена већином од 85% од укупних гласачких права, а висина квоте земље чланице не може се мењати без њеног пристанка.¹⁶ У спровођењу опште ревизије квота мора се водити рачуна о две ствари и то: *величини општег повећања квота и дистрибуцији тог повећања међу земљама чланицама*. Општа ревизија квота омогућава Фонду процену адекватности квота, како у погледу потреба чланица за финансирањем платног биланса, тако и у погледу своје способности да помогне у задовољавању тих потреба, као и да повећање квота земаља чланица одражава промене у њиховим релативним позицијама у светској привреди.

Поред тога, могуће је и *селективно (ad hoc)* повећање квота, ван опште ревизије, које се не јавља често, али се практикује, у складу са пословном политиком Фонда.

Повећање квота земаља чланица је врло осетљиво питање, пошто може да промени однос снага у ММФ-у, па се у вези са тим воде преговори у развијеним земљама, које се углавном супротстављају значајнијем повећању, како општем, тако и селективном, из разлога што су квоте тих земаља ионако високе, па их свако опште повећање обавезује да уплате знатна додатна средства у Фонд. Такође, уколико се врши селективно повећање квота, то недвосмислено доводи до корекције квота појединих земаља чланица на рачун других, а тиме и до повећања или смањења права одлучивања у Фонду. С друге стране земље у развоју експлицитно се залажу за повећање својих квота на рачун квота развијених земаља, што, врло често доводи до отворених расправа и неслагања у погледу њихове ревизије.¹⁷

Из тог разлога извршни одбор ММФ-а је јануара 2008. године одобрио предлог за закључивање Тринаесте опште ревизије квота¹⁸, да би

¹⁵ Ковачевић, Р.: *Међународне финансије*, Економски факултет, Београд, 2011, 396 - 399.

¹⁶ IMF Articles of Agreement, Art. III (2) *Adjustment of quotas*.

¹⁷ Јововић, Д.: *op.cit.*, 41.

¹⁸ Приликом Тринаесте ревизије квота, у јануару 2008. године, одлучено је да се износ квота не мења, јер је оцењено да је постојећи износ квота довољан да задовољи потребе ликвидности Фонда. Међутим, већ 28. априла исте године, Одбор гувернера ММФ-а је одлучио да се иде на превремену ревизију квота и гласачке снаге. Реформски пакет из априла 2008. године детаљно разрађен, садржи следеће елементе: нову формулу

већ 5. новембра 2010, утврђен нови предлог за тзв. Четрнаесту општу ревизију квота¹⁹. Имплементација реформског пакета требала је резултирати повећањем укупних квота за 100 одсто и променом величине квота, која би боље одражавала релативну снагу земаља чланица ММФ у глобалној економији. Међутим, Резолуцијом Одбора гувернера, којом је одобрено опште повећање квота, одређено је да се ни једној зсмљи чланици неће повећати квота док не буду испуњена укупно три *кумулятивна* услова: 1) чланови са најмање 70% гласачких права се морају сагласити са наведеним повећањем;²⁰ 2) обавезност ступања на снагу Шестог амандмана на Статут Фонда;²¹ и 3) прихватање предложеног амандмана, из 2010. године, на Реформу Извршног одбора.²² У склопу наведене реформе, усвојена је и нова формула за израчунавање квота земаља чланица (Q), и то:

квоте; ad-hoc пораст квота за 54 земље које нису биле довољно заступљене према новој формули обрачуна квота; утростручен број основних (базних) гласова, како би се појачао глас најсиромашнијих земаља и како би се заштитила гласачка снага основних гласова у укупној гласачкој снази; обезбеђење додатних средстава за још два заменика директора у Извршном одбору ММФ-а из Африке и ревизија квота и права гласа на сваких пет година.

¹⁹ Конкретно, према одредбама Четрнаесте опште ревизије квота треба:

- дуплирати квоте са 238,4 милијарди СПВ на око 476,8 милијарди СПВ;

- пренети више од 6% удела квота са *веома* заступљених на *недовољно* заступљене земље чланице;

- пренети више од 6% удела квота земљама са тржиштем у настајању и земљама у развоју;

- значајно поравнати доделу квота, тако да ће Кина постати трећа највећа држава чланица ММФ-а; и

- очувати квоте и учешће права гласа најсиромашнијих земаља чланица. Ова група земаља је дефинисана као земље које испуњавају *PRGT* услове, а чији је приход по глави становника испод 1.135 долара у 2008. години (праг је поставило Међународно удружење за развој), док се у случају малих земаља тај износ удвостручује.

²⁰ Од 30. априла 2013. године, 149 чланова који имају 77,42 одсто квота ММФ-а (рачунајући од 5. новембра 2010.) пристало је на предложено повећање квота, те је на тај начин први услов испуњен.

²¹ Други услов је испуњен ступањем на снагу Шестог амандмана на Статут Фонда, у марту 2011. године. Овај амандман је, у суштини, утростручио „базне“ гласове чланова ММФ-а и успоставио механизам за очување удела базних гласова у укупном броју гласова. Такође, предвиђено је именовање другог Алтернативног Извршног директора из „конституенце“ (изборне јединице) са већим бројем чланова. *Базни гласови* су еквивалент квоте од 25 милиона СПВ, док је процедура додељивања базних и додатних гласова, према квотама чланицама, усвојена да би се нашла равнотежа између гласања које се заснива на једнакости између суверених земаља и гласања пропорционалног релативном економском значају земаља.

²² Трећи услов захтева прихватање амандмана за реформу Извршног одбора од стране три петине чланова који имају 85 одсто укупне гласачке снаге. Од 30. априла

$$Q = (0,5*Y + 0,3*O + 0,15*V + 0,05*R)k^{23}$$

С тим у вези, очекује се да промене, у контексту евентуалне Петнаесте опште ревизије, резултирају повећањем учешћа квота динамичних економија, у складу са њиховом релативном позицијом у светској економији. Значајније повећање квота омогућило би такође земљама чланицама да више користе „његова“ средства у оквиру нижих кредитних трансхи, али то имплицира слабију „условљеност“ Фонда,²⁴ те је увођење Петнаесте опште ревизије под великим знаком питања.

2. СПЕЦИЈАЛНА ПРАВА ВУЧЕЊА

После светске монетарне кризе шестдесетих година XX века и слабљења долара као светске валуте, на састанку „Клуба десеторице“ у Рио де Женеиру 1967. године и Стокхолму 1968. године договорено је да треба реформисати Међународни монетарни систем на начин да се, поред злата и долара, у функцију светског средства плаћања креира и посебно средство, „специјална права вучења“ (СПВ), односно „папирно злато“. СПВ су надокнађивала недостатак злата у монетарним резервама (које су од 1960.

2013. 136 чланица који поседују само 71.31% од укупног броја гласова прихватило је предложени амандман, тако да овај услов још увек није испуњен.

²³ Нова формула за утврђивање квота садржи следеће елементе:

- Четири променљиве исказане преко релативних удела са одговарајућим пондерима, и то: БДП (50%), отвореност (30%), економска варијабилност (V) (15%) и међународне резерве (5%);

- БДП (Y) се израчунава као комбинација БДП-а исказаног по тржишним ценама и по паритету куповних снага, при чему:

- БДП по тржишним ценама има пондер од 60%, а
- БДП по куповној снази има пондер од 40%;

Фактор компресије (к) од 0,95 примењује се на линеарну комбинацију четири наведене варијабле;

- Отвореност (O) се израчунава као годишњи просек збира текоћих плаћања и текућих примања у платном билансу (роба, услуга, прихода и трансфера) за период од пет година;

- Резерва (R) представља дванаестомесечни просек званичних годишњих резерви (девизне резерве, расположива СПВ, резервна позиција код ММФ и монетарно злато).

Фактор компресије од 0,95 смањује дисперзију израчунатих квота, релативизујући у одређеној мери значај величине (економије земље) у формули и примењује се на некомпримовану израчунату квоту.

²⁴ Paloni, A., Zanardi, M.: *The IMF, World Bank and Policy Reform*, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2006, 269.

године повећане за само 20%), јер се, са друге стране, обим светске размене повећао више од два пута.

Практична реализација договора извршена је 1969. године, када су првом изменом и допуном Статута фонда, СПВ, званично увршћена у његов финансијски систем²⁵. На тај начин, увођење СПВ добија свој пуни смисао, а то је „заштита“ већ рањивог међународног монетарног система и увођење неке врсте светског новца, како цео финансијски систем не би зависио само од једне земље, Сједињених Америчких Држава²⁶.

Формално - правно посматрано, специјална права вучења се могу сматрати финансијским инструментом који флукутира између држава чланица, а преко кога Фонд обезбеђује тражене валуте у замену за свој нови финансијски дериват²⁷. Материјално - правно посматрано, СПВ представљају међународну валуту чије је коришћење ограничено само на државе и међународне организације²⁸. Иако је учешће у систему СПВ-а факултативно, једном када држава прихвати такво учешће, дужна је да обезбеди потребну количину валутних средстава у замену за СПВ друге државе чланице²⁹.

Специјална права вучења су, дакле, међународна резервна актива коју ствара ММФ и додељује земљама чланицама као допуно постојећим монетарним резервама, Она су неусловљен облик ликвидности и могу се слободно користити у разним трансакцијама и операцијама, које су утврђене Статутом ММФ-а³⁰.

СПВ су на почетку вредела колико и један додар (односно 0,888671 грама чистог злата). После пада Бретонвудског система прешло се на флукутирајући режим девизног курса, те је од јула 1974. године вредност специјалних права вучења базирана на пондерисаном просеку вредности корпе главних светских валута. Тада се корпа састојала од 16 валута, а данас се састоји од 4 валуте (евро, јапански јен, фунта стерлинг и амерички долар). Ипак, Извршни одбор ММФ-а је, 30. новембра 2015. године, донео дуго очекивану (за Пекинг) одлуку о укључивању јуана у корпу СПВ. Међутим, ступање на снагу те одлуке је одложено на 10 месеци, односно до октобра

²⁵ Трифуновић, М.: *Међународни платни промет и монетарни систем*, Савремена администрација, Београд, 1983, 331.

²⁶ Унковић, М.: *Међународна економија*, Универзитет Сингидунум, Београд, 2009, 337.

²⁷ IMF Articles of Agreement, Art, XIX(5)

²⁸ Gianviti F: *Developments at International Monetary Fund - Special drawing rights*, у Effros, Robert: *Current legal issues affecting central banks*, vol 5. IMF, Washington, 1998, 1-13.

²⁹ IMF Articles of Agreement, Art, XIX(4).

³⁰ Данас су све земље чланице Фонда учеснице система СПВ, па могу да примају аконтације тих средстава, пропорционално својим квотама у Фонду.

2016. Учешће јуана је одређено на 10,92%. При том је учешће долара снижено само симболично: са 41,90 на 41,73%, док ће учешће евра пасти са 37,40% на 30,93%. Поред тога, смањиће се и учешће британске фунте стерлинга (са 11,30 на 8,09%), као и јапанског јена (са 9,40 на 8,33), што значи да ће се учешће две европске валуте (евра и фунте стерлинга) у корпи СПВ смањити за скоро 10 процентних поена.

Без обзира на напред наведено, како у теорији, тако и у пракси, правна природа СПВ је врло дискутабилна: понекад се изједначава са међународном валутом, некад са домаћом валутом, а не ретко и као механизам прилагођавања кредитној ликвидности³¹.

Мишљења смо, ипак, да су СПВ, међународна резервна актива Фонда (средства његових допунских резерви), али и обрачунска јединица, не само ММФ-а, већ и других међународних организација.

Предност коришћења СПВ у међународним трансакцијама огледа се у чињеници да СПВ *ублажавају последице наглих промена девизног курса једне валуте*. Осим тога, СПВ пружају земљи могућност да у одређеном износу *финансира трговински дефицит*. Такође земља је слободна у избору начина на који ће користити своја СПВ, јер су чланице Фонда у обавези да прихвате плаћања у СПВ до износа који је два пута већи од износа СПВ који је земљи додељен кроз њихову кумулативну алокацију³².

2.1. Алокације и коришћење специјалних права вучења

Сходно својим правним актима ММФ додељује СПВ земљама чланицама сразмерио њиховим квотама у Фонду. При томе је СПВ механизам самофинсирајућег карактера, из разлога што трошкове издавања Фонд наплаћује путем камате за коришћење СПВ. Међутим, ако чланица не користи било који од њених издвојених СПВ плаћа трошкове који су једнаки утврђеној камати. Међутим, ако земља чланица издигне сопствени износ СПВ-а изнад нивоа додељеног алокацијом, ефективно зарађује сопствену камату на тај исти вишак. Насупрот томе, ако поседује мање СПВ-а него што су јој додељена, она Фонду плаћа камату на тај мањак СПВ-а. Начелно, Статут Фонда дозвољава отказивања СПВ-а, али ова одредба никада није коришћена у пракси. При томе, битно је подвући да ММФ не може доделити СПВ себи или другим субјектима који су ван финансијког система Фонда³³.

³¹ Carreau, D, - Julliard, P.: *Droit international economique*, 4me e`d. Dalloy, Paris, 2010.

³² Ковачевић, Р.: *op. cit.* 424.

³³ Фонд сам одлучује која ће земља чланица примити СПВ, тако да земља која вуче специјална права у моменту вучења не зна која ће јој земља одобрити своју валуту

За доношење одлука у вези с креирањем СПВ потребна је квалификована већина од 85% укупних гласова у ММФ-у, па најзначајније земље чланице, односно оне које имају највећи утицај и највећу корист што су им валуте нека врста међународног новца, у ствари имају пресудан значај на даљу еволуцију СПВ-а. Истовремено пошто немају реалну подлогу као златни новац СПВ имају карактеристике данашњег папирног фидуцијарног новца. Оне се не могу сматрати, за сада, светским новцем, јер њихова куповна моћ није у директној вези са робом и услугама, пошто садрже *индиректни трансфер*, где националне валуте остају крајње средство плаћања.

Постоје две врсте алокације СПВ-а, и то општа и специјална.

Општа алокација СПВ-а мора да буду заснована на дугорочној глобалној потреби да се допуне постојеће резерве средстава. Одлуке о општим алокацијама се доносе за узастопне периоде од пет година, иако је општа алокација СПВ-а спроведена само три пута³⁴.

Специјална (једнократна) алокација СПВ-а, кроз Четврти амандман на Статут Фонда, спроведена је у септембру 2009. године, када је Фонд издао 21,5 милијарди СПВ-а. Сврха Четвртог амандмана огледа се у омогућавању свим члановима ММФ-а да учествују у систему СПВ-а по основу *правичности*, као и у исправљању чињенице да земље које су се придружиле ММФ-у после 1981. године (више од једне петине чланица ММФ-а) никада нису користиле ову врсту алокације СПВ-а до 2009. године. С тим у вези, општа и специјална алокација СПВ-а из 2009. године подигла је ниво издатих СПВ-а на 204 милијарде³⁵.

Уступљена СПВ земље чланице могу користити за следеће намене:

- за куповину страних валута потребних за покриће дефицита текућег платног биланса;
- за повећање властитих монетарних резерви, и
- за откуп своје валуте, у поседу трећих земаља³⁶.

за регулисање њеног биланса плаћања са иностранством. Земље чланице Фонда не могу одбити примање СПВ за своју валуту до двоструког износа додељених им СПВ. Чланице Фонда које приме СПВ преко двоструког износа имају право наплате камата на ту разлику. На позитивни салдо СПВ Фонд плаћа камату од 4% годишње, а на њихов негативни салдо нападају камату од 6%.

³⁴ Прва алокација је спроведена у укупном износу од 9,3 милијарди СПВ-а, у периоду од 1970-72 године, а друга је издвојила 12.1 милијарди СПВ-а, у периоду од 1979-81 године. Да би се помогло у ублажавању ефеката финансијске кризе, трећа општа алокација у износу од 161,2 милијарди СПВ-а је извршена 28. августа 2009. године

³⁵ Special Drawing Rights (SDRs), September 24, 2015.

³⁶ Катунарић, А.: *Принципи и пракса банковног пословања*, ПБ, Загреб, 1981, 319.

Земље чланице такође могу да, између себе, добровољно замењују СПВ за своје националне валуте, док „вучење“ специјалног новца Фонда земље чланице обављају аутоматски без посебног одобрења.

Државе чланице често морају да купују СПВ како би испунили обавезе према Фонду, али, такође, могу да продају своја СПВ да би прилагодили састав својих резерви. ММФ може да делује и као посредник између чланица и тзв. „прописаних“ носилаца СПВ-а, како би осигурао да ће СПВ бити размењена за слободно употребљиве валуте.

Без обзира на напред изнето, ипак је неспорна чињеница да у досадашњем међународном монетарном систему, основни фактор који спречава развој СПВ и њихову расположивост јесте непостојање везе између кретања међународне размене и алокације тих средстава. Могућност њиховог кретања зависи од оцене адекватности нивоа међународне ликвидности, за које ипак не постоје поуздани критеријуми квантитета. У условима данашње велике политизације Фонда, економски показатељи нису и основни критеријуми детерминисања потребног нивоа ликвидности, *већ то представљају монетарне политике земаља најзначајнијих светских валута*. Зато је циљ будуће монетарне реформе да се елиминише такав аутономни национализам и да се уведе *међународно одлучивање у оквиру Фонда*, што значи да кретање ликвидности не би било усклађено са кретањем платног биланса појединих земаља, већ са кретањем укупне међународне размене.³⁷

3. ЗЛАТНЕ РЕЗЕРВЕ МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА

У међународном монетарном систему злато је играло централну улогу све до колапса Бретонвудског система 1973. године. Иако се од тада улога злата почела постепено смањивати, злато је и даље важан део резерви многих земаља, а један од највећих званичних поседника злата у свету је, управо, ММФ.

Фонд располаже укупно са 90,5 милиона унци злата, односно 2,814.1 метричку тону злата. Његова укупна вредност, у билансу стања по текућим тржишним ценама, износи 114,8 милијарди долара³⁸. Део тих златних резерви ММФ је стекао пре, а део после друге измене и допуне Статута у априлу 1978.

Пре поменуте измене и допуне Статута, Фонд је своје златне резерве реализовао на следећи начин:

³⁷ Јововић, Д.: *op. cit.*, 67-70.

³⁸ Gold in the IMF. September 29, 2015.

1) када је основан ММФ, 1944. године, одлучено је да се 25 одсто почетне претплатне квоте и накнадна повећања квота држава чланица уплате у злату, одакле и потиче највећи део злата Фонда;

2) сва плаћања трошкова (камате земаља чланица за коришћење кредита ММФ-а) су, обично, вршена у злату;

3) када је једна земља чланица желела да откупи валуту друге земље чланице, могла је то да учини продајом злата ММФ-у (ову одредбу о продаји злата ММФ-у је највише искористила Јужна Африка у периоду од 1970. до 1971. године); и

4) земље чланице су могле користити злато да би вратиле Фонду претходно коришћене кредите.

Друга измена и допуна Статута ММФ-а у основи је променила улогу злата у међународном монетарном систему. Наиме, укинута је *улога* злата као заједничког именоватеља за систем размене валута коришћен после Другог светског рата (*златно правило*), избегнуто је управљање ценом злата или успостављање његове фиксне цене, и окончана је обавезна употреба злата у трансакцијама између Фонда и земаља чланица.

Након ограничења употребе злата у пословним трансакцијама, ММФ може продавати злато на основу *преовлађујуће тржишне цене*, а може и да прихвати злато земље чланице у извршавању обавеза (код отплата кредита) према договореној цени, на основу тржишне цене у време прихватања. Такве трансакције захтевају одобрење Извршног одбора и то већином од 85% гласова укупне гласачке моћи. Поред тога, ММФ нема овлашћења, према његовим члановима, да се укључи у било које друге златне трансакције (као што су кредити, лизинг, размене или употреба злата као залог), нити има пуномоћје да купује злато.³⁹

У децембру 1999. године, Извршни одбор Фонда је одобрио и тзв. *вантржишне* трансакције у злату, до 14 милиона унци, да би се помогло финансирање Иницијативе за помоћ презадуженим сиромашним земљама (*Heavily Indebted Poor Countries*). На бази те одлуке, у периоду од децембра 1999. до априла 2000. године, извршене су одвојене, али блиско повезане трансакције, које су обухватиле укупно 12,9 милиона унци злата између ММФ-а и две земље чланице (Бразила и Мексика). У првом кораку, ММФ је продао злато земљи чланици по тржишној цени а профит уложио на посебан

³⁹ ММФ је продао око једну трећину (50 милиона унци) злата, након договора са земаљама чланицама да се смањи улога злата у међународном монетарном систему. Једна половина је продата у форми реституције земљама чланицама (које су се сагласиле да купе злато сразмерно величини њихових квота, на дан друге измене и допуне Статута ММФ-а) по тада званичној цени од 35 СПВ по унци, а друга половина је продата на аукцији, на тржишту, за финансирање Старатељског фонда (*Trust Fund*), из кога се одобравају *повлашћене позајмице* најсиромашнијим земљама.

рачун у корист поменуте иницијативе. У другом кораку, ММФ одмах прихвата назад (купује), такође по тржишној цени, исту количину злата од земље чланице уговорнице од које потичу одговарајуће финансијске обавезе. Ове трансакције урађене су на тзв. „левој“ страни биланса Фонда, само књиговодствено, тако да је заправо физичко стање злата остало непромењено.

У новијој историји Фонда, Извршни одбор је 18. септембра 2009. године одобрио продају 403,3 тоне злата (12,97 милиона унци), што износи једну осмину укупне количине злата са којом је располагао Фонд.

Тиме је Извршни одбор ММФ-а потврдио своје дугорочне принципе, односно реализовање системске одговорности у изналажењу начина да се избегну поремећаји на тржишту, који би могли негативно утицати на: поседнике злата, резерве злата, произвођаче злата и функционисање тржишта злата.

Такође, у складу са новим моделом прихода Фонда, Извршни одбор је 18. октобра 2009. године донео одлуку да изврши продају скоро исте количине злата, а средства од продаје истог треба да ојачају капацитете Фонда за потребе повећања повлашћеног кредитирања.

Након тога, у фебруару 2012. године, Извршни одбор Фонда одобрио је дистрибуцију 700 милиона специјалних права вучења из резерви, услед неочекиваног профита од продаје злата (дистрибуција је реализована због веће остварене продајне цене злата од претпостављене, када је нови модел прихода усвојен од стране Извршног одбора), од чега ће најмање 90 одсто од износа бити доступно Фонду за смањење сиромаштва и привредни раст (*Poverty Reduction and Growth Trust*). Ова дистрибуција, која је ступила на снагу у октобру 2012, била је део финансијског пакета одобреног од стране Извршног одбора са циљем повећања кредитних капацитета Фонда.

4. КАМАТЕ, ПРОВИЗИЈЕ И ДРУГЕ НАКНАДЕ ОД РЕАЛИЗОВАНИХ КРЕДИТНИХ АРАНЖМАНА МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА ОД ДРЖАВА ЧЛАНИЦА

Иако у теорији, постоје схватања да ММФ технички не представља класичну кредитну институцију (већ својеврсну „ризницу“ валута која, генерално служи обезбеђивању стабилности међународног монетарног и финансисјког система), практично деловање ове институције недосмислено указује да је она комерцијалног (профитабилног) карактера, у смислу да за своје „услуге“ наплаћује одговарајуће финансијске накнаде (камате, провизије и сл.) и на тај начин допуњује своје капиталне потенцијале.

Врсте ових накнада, њихова величина, начин и услови плаћања и сл. у директној су зависности од типова кредитних аранжмана које фонд одобрава државама чланицама и циљева који се овим аранжманима желе постићи.⁴⁰

III ПОЗАЈМЉЕНА СРЕДСТВА МЕЂУНАРОДНОГ МОНЕТАРНОГ ФОНДА

Иако *основна* средства у Фонду представљају базни извор његове ликвидности, позајмице које врши од разних институција и кредитора обезбеђују значајну *привремену* допуну његових редовних средстава. Примера ради, уколико Фонд сматра да његова средства могу опати испод нивоа потребног земљама чланицама (у случајевима велике финансијске кризе и сл.) може допунити своја средства институтом *позајмљивања*, како од јавних, тако и приватних кредитора, са којима договора износе средстава, услове, рокове отплате и технику позајмљивања⁴¹. До сада је Фонд средства позајмљивао само од званичних институција (министарстава финансија и централних банака и Банке за међународна плаћања), иако има право да се, како смо истакли, задужује и код приватног сектора.

Фонд додатна средства обезбеђује преко Општег споразума о позајмљивању (*General Arrangements to Borrow*, у даљем тексту *GAB*) који је закључен 1962. године у Паризу⁴². *GAB* пружа могућност ММФ-у да повуче утврђен износ средстава од 11 индустријских земаља (или њихових централних банака), у оквиру посебних споразума, по каматним стопама које су повезане са тржишним каматним стопама⁴³. Потенцијални износ средстава које ММФ може да повуче у оквиру овог споразума је 17 милијарди СПВ (пре 1983. године максималан износ је био 6 милијарди СПВ), као и додатних 1,5 милијарди СПВ из додатног споразума са Саудијском Арабијом. С тим у вези, *GAB* средства се могу користити за финансирање транши у оквиру *stand-by* и проширених (*extended*) аранжмана, уз рок доспелости од 5 година.

⁴⁰ О врстама кредитних аранжмана, висини камата, провизија и других накнада видети више у : Милановић, Б.: *Кредитни аранжмани ММФ-а у савременом финансијском праву*, Тематски зборник, Косовска Митровица, 2016. 11-37

⁴¹ Paloni, A., Zanardi, M.: *op.cit.*, 269.

⁴² Иако је овај кредитни споразум представљао вредан извор допунског финансирања Фонда, ова новчана средства су се могла користити само за финансирање учесника *GAB*-а. За разлику од других споразума Фонда, измене уговорних одредби *GAB*-а захтевале су одобрење Извршног одбора Фонда, као и сагласност свих учесника овог кредитног споразума.

⁴³ Раније су каматне стопе на ове кредите биле испод тржишних каматних стопа, а након проширења *GAB*-а 1983. године (након дужничке кризе у Латинској Америци 1982. године), изједначене су са каматним стопама на специјална права вучења (СПВ).

Осим наведеног аранжмана, Фонд је 1998. године закључио и Нови споразум о позајмљивању (*New Arrangements to Borrow*, у даље, тексту *NAB*), којк представља скуп кредитних аранжмана између Фонда и 38 земаља чланица и посебног ентитета (*Hong Kong Monetary Authority*), укључујући и један број земаља са тржиштима у развоју, а користи се у околностима када ММФ мора да допуни своје квотне ресурсе за кредитне сврхе.⁴⁴

Такође, извршни одбор ММФ-а усвојио је 12. априла 2010, године одредбе о проширењу *NAB*-а, у коме би учествовало 13 нових земаља. Измењеним *NAB*-ом, који је ступио на снагу 11. марта 2011. године, повећан је максимални износ средстава која стоје на располагању Фонду на 370 милијарди СПВ (око 575 милијарди долара).

Како би овако проширени *NAB* био учињен што ефикаснијим средством за превенцију и управљање кризама, систем активирања *кредит-за-кредитом* под оригиналним *NAB*-ом је замењен успостављањем *опитег периода активације*, који траје до шест месеци⁴⁵. То практично значи да се средства позајмљена Фонду, у оквиру аранжмана са једном или више чланица *NAB*-а, могу користити највише шест месеци. У проширеном *NAB*-у, нови учесници могу бити примљени у било које време, уз сагласност учесника који представљају 85 одсто укупног кредитног аранжмана⁴⁶, а предлог одобрава Извршни одбор ММФ-а⁴⁷.

⁴⁴ *NAB* је првобитно предложен на самиту Групе Г-7 у Халифаксу 1995. године, након мексичке финансијске кризе. Због пораста забринутости да би у будућим финансијским кризама било потребно знатно више ресурса, учесницима самита је затражено да ступе у преговоре са Групом Г-10 и другим финансијски јаким земљама, у циљу развијања финансијских аранжмана који би удвостручили износ средстава на располагању Фонду под *GAB*-ом.

⁴⁵ Предлог Извршног директора ММФ-а био је да активирање *NAB*-а може да ступи на снагу само ако је конкретно активирање прихваћено од стране учесника који представљају 85 одсто укупних кредитних аранжмана учесника са правом гласа, а затим да га одобри Извршни одбор ММФ-а. На тај начин, предлог за повлачење средстава у оквиру *GAB*-а може бити учињен само у случају када предлог за успостављање периода активације под *NAB*-ом не би био прихваћен од стране *NAB* учесника..

⁴⁶ На пример, учешће Чилеа у *NAB*-у усвојено је 2002. године у време прве обнове овог споразума, С друге стране, укључивање нових учесника у *GAB*, могуће је само ако су једногласно прихваћени од стране постојећих учесника споразума.

⁴⁷ Средства из *NAB*-а су коришћена неколико пута. Први пут за финансирање *stand-by* аранжмана са Бразилом у децембру 1998. године, када је ММФ упутио позив за стављање на располагање 9,1 милијарди СПВ, од чега је искоришћено 2,9 милијарди СПВ. Други пут, априла 2011. године, када је *NAB*, активиран на максимални период од шест месеци, у износу од 21,1 милијарди СПВ. Поред тога, *NAB* је активиран још шест пута, на максимални период од шест месеци, који је почео 1. октобра 2011. године, а завршио се 1. априла 2014. године.

Bratislav MILANOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

MODELS FOR SECURING FINANCIAL MEANS FOR THE CREDIT FUNCTION OF THE INTERNATIONAL MONETARY FUND

Summary

The International Monetary Fund, established in 1945, is programmed to implement a series of goals in the sphere of increasingly complex relations on the international economic plan with its financial mechanisms. In this regard, this global international financial organization implements the set objectives through three functional mechanisms: lending to member states as the dominant form of its financial operation, but also through the supervisory function and function of providing technical assistance (which can be said to be accessory in relation on the aforementioned dominant form). In order to successfully realize its basic - credit function, the IMF must dispose with sufficient financial resources, which are categorically divided into two basic types: basic, i.e. statutory funds and borrowed funds. In the category of basic, i.e. statutory funds, the following are listed: the quotas of the Member States that the states are obliged to pay when joining the Fund; special drawing rights and gold reserves as some kind of complementary to payments made by Member States (quotas); and the collection of interest and other fees from already concluded credit arrangements with the Member States representing the additional operating income of the Fund. On the other hand, the IMF is authorized to lend additional funds from other sources when it is necessary to supplement the missing currencies for the normal functioning of its lending activities. The IMF is implementing these borrowings by concluding special agreements, both with the Member States and with non-member countries, international organizations, but also with private entities.

Keywords: basic (statutory) funds, Member States quotas, special drawing rights, gold reserves, borrowed funds.

ЛИТЕРАТУРА

Carreau, D, - Julliard, P.: Droit international economique, 4me e`d. Dalloy, Paris, 2010.

Current legal issues affecting central banks, vol 5. IMF, Washington, 1998.

Gianviti F: Developments at International Monetary Fund - Special drawing rights, y Effros, Robert:

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

Megliani, M: Sovereign Debt (Genesis - Restructuring - Litigation), Catholic University Milan, Italy, Switzerland, 2015.

Paloni, A., Zanardi, M.: The IMF, World Bank and Policy Reform, Routledge, Taylor & Francis Group, London and New York, 2006.

Вукадиновић, Р. Поповић, В.: Међународно пословно право Бања Лука - Крагујевац, 2005.

Јовановић-Гавриловић, П.: Међународно пословно финансирање, СИД, Економски факултет, Београд, 2008.

Јововић, Д.: Међународне финансијске институције (Положај и интереси СР Југославије), Београд, 1997.

Катунарић, А.: Принципи и пракса банковног пословања, ПБ, Загреб, 1981.

Ковачевић, Р.: Међународне финансије, Економски факултет, Београд, 2011.

Милановић, Б.: Кредитни аранжмани ММФ-а у савременом финансијском праву, Тематски зборник, Косовска Митровица, 2016.

Салваторе, Д.: Међународна економија, Економски факултет, Београд, 2009.

Трифунковић, М.: Међународни патни промет и монетарни систем, Савремена администрација, Београд, 1983.

Ћирић, А.: Међународно трговинско право (Општи део), Ниш, 2010.

Унковић, М.: Међународна економија, Универзитет Сингидунум, Београд, 2009.

Др Марија КРВАВАЦ*

341.94:347.6

УНИФИКАЦИЈА ПРАВИЛА МЕЂУНАРОДНОГ ПОРОДИЧНОГ ПРАВА У ОКВИРУ ХАШКОГ ПРОЈЕКТА

Апстракт: У контексту једнообразности решења и унификације прописа у области породичноправних односа са елементом иностраности од посебног је значаја активност Хашке конференције за међународно приватно право, најзначајније и најуспешније организације која се бави уједначавањем на пољу међународног приватног и приватног процесног права. Полазећи од важности међународне сарадње мрежа Хашких конвенција које уређују ову материју је без алтернативе, посебно на плану заштите деце потврђујући принцип најбољег интереса детета. Оне доприносе уједначавању решења у материји правосудне сарадње у породичним предметима који спадају у значајну и за регулисање крајње сложену правну област. Ово посебно када се има у виду да су проблеми међународног породичног права везани за миграције савремене породице и да се не могу решавати само у оквиру националних правних поредака. У раду су изложена основна решења успешних Хашких конвенција из области међународног родитељско-старатељског права.

Кључне речи: породично право, страни елемент, Хашке конвенције, унификација.

1. УВОД

Међународну сарадњу у породичним предметима са елементом иностраности означава закључивање бројних мултилатералних и билатералних конвенција. На регионалном нивоу модел Европске заједнице и пројекат Европске уније, који је отпочео шездесетих године прошлог века, представља најбољи пример стандардизације правила који треба да допринесе стварању генералног, заједничког права. У складу са тим, земље чланице остварују правосудну сарадњу у породичноправним односима унутар ЕУ тежећи да превазиђу јак утицај домаћег друштвено-политичког уређења, традиције, обичаја, културе. С друге стране, чланице заједно са другим земљама делују у оквиру више међународних организација, од којих је најзначајнија Хашка конференција за међународно приватно право. Рад

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

Конференције карактерише висок ниво сагласности чланица о потреби дефинисања и усвајања унификованих решења, основној сврси и циљевима који се њима постижу. Европска унија је постала чланица Хашке конференције 2007. године тако да приступа конвенцијама уместо држава чланица.¹ Уредбом бр.664/2009 утврђен је поступак за преговоре и закључивање споразума између држава чланица и трећих држава у материји надлежности, признања и извршења пресуда и одлука у имовинско-брачним предметима и питањима обавезе издржавања, као и права меродавног за издржавање.²

Велики број прекограничних спорова пред европским судовима произилази из породичних и статусних односа, у погледу којих надлежни органи (у већини) примењују исте међународне уговоре и усклађене националне системе међународног приватног права. Реч је о споровима који отварају широк спектар питања и који једнако утичу на грађане ЕУ и грађане трећих земаља. Сходно томе, правила Хашких конвенција подстичу расправу о нормативним решењима и практичним проблемима на различитим нивоима. Деловање конференције на подручју унификације међународног породичног права посебно је сложено када се узме у обзир да се материјално породично право тешко уједначава, с обзиром да се развијало под посебним националним и културолошким утицајем.

У материји породичноправних односа са елементом иностраности Хашка конференција је израдила низ конвенција међу којима су посебно значајне: Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980.); Конвенција о заштити деце и сарадњи по питању међународног усвојења (1993.); Конвенција о надлежности, меродавном праву, признању извршењу и сарадњи у погледу родитељске одговорности и мерама за заштиту деце (1996.); Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања (2007.) чиме су ублажене разлике у супстанцијалном праву које су повод сукоба закона и сукоба јурисдикција по овим питањима.

Конвенције имају широку примену у оквиру прекограничне сарадње и представљају темељ изградње унификованих правила приватноправних односа са елементом иностраности. Уједначавање међународног приватног

¹ Council Decision 2006/719/EC of 5 oktober 2006 on the accession of the Community to the Hague Conference on private International Law, OJ L 297, 26.10.2006, 1-14.

² Regulation /EC No.664/2009 of 7 july 2009 establishing a procedure for the negotiation and conclusion of agreement between Member State and third countries concernng jurisdiction, recognition and enforcement of judgments and decisions in matrimonial matters, matters of parental responsibility and matters relating to maintenance obligations, and the law applicable to matters relating to maintenance obligations OJ L 200/46, 31. 07. 2009, 25-31.

права од стране других међународних организација, у начелу је препуштено Хашкој конференцији.

2. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О ГРАЂАНСКОПРАВНИМ АСПЕКТИМА МЕЂУНАРОДНЕ ОТМИЦЕ ДЕЦЕ

Претпоставка унификације правила међународног приватног права јесте сагласност чланица међународне заједнице о потреби једнаких решења, основној сврси и циљевима који се њима постижу. У погледу сложене проблематике међународне отмице деце државе су достигле изванредан ниво сагласности о томе шта се уједначавањем правила жели постићи и којим правним захтевима се мора удовољити. Потреба међународне заштите деце од штетних дејстава незаконитог одвођења или задржавања условила је јединствено становиште о потреби усвајања заједничког документа земаља чланица Хашке конференције. Детаљне припреме имале су за резултат усвајање Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце 25. октобра 1980., са превасходним циљем изградње механизма међународне правне помоћи држава чланица и унапређења сарадње надлежних органа, у функцији што хитнијег враћања детета које је незаконито одведено или задржано у било којој држави уговорници.³ На светском нивоу, конвенција се примењује више од тридесет а у нашој земљи више од двадесет година.⁴ Упркос томе, конвенција оставља многа отворена питања и дилеме.

Правила Конвенције треба да обезбеде поштовање права на старање у другој уговорници и право на виђење која су установљена у држави уговорници.⁵

Одвођење или задржавање детета сматра се незаконитим ако представља повреду права на старање које је добила особа, институција или било које друго тело, колективно или појединачно по закону државе у којој је дете имало уобичајено боравиште пре одвођења или задржавања.⁶ Поред тога, нужно је да су права остваривана у време одвођења или задржавања појединачно или колективно, или би то била да није дошло до одвођења или задржавања. Конвенција се *rationae materie* примењује на случајеве у којима је дете непосредно пре повреде права на старање или виђење имало редовно боравиште у држави уговорници и ако је одведено или задржано у некој

³Ближе, Paul Beaumont & Jane Holliday, *Recent Developments on the Meaning of "Habitual Residence" in Alleged Child Abduction Cases*, Private International Law in the Jurisprudence of European Courts- Family at Focus, Osijek 2015, 37-57.

⁴"Службени лист СФРЈ"-Међународни уговори бр.7/91.

⁵ Вид. чл.1. Конвенције.

⁶ Вид. чл. 3 а) Конвенције.

држави уговорници, с тим што се под уобичајеним боравиштем детета подразумева место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину.

Право на старање може се стећи на темељу закона државе у којој је дете имало уобичајено боравиште пре одвођења или задржавања, или на темељу судске односно управне одлуке, или споразума који има правно дејство по праву те државе. Повреда права на старање постојаће уколико право на чување и васпитање детета произилази непосредно из закона те земље.⁷ Државе уговорнице имају обавезу да одреде Централни извршни орган који делује само у оквирима материје предмета регулисања, а који, поред осталог, има обавезу да пружи информације о важећим нормама односне државе у вези са применом конвенције.⁸ С друге стране, државни органи имају обавезу да хитно поступају по захтевима Централног органа у вези са замолницом, састављеном у складу са конвенцијским правилима о садржини замолнице. Судски и управни органи који су надлежни за доношење одлуке о враћању детета и којем је упућен захтев могу директно применити право, односно судске/ управне одлуке, без обзира да ли се званично признају или не у држави у којој се налази стално место боравка детета, без спровођења посебног поступка за доказивање тог права, или за признавање страних одлука.⁹ Механизам предвиђен конвенцијом омогућава повратак незаконито одведеног детета одмах без мериторног одлучивања о вршењу родитељског права на бази сарадње централних органа држава уговорница. Надлежни судски или управни орган државе уговорнице у којој се дете налази после одвођења може да нареди враћање само уколико је оно у тој држави мање од годину дана, а у супротном, само ако се дете није

⁷ Вид. чл.3. б) Конвенције.

⁸ Вид. чл.6. Конвенције.

⁹ Из стране судске праксе: Француски управни надлежни судови су требали да се изјасне о примени конвенције у случају *Godefrey* тј. одвођења малолетног детета од стране мајке у Канаду, земљу њеног порекла. Отац се обратио Министру правде, односно Бироу за правну помоћ у грађанским и трговачким стварима, као Централном надлежном органу у складу са конвенцијским правилима. Министар је обавестио подносиоца захтева да је његов захтев одбијен јер је само мајка у моменту одвођења имала родитељско право те само одвођење није било противправно и незаконито. Отац малолетног детета је поднео жалбу Паришком управном суду, на шта се он огласио ненадлежним, насупротив Апелационог управног суда који је прихватио надлежност. Савет је решавајући по жалби на касацију коначно потврдио да није реч о противправном одвођењу те да отац не може да успе у спору у оквиру конвенцијских права, указујући на некомпатибилност унутрашњих правила родитељског права, у конкретном случају, са Европском конвенцијом о људским правима и Конвенцијом УН о правима детета. *The Hague Convention on the Civil aspects International child Abduction, Journal du Droit International privé (Clunet), 2000, 725.*

уклопило у нову средину. Дакле, Конвенција предвиђа повратак незаконито одведеног детета али судски, односно управни орган државе којој се шаље захтев није дужан да нареди повратак детета уколико лице, институција или други орган који се супроставља његовом повратку докаже да лице, институција или друго тело није стварно остваривало право на старање у време одвођења или задржавања или да се сложило односно накнадно пристало на одвођење или задржавање; да постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности, психичкој трауми или довео дете у неповољан положај.¹⁰ Такође, судски, односно управни орган може одбити да нареди повратак детета ако се оно супроставља повратку, као и да је напунило године, односно стекло одређени степен зрелости када је потребно узети у обзир његово мишљење.¹¹ Уколико надлежни орган у држави којој је упућен захтев има разлога да верује да је дете одведено у неку другу државу може обуставити поступак или одбацити молбу за повратак детета.

Конвенција обезбеђује поштовање права на старање и виђење у држави уговорници, тако да органи државе у коју је дете одведено или у коју је задржано не могу одлучивати о садржини тог права после пријема обавештења о незаконитом одвођењу или задржавању, све док се не утврди да су испуњени услови за варањање детета према Конвенцији, или док не прође разуман рок после пријема обавештења да није поднет захтев за примену Конвенције. Прибављена одлука о старању, донета или призната у држави чији органи треба да наложе повратак детета, неће представљати основ за одбијање повратка детета.¹²

Централни извршни орган државе уговорнице има могућност да предузима мере ради отклањања препрека у остваривању права на виђење и да пружи помоћ при покретању поступка за остваривање и заштиту тих права.¹³ Приликом разматрања околности релевантних за повратак или одбацивање молбе за повратак детета судски, односно надлежни управни орган узима у обзир податке који се односе на социјално порекло детета прибављене од стране централног извршног органа или другог надлежног органа државе у којој је уобичајено боравиште детета.

Један број земаља има посебне националне прописе којима су, пре свега, уређена процедурална питања везана за примену Хашке конвенције, на темељу одредбе којом су државе уговорнице овлашћене да предузимају одговарајуће мере за обезбеђивање спровођења циљева Конвенције на својој територији, при чему могу да користе најефикасније расположиве

¹⁰ Вид. чл.12. Конвенције.

¹¹ Вид. чл.13. Конвенције.

¹² Вид. чл.17. Конвенције.

¹³ Вид. чл. 21. Конвенције.

поступке.¹⁴ Република Србија је по угледу на друге европске државе 2013. представила Нацрт Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања¹⁵ којим се регулишу одређена процедурална питања у случају међународне отмице деце, како би се омогућило остваривање циљева Конвенције (1980.). Послове Централног

¹⁴ Вид. чл. 2. Конвенције; Ближе, Марија Крвавац, Јелена Беловић, *Међународна отмица деце*, Зборник радова Копаоничке школе природног права "Праведно право и стварност" Правни живот бр. 10/2017, Београд, Том II, стр.155-169; Из праксе Европског суда правде; одлука у спору *Doris Povse v. Mauro Alraga* C-211/10 PPU од 1. јула 2010 ECR I-0000. Суд је требао да се изјасни по захтеву за претходним тумачењем Уредбе (ЕЗ) бр. 2201/2003 о надлежности и признању и извршењу судских одлука у брачним стварима и у поступцима о родитељској одговорности у поступку између г-ђе Povse и господина Alraga ради повратка њихове кћери Софије у Италију, која се заједно са мајком налазила у Аустрији, и одлуке о праву на старање детета. Правни оквир је представљала одредба чл. 3., 12 и 13. Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, као и поменута Уредба. Госпођа Povse и господин Alraga су живели са својом ћерком у Италији до краја јануара 2008. Према италијанском праву оба родитеља су имала право на старање, а када су се разишли мајка је напустила стан, док је *Tribunale per i Minorenni di Venezia* на захтев оца забранио да са ћерком напусти Италију. Упркос томе, мајка је напустила Италију и са дететом се настанила у Аустрији, због чега се отац обратио општинском суду у Леобену да би на темељу чл. 12 Хашке конвенције исходио повратак детета у Италију. Италијански суд је укинуо забрану за мајку и привремено право старања доделио мајци и оцу. Исти суд је 2009. наложио тренутни повратак детета у Италију и задужио Центар за социјално старање да осигура услове живота за мајку и дете. Међутим суд у Аустрији је донео привремену меру којом је право на старање пренео на мајку и одбио извршење италијанске одлуке са образложењем да је она повезана са великом опасношћу за дете односно да ће оно због тога имати психичке трауме. Европски суд правде је стао на становишту да: "чл.10 ст.б тч.ив. Уредбе бр.2201/2003 треба тумачити тако да привремено решење није "одлука о старању која не подразумева повратак детета" те не може довести до преноса надлежности на судове државе чланице у којој је дете противправно одведено. Чл. 11 ст.8 Уредбе треба тумачити тако да се на одлуку којом надлежни суд налаже повратак детета и онда примењује овај пропис ако тој одлуци није претходила коначна одлука овог суда о родитељској одговорности за дете. Чл. 47 ст.2 подст. 2 треба тумачити тако да се каснијом одлуком суда државе чланице извршења којом се одобрава привремено право на старање и које се сматра извршном према праву те државе, не може спречити извршење претходно донесене одлуке уз коју је издата и потврда, а којом надлежни суд државе порекла налаже повратак детета. Извршење одлуке уз коју је издата потврда не може се одбити у држави чланице извршења због тога што се од доношења одлуке промениле околности које би знатно могле угрозити добробит детета. Таква промена се мора истаћи пред судом државе чланице порекла, којим се мора и поднети евентуални предлог за обуставу извршења његове одлуке." Вид. *Crista Jessel-Holst, Hrvoje Sikirić, Vilim Bouček, Davor Babić, Međunarodno privatno pravo-zbirka odluka EU*, Narodne novine, Zagreb 2014, 571-599.

¹⁵ Нацрт закона доступан на www.mpravde.gov.rs

извршног органа у нашој земљи, у складу са Законом о потврђивању конвенције, обавља Министарство РС надлежно за послове правосуђа.¹⁶

3. КОНВЕНЦИЈА О ЗАШТИТИ ДЕЦЕ И САРАДЊИ У ОБЛАСТИ МЕЋУДРЖАВНОГ УСВОЈЕЊА

Више међународних правних докумената универзалног и регионалног карактера у области усвојења поставља суштинске принципе и смернице у националним оквирима и намеће обавезе државама чланицама. Њима се уређује питање државне процедуре која има за циљ обезбеђење најбољег интереса детета, заштиту деце као и правну сигурност код усвојења. По својој природи међудржавно усвојење је јавноправна установа тако да је за његово заснивање надлежан одговарајући државни орган који врши судску или управну власт.¹⁷ Одредба члана 20. Конвенције УН о правима детета¹⁸ прописује обавезу државама чланицама да обезбеде усвојење које ће одобрити само надлежни орган након што је утврдио да је оно у најбољем интересу детета. Ревидирана Европска конвенција о усвојењу (из 1967. ревидирана 2008.)¹⁹ обавезује државе чланице да предузму законске и друге

¹⁶ Ближе, Сања Марјановић, *Нека отворена питања примене Хашке конвенције о отмици деце у Републици Србији*, Зборник радова" Међународно приватно право у пракси европских судова-породица у фокусу", ПФ Осиек, 2015, 249-257.

¹⁷ Ближе, Марија Крвавац, Олга С. Јовић, *Међудржавно усвојење-признање и извршење страних одлука*, Правни живот бр. 3-4, 2008, 98.

¹⁸ "Службени лист СФРЈ"-Међународни уговори бр.15/90 и "Службени лист СРЈ- Међународни уговори бр. 2/97.

¹⁹ European Convention on the Adoption of Children No. 058 od 24. априла 1968. Доступна на: <http://convention.coe.int/treaty/EN/Treaties/Htm/058.htm> ; Уз праксе Европског суда за људска права - одлука у спору *Görgülü v. Germany* : Подносилац захтева *K.Görgülü* отац је ванбрачаног детета односно сина рођеног 1999. године у Немачкој из везе са госпођом М. Одмах након порођаја мајка је дала пристанак да се дете усвоји и потенцијални усвојитељи госпођа и господин Б. су дете одмах преузели и одвели својој кући. Два месеца касније подносилац захтева, отац детета је сазнао за рођење детета и за пристанак мајке на усвојење, због чега је поднео захтев како би он усвојио дете, а следећег месеца је признао дете за своје. Пред Окружним судом отац је након тога покренуо поступак у којем тражи да му се дете повери на чување и старање. Суд је после спроведеног поступка поверио дечака оцу али је због околности и заштите дететовог најбољег интереса за прво време одредио начин одржавања контакта оца и детета. На жалбе потенцијалних усвојитеља и надлежног органа социјалног старања суд је одлучио о наставку старања од стране потенцијалних усвојитеља, уз образложење да је то у најбољем интересу детета. Оцу је забрањен контакт са дететом. Европски суд за људска права је оценио да је дошло до повреде права на поштовање породичног живота на које се подносилац представке позивао. *Görgülü v. Germany*, Appl. no. 74969/01(2004) ECHR89, Judgment of February 26, 2004.

потребне мере које би осигурале сагласност националног права са Конвенцијом о чему ће обавестити Генералног секретара Савета Европе. Усвајањем Повеље о основним правима европско право препознаје потребу за аутономијом деце, непосредно уводи најбољи интерес детета и предвиђа да је у поступцима који се односе на децу, без обзира да ли их предузимају јавни органи или приватне установе, најбољи интерес детета од примарног значаја.²⁰

Усвојење са елементом иностраности први пут је на целовит начин уређено Хашком Конвенцијом о заштити деце и сарадњи у области међудржавног усвојења која је ступила на снагу 1. маја 1995. године.²¹ Уговорнице полази од тога да детету треба омогућити да одрасте у породичном окружењу тако да међународно усвојење долази у обзир тек када се дете у земљи из које потиче не може збринути проналажењем одговарајуће породице која би о њему бринула. Циљ Конвенције представља успостављање система сарадње између држава потписница како би се осигурало заснивање усвојења у најбољем интересу усвојеника уз поштовање његових основних права, спречавање трговине децом и обезбеђење признања међудржавног усвојења заснованог у другим државама чланицама Конвенције.²² Она се примењује у ситуацијама када усвојитељ-и и усвојеник не потичу из исте земље, односно уколико је дете које се усваја а које има пребивалиште у једној држави уговорници већ пресељено, пресељава се или треба да се пресели у другу државу уговорницу чији су становници усвојитељи. Конвенција познаје само потпуно усвојење што подразумева настанак трајног и нераскидивог родитељског односа између усвојитеља и детета.²³

Надлежни орган државе порекла има обавезу да утврди способност детета за усвојење као и да је међудржавно усвојење у његовом најбољем интересу. Са усвојењем се мора сагласити мајка детета, а исто тако и само дете уколико је с обзиром на узраст и степен зрелости у могућности да схвати смисао усвојења. Притом, морају се узети у обзир и жеље детета као и мишљење о потенцијалним усвојитељима и самом усвојењу. Сагласност за усвојење треба да представља резултат слободно изражене воље у законом прописаној форми.

²⁰ Повеља о основним правима ЕУ усвојена 7. децембра у Ници 2000/С 364/01 Official Journal of the European Communities 18/12/2000.; чл. 24. ст. 2 Повеље.

²¹ "Службени гласник РС"-Међународни уговори бр. 12/2013., Ближе о Конвенцији, N. Mayer Fabre, *La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matière d'adoption internationale*, *Revue critique de droit international privé*, 1994, 2, 259-274.

²² Вид. чл. 1. Конвенције.

²³ Вид. чл. 2. и 3. Конвенције.

Међудржавно усвојење је могуће уколико орган државе у којој се заснива усвојење пружи саветодавну помоћ потенцијалним усвојитељима; уколико је утврдио да су они подобни за усвојитеље; уколико је детету признато право на стално настањење у држави пријема као и стицање држављанства под олакшаним условима.²⁴ Државе чланице конвенције имају обавезу именованја Централног органа који води јединствену евиденцију и статистику усвојења. Осим тога, Централни орган има обавезу да непосредно, или преко других органа, предузима све мере како би спречио стицање противправне имовинске користи или привилегије у вези са усвојењем; да предузима одговарајуће мере како би се сакупиле и размениле информације о деци подобној за усвојење и потенцијалним усвојитељима. У складу са тим, државе уговорнице су дужне да проследе податке о називима и адресама Централних органа и надлежних органа Сталном бироу Хашке конференције за међународно приватно право.

Особе које имају пребивалиште у једној држави уговорници а желе да усвоје дете, грађанина друге државе уговорнице, могу поднети захтев Централном органу државе у којој живе. Уколико Централни орган оцени да су подносиоци захтева подобни да усвоје дете припрема извештај који треба да садржи податке о идентитету, пореклу, породичне и медицинске податке, друштвеном окружењу, разлозима за усвојење, карактеристикама деце о којој подносиоци захтева могу да се старају и о њиховој способности да испуне захтеве међудржавног усвојења. Овакав извештај се прослеђује Централном органу земље порекла детета, који, пошто утврди адоптивну способност детета, припрема извештај са информацијама о детету, његовом пореклу, социјалном окружењу, здравственом стању, о његовим биолошким родитељима. Осим тога, Централни орган треба да прибави све потребне сагласности за усвојење детета, те да је пресељење детета из државе порекла у државу адоптивних родитеља у најбољем интересу детета. Конвенцијска правила фаворизују примену националних прописа државе порекла који захтевају да се усвојење домаћег држављанина изведе у тој држави или забрањују пресељење детета у земљу пријема пре заснивања усвојења. Одлука о поверавању детета адоптивним родитељима може се донети ако су се централни органи државе порекла и државе пријема сагласили да усвојење може да почне. Уколико је међудржавно усвојење оствариво тек после пробног смештаја будућег усвојеника код будућих усвојиоца а Централни орган државе чији су становници усвојитељи закључи да смештај или његово даље продужавање није у интересу детета, дужан је да предузме неопходне мере у циљу заштите детета. Уважавајући узраст и степен зрелости детета Централни орган га мора обавестити о мерама које намерава да предузме и

²⁴ Вид. чл.5. Конвенције.

мора добити сагласност за предузимање истих.²⁵ Усвојење које је потврдио надлежни орган државе у којој је засновано признаје се у другим државама чланицама конвенције, тако да ће дете у држави пријема и свим осталим земљама у којима је усвојење признато имати положај усвојеног детета, што подразумева прекид веза са природним родитељима под условом да потпуно усвојење познају права поменутих држава.²⁶ Поред тога, конвенција забрањује контакт између потенцијалних усвојитеља и природних родитеља детета, осим ако се усвојење врши у оквиру породице или ако је контактирање у складу са националним прописима државе порекла детета. Усвојеник може имати приступ информацијама под законом прописаним условима.²⁷ Признање међународног усвојења може се сврстати у концепт заштите права детета и људских права уопште као свеукупна брига друштвене заједнице за сваког њеног члана.²⁸

Државе могу осигурати заштиту усвојеника адекватним прописима о директној и индиректној надлежности уз поштовање општих начела дефинисања међународне надлежности.

4. ХАШКА КОНВЕНЦИЈА О НАДЛЕЖНОСТИ, МЕРОДАВНОМ ПРАВУ, ПРИЗНАЊУ И ИЗВРШЕЊУ ОДЛУКА, И САРАДЊИ У ПОГЛЕДУ РОДИТЕЉСКЕ ОДГОВОРНОСТИ И МЕРА ЗА ЗАШТИТУ ДЕЦЕ

У прилог заштити деце и дечијих права у међународним оквирима Хашка конференција је на XVIII. заседању 1996. донела Конвенцију о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у погледу родитељске одговорности и мерама заштите деце.²⁹ Земље чланице су усвијиле овај документ полазећи од потребе побољшања заштите деце у међународним ситуацијама и оквирима у жељи да се избегну сукоби између појединих правних система у погледу надлежности, меродавног права, признавања и спровођења мера за заштиту деце, и тежећи већој једнообразности законских прописа у посебно осетљивој димензији људских права. Наиме, тек су осамдесете године прошлог века означиле прави

²⁵ Вид. чл. 21. Конвенције. Вид. Олга Цвејић Јанчић, *Баланс интереса и приоритети којима треба тежити у области усвојења*, Правни живот бр. 9/2005, Београд, стр. 113.

²⁶ Вид. чл. 26. Конвенције.

²⁷ Вид. чл. 29-31. Конвенције.

²⁸ М. Крвавац, О. С. Јовић, цит. чланак, 98.

²⁹ Convention on jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Recognition, Respect of Parental Responsibility and Measures for the protection of Children, "Сл. гласник РС-МУ" бр. 20/2015.

прогрес и значајан напредак права детета у глобалним размерама, у чијим оквирима су од есенцијалног значаја резултати Хашке конференције за међународно приватно право остварени у оквиру основног задатка уједначавања међународног приватног права уопште, па тако и права детета, њихових интереса и њиховог правног положаја.³⁰

Циљеви конвенције садржани су у првом члану који обавезује државе потписнице да одреде државне органе надлежне да предузимају мере у сврху заштите лица или имовине детета; да одреде важеће прописе које ће надлежни органи примењивати у вршењу своје надлежности; да утврди право меродавно за родитељску одговорност; да обезбеди признавање и извршење мера заштите у свим државама уговорницама; да успостави такву сарадњу између органа држава уговорница која може бити неопходна у остваривању конвенцијских циљева.³¹ Неведене мере примењују се на децу од њиховог рођења до навршене 18-те године живота и могу се посебно односити на : поверавање, остваривање, престанак или ограничење родитељске одговорности, као и на њено уступање; право на старатељство, укључујући и права која се тичу бриге о личности детета посебно, право одређивања места боравишта детета као и права приступа укључујући и право да се дете одведе на ограничени временски период у место које није његово уобичајено боравиште; на старатељство, туторство и сличне институције; именовање лица и тела која ће вршити надзор и водити бригу над дететовом личношћу или имовином, која ће га заступати или му помагати ; смештај детета у хранитељску породицу или у одређену институцију, или одређивање заштите путем кафала или аналогне институције; надзор од стране државног органа овлашћеног за заштиту деце над сваким лицем којем је дете поверено: управљање, чување и располагање имовином детета.³²

Конвенција се не примењује на утврђивање или оспоравање односа родитељ-дете; на одлуке о усвојењу, припремне радње за усвојење или поништење односно укидање усвојења; на име и презиме детета; на еманципацију детета; обавезе издржавања; право наслеђивања; на социјално осигурање; јавне мере опште природе по питањима образовања и здравља; на

³⁰ Дубравка Храбар, *Права дјецe као права човјека*, Наша законитост 7-8, 1989, Загреб, 866.

³¹ Вид. чл.1 Конвенције. За сврхе ове конвенције термин "родитељска одговорност" обухвата родитељско право или било који сличан однос овлашћења који утврђује права, овлашћења и одговорности родитеља, старатеља или других правних заступника у односу на лица и имовину детета. (чл.1 ст.2 Конвенције)

³² Вид. чл. 3. Конвенције.

мере које су предузете као последица кривичног дела које су починила деца; одлуке о праву на азил и имиграцију.³³

4.1 Конвенцијски критеријуми надлежности и примене меродавног права

Конвенција уређује проблем јурисдикције, надлежности судских и управних органа држава уговорница за предузимање мера заштите личности детета и имовине. Кључни критеријум за одређивање месне надлежности представља место уобичајеног боравишта детета (*habitual residence*), док су за случај промене и одласка детета у другу државу потписницу надлежни судски, односно управни органи државе у коју се дете одселило.³⁴ То важи и за децу избеглице и прогнанике која су се у таквој ситуацији нашао због немира или ратних сукоба, као и за децу чије се стално место боравка не може утврдити.

За случај неовлашћеног премештања, или противправног задржавања детета судски или управни органи власти државе потписнице у којој је дете имало своје уобичајено боравиште пре предузимања таквих радњи задржавају своју надлежност све док дете не стекне уобичајено боравиште у другој држави, уз услов да је свака особа, институција или друго тело које има право на старатељство прихватило премештај или задржавање или да је дете боравило у тој другој држави дуже од године након што је лице, институција или друго тело које има право на старатељство сазнало, или је требало сазнати, где се дете налази, а о ниједном захтеву за повратак детета (које се налази у његовом новом окружењу) поднетом унутар тог рока још није одлучено. Конвенција појашњава појам противправно одвођење или задржавање детета као кршење права старатељства додељеног лицу, институцији или другом органу заједно или индивидуално по закону државе уобичајеног боравишта детета, непосредно пре одвођења или задржавања. Иначе, докле год судски или управни органи државе у којој је дете већ имало уобичајено боравиште задржавају надлежност, органи државе потписнице у којој је дете премештено или задржано могу само спроводити поједине хитне мере неопходне за заштиту личности детета и његове имовине.³⁵ На темељу најбољег интереса детета надлежним се могу огласити органи државе држављанства детета; органи државе у којој је имовина детета; државе пред којим је органима поднета тужба за развод или за поништење брака

³³ Вид. чл.4. Конвенције.

³⁴ Вид. чл.5. Конвенције

³⁵ Вид. чл.11. ст.1 Конвенције.

родитеља детета³⁶ и органи државе са којом је дете у тесној вези. Уколико процене да могу боље одредити шта је у најбољем интересу детета органи тих држава могу захтевати од надлежних органа дететовог уобичајеног боравишта, директно или преко извршног органа те државе, да им се додели надлежност за предузимање мера заштите које сматрају неопходним или да позову странке да поднесу такав захтев органима државе у којој дете има уобичајено боравиште.

У обављању дужности судски или управни органи примењују домаће законске прописе, изузев када је потребно заштити личност или имовину детета у ком случају могу да примене, или узму у обзир, закон друге државе у одређеној вези са предметом. На примену меродавног права може да утиче и чињеница да је дете променило своје уобичајено боравиште тако да ће меродавно бити право државе у коју се дете одселило. У том случају прописи државе у коју се дете одселило одређују и услове примене мера предузетих у држави у којој је дете имало претходно уобичајено боравиште. Додељивање или престанак родитељске одговорности подлеже праву државе у којој дете има уобичајено боравиште. Родитељска одговорност и даље постоји и након промене пребивалишта односно уобичајеног боравишта у другу државу према закону државе у којој дете уобичајено борави. Извршење родитељске одговорности подлеже, такође, прописима државе у којој дете стално борави, док евентуална промена пребивалишта/боравишта детета има за последицу и промену меродавног права којим се одређује извршавање родитељске одговорности у корист примене закона државе новог места редовног боравишта.³⁷ Конвенција је прихватила уобичајено боравиште као примарну одлучујућу чињеницу и примарно међународно надлежан форум, које се данас сматра најприкладнијим посебно за доношење одлука о добробити детета. Примена редовно меродавног права може се одбити уколико би очигледно била у супротности са јавним поретком државе суда. Код оцене противности јавном поретку конвенција обавезује уговорнице да воде рачуна да ли се на тај начин штити најбољи интерес детета. Одредбе о меродавном праву једине

³⁶ Надлежни органи државе потписнице који треба да одлучују о детету са уобичајеним боравиштем у другој земљи, а чији су родитељи поднели захтев за развод или поништење свог брака могу, уколико закон њихове државе то предвиђа, предузети мере за заштиту дететове личности или имовине ако : у време покретања поступка један од његових родитеља стално пребива у тој држави и има родитељску одговорност према детету, ако је надлежност ових органа да предузму такве мере прихваћена од родитеља или неке друге особе која има родитељску одговорност према детету и ако је то у најбољем интересу детета. Надлежност тих органа престаје чим се донесе одлука којом се прихвата или одбија захтев за развод, или поништење брака или ако је поступак завршен из неког другог разлога. Вид. чл.10 Конвенције.

³⁷ Вид. чл. 16. и 17. Конвенције.

имају универзални карактер, односно упућују на одредбе материјалног права било уговорнице или неугворнице.

Мере које предузимају органи једне државе уговорнице признају све друге чланице конвенције и спроводе их као да су мере донете од стране домаћих надлежних органа, осим: када мере предузима орган чија се надлежност не заснива на конвенцијским одредбама које се тичу критеријума надлежности и меродавног права; уколико су мере предузете, изузев хитног случаја, у контексту судског или управног поступка а да дете није саслушано; кршењем основних принципа поступка државе која подноси захтев; на захтев било које особе која тврди да те мере нарушавају њену родитељску одговорност; уколико су у супротности са јавним поретком; ако таква мера није у сагласности са мером предузетом у држави која није потписница у којој дете стално борави; ако се није спровела процедура консултовања са главним извршним органом у вези са могућношћу смештаја детета у породицу усвојитеља или у неку установу, или ако мере треба реализовати у другој држави потписници. Дакле, државе потписнице су дужне да именују Централне извршне органе³⁸ који међусобно сарађују у вези са применом конвенције, предузимају кораке у смислу прибављања информација о законским прописима и расположивим службама које се баве заштитом деце, у вези олакшања комуникације, посредовања, нагодбе или сличних решења за заштиту дететове личности и имовине, пружања помоћи у откривању где се дете налази или где се чини да може бити, и уколико је потребно, у вези заштите унутар територије државе којој се подноси захтев да се иста пружи. У случајевима када је то неопходно због ситуације у којој је дете налази надлежни органи могу затражити од органа било које друге државе уговорнице информацију битну за заштиту детета, уколико је исти поседује.³⁹

Конвенција може у одређеним ситуацијама утицати на примену Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце између држава уговорница обеју конвенција. Наиме, за случај насилног одвођења или противправног задржавања детета од стране оног родитеља које нема право на старање надлежни органи државе уговорнице могу затражити од органа друге уговорнице помоћ у спровођењу мера заштите које се предузимају по овој конвенцији.⁴⁰ Уколико су обавештени да је промењено пребивалиште детета или да се дете налази у некој другој држави надлежни органи држава уговорница у којој су предузете мере за заштиту детета, или

³⁸ Вид. *Опште одредбе* чл.45. ст.1 Конвенције.

³⁹ Вид. чл. 34. Конвенције.

⁴⁰ Ближе, Dijana Jakovec Lozić, *Novi prilog na putu zaštite dječijih prava-Haška konvencija o nadležnosti, primjeni, prihvaćanju i izvršenju, (odluka), te o suradnji s obzirom na roditeljsku odgovornost i mjere dječije zaštite*, Pravni vjesnik, 13/1997, 3-4, 170-188, PF Split.

се исте разматрају, обавестиће надлежне органе те друге државе о опасности и предузетим мерама које се тичу детета када је оно изложено озбиљној опасности.

5. ХАШКИ ПРОТОКОЛ О МЕРОДАВНОМ ПРАВУ ЗА ОБАВЕЗЕ ИЗДРЖАВАЊА

Хашка конференција за међународно приватно право је на свом XXI заседању усвојила два међународна документа која би требало да омогуће међународну наплату издржавања, Конвенцију о међународној наплати алиментације и других облика породичног издржавања и Протокол о праву меродавном за обавезе издржавања.⁴¹ Одредбе о меродавном праву формално су раздвојене од одредаба Конвенције и усвојене у облику Протокола, тако да су колизионе норме Протокола саставни део Уредбе Европског Савета (ЕС) бр.4/2009 од 18. децембра 2008. о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у стварима које се односе на обавезе издржавања,⁴² која у члану 15. упућује на примену одредаба Протокола у погледу одређивања меродавног права за обавезе издржавања. Циљ доношења Протокола био је исправљање недостатака појединих решења Конвенције о праву меродавном за обавезе издржавања према деци (1956.) и Конвенције о праву меродавном за обавезе издржавања (1973.).⁴³ Европска Унија је ратификовала Протокол (осим Данске, Велике Британије, Северне Ирске) тако да у односима између држава чланица Протокол замењује две поменуте конвенције.⁴⁴ Назив овог документа је изабран како би се нагласило "заједничко порекло и функционална повезаност" Протокола и Конвенције о остваривању издржавања.⁴⁵ Оба документа су усвојена у циљу лакшег остваривања права на издржавање у ситуацијама када се дужник и поверилац налазе у различитим државама. Наша земља је потписала (2012.) и ратификовала Протокол и тиме изразила пристанак на обавезивање у погледу његове примене.⁴⁶

⁴¹ Andrea Bonomi, *Protokol of 23. November 2007 on the law applicable to Maintenance Obligations*, Explanatory Report: Permanent Bureau of the Conference, Churchillplein 6b, Haag, Netherlands, октобар 2009, 12.

⁴² Сл. Лист ЕУ, Л 7, 10.01.2010, 1-79.

⁴³ Хашка конвенција о праву меродавном за обавезе издржавања према деци је на снази у 14 држава (рачунајући и Макао у НР Кини) док Хашка конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања важи у 15 држава. Преузето са www.hcch.net.

⁴⁴ Ближе, Бернадет Бордаш, Петар Ђундић, *Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања-најновији извор међународног приватног права у Србији*, Зборник ПФ у Новом Саду, 1/2013, 133-152.

⁴⁵ А. Воноти, нав.извештај, 337.

⁴⁶ "Службени гласник РС-Међународни уговори" бр. 1/2013.

Протоколом се одређује меродавно право за обавезе издржавања које произилазе из породичних односа, крвног сродства, брака или тазбинског сродства, укључујући обавезе издржавања према детету без обзира на брачно стање родитеља, односно да ли је оно рођено у браку или ван њега.⁴⁷ Поред тога, Протокол се примењује чак и ако је меродавно право државе која није држава уговорница,⁴⁸ и не допушта стављање било каквих резерви.⁴⁹ У погледу обавезе издржавања између побочних сродника Протокол се не примењује.

5.1 Колизiona решења протокола

Праву државе уобичајеног боравишта повериоца издржавања подлеже обавеза издржавања, уколико Протоколом није другачије одређено.⁵⁰ Реч је о општем колизиином решењу које прихвата уобичајено боравиште повериоца издржавања и у случају његове промене, с тим што се тада колизиино решење примењује од тренутка настанка промене.⁵¹ На тај начин је спречено постављање проблема мобилног сукоба закона у примени општег колизииног правила Протокола. Реч је о традиционалном колизиином решењу које почива на правној и чињеничној вези са средином у којој ће поверилац издржавања користити издржавање на које је остварио право.

У односу на одређене категорије поверилаца Протокол допушта примену посебних правила и одступање од општег колизииног решења.⁵² Ради се о обавези издржавања родитеља према деци; обавези издржавања свих осталих лица, осим родитеља, према лицима која нису навршила 21. годину живота, осим када обавеза проистиче из брака; и обавези издржавања деце према својим родитељима.⁵³ Независно од општег колизииног решења, ако је поверилац издржавања поднео захтев надлежном органу државе у којој дужник има своје уобичајено боравиште примењује се право државе суда (*lex fori*). Уколико применом тог права поверилац издржавања не може добити издржавање од дужника примењује се право уобичајеног боравишта повериоца издржавања. Међутим, ако применом права уобичајеног

⁴⁷ Вид. чл. 1. ст. 1 Протокола. Решење о ванбрачним партнерима је у складу са Породичним законом РС (ст.2 чл.152) "Сл.гласник РС" бр.18/2005 и 72/2016.

⁴⁸ Вид. чл. 2. Протокола.

⁴⁹ Вид. чл. 27. Протокола.

⁵⁰ Вид. чл. 3. Протокола.

⁵¹ О основним колизииним решењима Протокола, Мирко Живковић, *О примени Хашког Протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Србије*, Зборник ПФ-Ниш, бр.65/година LI, 2013, 79-93.

⁵² Вид. чл. 4. Протокола.

⁵³ Вид. чл. 4. ст. 1 Протокола.

боравишта и права земље суда поверилац не може добити издржавање, меродавно је право државе заједничког држављанства, уколико га поверилац и дужник имају (*lex nationalis communis*).⁵⁴ Из тога произилази да поменута лица имају повољнији положај у односу на остале повериоце имајући у виду да им је омогућена примена права која је за њих у конкретном случају повољнија. Обавезе издржавања између брачних другова, бивших брачних другова или лица чији је брак поништен не подлежу општем колизионом решењу Протокола уколико једна од страна поднесе приговор и ако је право друге државе, посебно државе њиховог задњег уобичајеног боравишта, у ближој вези са браком у ком случају се примењује право те друге државе.⁵⁵ Теорија указује на проблематику у примени овог решења када је захтев поднет за време трајања брака, што доводи до примене различитих права на захтеве за издржавање деце према родитељима и супружника једно према другим, као и да је некада тешко одредити право које је било примењено на развод брака (посебно када је брак разведен на основу кумулативне тачке везивања - примене више различитих права).⁵⁶ У том случају треба применити опште колизионо решење, односно пропис који је на снази у земљи уобичајеног боравишта повериоца издржавања. Ово правило је модификовано уношењем специјалне клаузуле изузетка у случајевима када се једна страна противи примени тог права и ако је брак у ближој вези са правом друге државе, нарочито са правом последњег заједничког уобичајеног боравишта. Заједничко право странака изражено заједничким држављанством, пребивалиштем или уобичајеним боравиштем представља најчешћу околност за корекцију у примени примарног колизионог решења.⁵⁷ Фаворизовање појединих повериоца Хашким Протоколом оправдано је када се узме у обзир чињеница да је конвенцијским колизионим правилима искључено супсидијарно везивање за разведене/растављене и за супружнике чији је брак поништен, или је непостојећи, уз упућивање на примену меродавног права за развод/раставу/поништај, односно на право меродавно за суштину спора (*lex causae*), као и чињеница да је Протоколом уведено специјално право одбране у погледу издржавања осталих поверилаца.

Несумњиво најзначајнија новина у колизионим правилима Протокола представља могућност странака да изрази *колизиону аутономију воље* (*lex autonomiae*), што подразумева да странке могу споразумно да одреде меродавно право на потраживања проистекла из обавезе

⁵⁴ Вид. чл. 4. ст. 4. Протокола.

⁵⁵ Вид. чл. 5. Протокола.

⁵⁶ Вид. Dieter Martiny, *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws*, Recueil des Cours, vol 247/1994, 175.

⁵⁷ Georges A. L. Droz, *Regard sur le droit international privé compare*, RCADI 1991, M. Nijhoff, IV t.229, 281-282.

издржавања.⁵⁸ За потребе искључиво одређеног поступка у дотичној држави поверилац и дужник издржавања могу изричито одредити право те земље као меродавно. Споразум потписују обе странке и он може бити у писаној форми или забележен у било ком другом облику који омогућује да се његовој садржини приступи накнадно. Ради се о предметима у којима је поверилац већ покренуо или ће покренути поступак пред судом или другим надлежним органом одређене државе. Протокол предвиђа да споразум о меродавном праву може бити закључен у сваком тренутку али и да слобода избора меродавног права подлеже извесним ограничењима, тако да се споразум о избору меродавног права не може односити на лица млађа од 18 година, нити на одрасло лице које није у стању да се стара о заштити својих интереса.⁵⁹ Поред тога, странкама је допуштен избор једног од следећих права: права државе једне од странака у тренутку избора; права државе уобичајеног боравишта једне од странака у тренутку избора; права које су странке изабрале као меродавно за своје имовинске односе или права које је већ примењено на те односе и права које су странке изабрале за свој развод или раставу односно права које је примењено на развод или раставу.⁶⁰ Независно од права које су странке одредиле поверилац издржавања нема могућност одрицања заштите коју ужива по праву свог уобичајеног боравишта.⁶¹ Осим тога, надлежни суд може занемарити споразумом одређено меродавно право уколико би његова примена у конкретном случају довела до неправичних или неразумних последица за било коју од странака, осим уколико су у тренутку избора оне биле у потпуности обавештене и свесне последица тог избора.⁶² То би значило да се меродавно право одређује применом колизионих норми које важе у одсуству колизионе аутономије воље.⁶³

Примена права меродавног на темељу Протокола може се одбити само у мери у којој би његова дејства била очигледно супротна јавном поретку земље форума. Меродавном праву подлежу питања могућности и мере у којој поверилац издржавања може тражити издржавање; мере до које поверилац може захтевати ретроактивно издржавање; основе за обрачун износа издржавања и индексације; питање овлашћеног лица које може покренути поступак издржавања, осим питања у вези страначке способности и заступања у поступку; застарелости и рокова покретања поступка

⁵⁸ Вид. чл. 7. и 8 Протокола.

⁵⁹ Вид. чл. 8. ст.3 Протокола.

⁶⁰ Чл. 8. ст.1 Протокола.

⁶¹ Чл. 8. ст.4 Протокола.

⁶² Чл. 8. ст.5 Протокола.

⁶³ A. Bonomi, Explanatory Report, 357.

издржавања; обима обавезе дужника издржавања када јавни орган захтева повраћај накнада које су обезбеђене повериоцу уместо издржавања.⁶⁴

У погледу одређивања висине износа за издржавање Протокол одређује да се морају узети у обзир приходи дужника и потребе повериоца, укључујући и сваку накнаду коју је поверилац издржавања примио уместо повремених исплата потраживања, без обзира на то што меродавно право предвиђа другачије.⁶⁵

Протоколом се не утиче на било који други међународни инструмент у којем су државе уговорнице странке и који садржи одредбе о питањима уређеним Протоколом, осим уколико државе дају супротну изјаву.

Нацрт Закона о међународном приватном праву Србије регулише проблем меродавног права за обавезе издржавања једноставним упућивањем на примену одредаба Протокола.⁶⁶ Опште колизионо правило из Протокола, односно примена права државе уобичајеног боравишта повериоца представља новину у домаћем колизионом законодавству, насупрот решењима Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља⁶⁷ која почивају на примени права заједничког држављанства странака, односно права заједничког пребивалишта у њиховом одсуству.

6. ЗАКЉУЧАК

У оквиру темељних међународних принципа и стандарда делује Хашка конференција за међународно приватно право која има задатак континуираног уједначавања међународног приватног права. Унификација међународног приватног права представља секундарно средство међународне регулације, док је примарно решење свакако унификација материјалних правила коју је много теже постићи, посебно ако је реч о општим правилима породичног права. Наиме, породично право је правна грана у којој државе чврсто бране национални правни идентитет. То је разлог што напори Хашке конференције у области статусног и породичног права нису довели до универзалног кодекса међународног приватног права. Разлике, посебно између земаља *common law* и земаља континенталне цивилне традиције, снажно су утицале на упоредну међународну приватноправну регулативу уопште а тиме и на правну несигурност и непредвидивост решења.

У том погледу је неспоран значај Хашких конвенција у области прекограничне сарадње у породичним односима које са правним

⁶⁴ Вид. чл. 11. Протокола.

⁶⁵ Вид. чл. 14. Протокола.

⁶⁶ Вид. чл. 100. Нацрта ЗМПП РС.

⁶⁷ "Сл. лист СФРЈ" бр. 43 (1982), бр. 72 (1982) и "Сл. лист СРЈ" бр. 46 (1996).

инструментима комунитарног права чине јединствени правни концепт. Унификација међународно-породичноправне регулативе под окриљем Хашке конференције везана је за поједина питања и специфичне облике одговорности али крајњу заштиту субјеката породичноправних односа, посебно детета, државе настоје обезбедити одговарајућом регулативом са циљем да се унапреди и изнађу начини избегавања сукоба закона и сукоба надлежности. Упркос свеобухватности конвенцијских правила Хашке конвенције не уређују све области међународног приватног права, а у оним које регулишу дају делимичан одговор будући да повезују само земље уговорнице.

Marija KRVAVAC, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

UNIFICATION INTERNATIONAL FAMILY LAW- HAGUE PROGRAMM
Summary

Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction (1980) addresses the important problem of the unilateral removal of children across international borders, usually by one of child's parents. Convention was designed to protect children from the harmful effects of their wrongful abduction or retention. Since 1991. Convention from 1980. becomes a part of Serbian legal system.

Convention on Jurisdiction, Applicable law, Recognition, Enforcement and Cooperation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children (1996.). Particular contribution of the Convention consists of betterment of children protection in the international environment; in finding ways for avoiding collision between particular legal systems regarding jurisdiction, application of law, recognition and enforcement of measures and general cooperation between states in the field of parental responsibility and children protection.

Hague Convention on Protection of Children and Cooperation in inter-country adoption is yet another means about reaching a greater uniformity of legal regulations in this most delicate dimension of human rights. Ratifying Serbia joins the family of states which closely cooperate in the area of international adoption by preventing abuse or grave omissions.

In 2013. Serbia has ratified the Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance obligations (2007.) by the Hague Conference on Private International Law. The general rule of the Protocol is based on the application of the law in force at the debtor's habitual residence. However, in vast number of

cases there are derogations from the main principle in favor of application of the law of the forum.

Keywords: Hague Conference, maintenance obligations, adoption, child abduction, applicable law.

ЛИТЕРАТУРА

Bonomi A., (2013) Protocol of 23 November 2007 on the Law Applicable to Maintenance Obligations, Explanatory Report: Permanent Bureau of the Conference, The Hague, Netherlands.

Beaumont P., Holliday J.(2015) Recent Developments on the meaning of "habitual residence" in Alleged Child Abduction Cases, Private International Law in the Jurisprudence of European Courts-Family at Focus, Faculty of law Osijek.

Бордаш Б. Ђундић П. (2013) Хашки протокол о праву меродавном за обавезе издржавања-најновији извор међународног приватног права Србије, Зборник ПФ Нови Сад бр. 1/2013.

Вучковић Шаховић Н., (2011) Права детета и међународно право, Правни записи, бр.1/2011, ПФ Унион, Београд.

Droz A.L., (1991) Regard sur le droit international privé comparé, RCADI, M.Nijhoff, IV t. 229.

Живковић М.,(2013) О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву републике Србије, Зборник ПФ Ниш бр.65, година LI.

Jakovac-Lozić D., (1997) Novi prilog na putu zaštite prava djeteta- Haška konvencija o nadležnosti, primjeni, prihvatanju i izvršenju (odluka) te o suradnji s obzirom na roditeljsku odgovornost i mjere dječje zaštite, Pravni vjesnik, 13/1997, 3-4, PF Split.

Jessel-Holst C-, Sikirić H., Bouček V., Babić D., (2014) Међународно приватно право-Zbirka odluka suda EU, Narodne novine, Zagreb.

Крвавац М., Јовић С. О., (2008) Међудржавно усвојење-признање и извршење страних одлука, ПЖ бр.3-4/2008, Београд.

Крвавац М., Беловић Ј., (2017) Међународна отмица деце, Зборник радова Копаоничке школе природног права " Праведно право и стварност" ПЖ бр.10/2017, Том II , Београд.

Martiny D., (1994) Maintenance Obligations in the Conflict of Laws, Recueil des Cours, vol. 247/1994.

Mayer Fabre N., (1994) La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la cooperation en matiere d'adoption international, Revue critique de droit international privé, 1994,2.

Марјановић С.,(2015) Нека отворена питања примене Хашке конвенције о отмици деце у Србији, Зборник радова Међународно приватно право у пракси европских судова-породица у фокусу, ПФ Осиек.

Цвејић Јанчић О., (2005) Балансирање интереса и приоритети којима треба тежити у области усвојења, ПЖ бр.9/2005, Београд.

Hrabar D., (1989) Prava djece kao prava čovjeka, Naša zakonitost 3-4, Zagreb,

Конвенција УН о правима детета "Сл.лист СФРЈ" бр.15/90 "Сл.лист СРЈ" бр. 2/97.

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, "Сл. лист СФРЈ-МУ" бр.7/91.

Хашка конвенција о заштити деце и сарадњи у области међународног усвојења, "Сл. Гласник РС" 12/2013.

Хашка конвенција о надлежности, меродавном праву, признању и извршењу одлука и сарадњи у погледу родитељске одговорности и мерама заштите деце "Сл. Гласник РС"- МУ бр.20/2015.

Хашки Протокол о меродавном праву за обавезе издржавања,"Сл.гласник РС"-МУ бр.1/2013.

Породични закон, "Сл.гласник РС", 18(2005) и 72(2011).

Нацрт Закона о међународном приватном праву, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medunarodnom-privatnom-pravu-radnaverzija.html>

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља, "Сл.лист СФРЈ" бр.43(1982), бр.72(1982) , "Сл.лист СРЈ" бр.46(1996).

Др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ*

347.9

342.722:347.962.6

ПРАВО НА ПРАВИЧНО ЗАДОВОЉЕЊЕ

- Према Закону о заштити права на суђење у разумном року –

Апстракт: Правично задовољење представља један од модалитета заштите права на суђење у разумном року. Одредбама Закона о заштити права на суђење у разумном року предвиђен је захтев за правично задовољење као једно од средстава којима се може заштитити право на суђење у разумном року. Право на правично задовољење имају странке које су путем приговора ради убрзања поступка и, евентуално, путем жалбе покушале да заштите своје право на суђење у разумном року јер се тек након коришћења ових правних средстава странкама омогућује да користе средство којим ће захтевати правично задовољење. У раду је указано на правила која се односе на круг лица која имају право на правично задовољење и рокове у којима се правично задовољење може тражити, обрађене су све врсте правичног задовољења које су предвиђене законом и детаљно су анализирана специфична правила по којима се поступа у поступку за остваривање права на правично задовољење пред Државним правобранилаштвом и пред судом.

Кључне речи: право на суђење у разумном року, право на правично задовољење, Државно правобранилаштво, предлог за поравнање, тужба, пресуда.

1. УВОД

Као што је познато, у Републици Србији је 2015. године донет Закон о заштити права на суђење у разумном року.¹ Значај доношења ЗЗПСПР је велики јер је право на суђење у разумном року добило статус законског права² 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

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

¹ Закон о заштити права на суђење у разумном року – ЗЗПСПР, Службени гласник РС, бр. 40/2015.

² Јасмина Васовић, Предговор, Закон о заштити права на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015, 7.

специфична правила по којима се поступа у поступку заштите права на суђење у разумном року.³

У поступку за заштиту права на суђење у разумном року, као посебном ванпарничном поступку, штити се 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 поступка⁴ али је законодавац предвидео и специфична правила по којима се у поступку заштите права на суђење у разумном року поступа.⁵

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.⁶ У комбинованом систему заштите права на суђење у разумном року, приговор ради убрзавања поступка и жалба представљају превентивна средства којима се настоји да се поступак убрза а захтев за правично задовољење представља компензаторно правно средство.⁷ Однос предвиђених средстава за заштиту права на суђење у разумном року је постављен на условљавајући начин јер приговор и жалба представљају средства којима се странкама омогућава да активно учествују у спречавању повреде права на суђење у разумном року а тек након коришћења ових правних средстава се странци омогућује да користи средство којим ће захтевати правично задовољење.⁸ Дакле, како се не би закључило да се сваки од ових средстава покреће поступак за заштиту права на суђење у разумном року, неопходно је напоменути да се поступак покреће приговором

³ О ранијим законским решењима у домену заштите права на суђење у разумном року, вид. 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, 69 - 80.

⁴ Чл. 7. ст. 3. ЗЗПЦРР.

⁵ Детаљно видети: Владимир Боранијашевић, „Поступак за заштиту 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, 2017, 57 - 68.

⁶ Чл. 3. ст. 1. тач. 1-3. ЗЗПЦРР.

⁷ Славољуб Царић, Право на суђење у разумном року, Службени гласник, Београд, 2015, 91.

⁸ Тако: Марија Салма, „Суђење у разумном року – правна средства којима се штити право на суђење у разумном року“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2015, 1005.

ради убрзавања поступка а да се жалба и захтев за правично задовољење могу користити тек пошто буде окончано одлучивање о приговору.⁹

2. ПРАВО НА ПРАВИЧНО ЗАДОВОЉЕЊЕ

Право на правично задовољење имају странке које су путем приговора ради убрзања поступка и, евентуално, путем жалбе покушале да заштите своје право на суђење у разумном року. Право на правично задовољење због повреде права на суђење у разумном року припада: странци чији је приговор ради убрзања поступка усвојен, а која није поднела жалбу;¹⁰ странци чија је жалба одбијена уз потврђивање првостепеног решења о усвајању приговора¹¹ и странци чија је жалба усвојена.

⁹ В. Боранијашевић, (2017), 57.

¹⁰ 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. Решењем које има специфичну садржину се 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 делотворно (чл. 11. ст. 1. ЗЗПСПР) и које ће утицати на убрзање поступка у коме је дошло до повреде права на суђење у разумном року. 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, не може бити краћи од 15 дана нити дужи од четири месеца. Вид. и Срђан Цвијановић, „Право на суђење у разумном року и дисциплинска одговорност носилаца правосудне функције за повреду права на суђење у разумном року“, ПРАВО – теорија и пракса, бр. 7-9/2016, 8.

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 који је повредио право на суђење у разумном року налаже предузимање процесних ради којима ће се поступак убрзати.

¹¹ Председник непосредно вишег суда жалбу ће одбити без испитног поступка ако је очигледно неоснована с обзиром на трајање поступка које је наведено у жалби (чл. 17. ст. 4. ЗЗПСПР). У случају да се спроводи испитни поступак, председник непосредно вишег суда разматра списе предмета које му је заједно са жалбом доставио председник

Врсте правичног задовољења предвиђене су одредбама закона. Према одредби из чл. 23. ст. 1. т. 1-3. ЗЗПСПР врсте правичног задовољења су: право на исплату новчаног обештећења за неимовинску штету¹² која је странци изазвана повредом права на суђење у разумном року; право на објављивање писане изјаве Државног правобранилаштва којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року и право на објављивање пресуде којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року.

Право на правично задовољење стиче се у различитим временским тренуцима, у зависности од тога која странка захтева правично задовољење. У случају да правично задовољење захтевају странка чији је приговор усвојен а није поднела жалбу или странка чија је жалба одбијена уз потврђивање првостепеног решења о усвајању приговора, право на правично задовољење се стиче када истекне рок у коме је судија или јавни тужилац био дужан да предузме наложене процесне радње ради убрзања поступка. С друге стране, странка чија је жалба усвојена,¹³ право на правично задовољење стиче од тренутка када прими решење о усвајању жалбе.

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 (вид. Решење Врховног касационог суда Рж1 гп 7/2017 од 10. априла 2017. године, <https://www.vk.sud.rs/sr/rj1-gp-72017-duzina-trajanja-postupka>, 10. јул 2018), усваја жалбу и преиначује првостепено решење (вид. Решење Врховног касационог суда Рж г 1363/2016 од 21. децембра 2016. године, <https://www.vk.sud.rs/sr/rj-g-13632016-ponasanje-suda>, 10. јул 2018); усваја жалбу и одлучује о приговору или усваја жалбу и доставља је надлежном јавном тужиоцу (чл. 18. ст. 2. ЗЗПСПР). 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.

¹² Иако је оборива, у пракси Европског суда за људска права постоји снажна претпоставка да претерано дуг поступак изазива нематеријалну штету странци, због стања узнемирености, непријатности и живота у продуженој неизвесности о исходу суђења (Видети: Образложење Закона о заштити права на суђење у разумном року, 21, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 08. јул 2018).

¹³ Чл. 22. ст. 1. ЗЗПСПР. Онда када оцени да је жалба основана, председник непосредно вишег суда усваја жалбу и преиначује 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

3. ПОСТУПАК ЗА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО ЗАДОВОЉЕЊЕ

Поступак за остваривање права на правично задовољење је специфичан. Странка која је стекла право на правично задовољење своје право може остваривати у поступку пред Правобранилаштвом, подношењем предлога за поравнање, или у поступку пред судом, подизањем тужбе против Републике Србије.

3.1. Поступак пред правобранилаштвом

Правобранилаштво је орган који обавља послове заштите имовинских права и интереса Републике Србије, аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе¹⁴ а када су у питању имовинска права и интереси државе, послове правобранилаштва обавља Државно правобранилаштво.¹⁵ Осим што заступа Републику Србију у поступцима пред судовима, арбитражама, органима управе и другим надлежним органима, као и у поступцима пред страним и међународним судовима и арбитражама и другим надлежним органима у иностранству, Државно правобранилаштво заступа Републику Србију и пред Европским судом за људска права, има овлашћење да покрене поступак за оцену уставности закона, односно оцену уставности и законитости других општих правних аката када је то законом предвиђено.¹⁶ Државно правобранилаштво има још једну значајну функцију, која је важна са аспекта излагања у даљем тексту овог рада. Државно правобранилаштво има овлашћење да пре покретања судског поступка, поступка пред органом управе или другим надлежним органом, размотри могућност споразумног решавања спорног односа, на своју иницијативу или иницијативу супротне стране.¹⁷ Ради се о посебно битној функцији која се

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. Вид. и Маја Глушчевић, „Закон о заштити права на суђење у разумном року“, Избор судске праксе бр. 9/2005, 11-12.

¹⁴ Чл. 2. ст. 1. Закона о правобранилаштву - ЗП, Службени гласник РС, бр. 55/2014.

¹⁵ Чл. 2. ст. 2. ЗП.

¹⁶ Државно правобранилаштво има и друга овлашћења. Вид. чл. 14 – 18. ЗП.

¹⁷ Чл. 21. ст. 1. ЗП. Детаљно: Гордана Станковић, Љубица Мандић, Организационо грађанско процесно право, Свен Ниш, Косовска Митровица, 2013, 154 – 155.

састоји у деловању Државног правобранилаштва које може довести до мирног решења спора.

Странка која има право на правично задовољење може Правобранилаштву да поднесе предлог за поравнање.¹⁸ Она то може да учини у законом прописаном року и то у року од шест месеци од дана када је стекла право на правично задовољење. У зависности о којој странци као титулару права на правично задовољење се ради, рок ће почињати у различитим временским тренуцима – од тренутка истека рока у коме је судија или јавни тужилац био дужан да предузме наложене процесне радње или од тренутка пријема решења о усвајању жалбе.

Иако није изричито прописана садржина предлога за поравнање, законом је прописано да странка треба у предлогу изричито да наведе да ли тражи исплату новчаног обештећења или издавање и објављивање писмене изјаве Правобранилаштва. Наиме, странка има право на исплату новчаног обештећења, које представља један од облика правичног задовољења али и право на издавање и објављивање изјаве Правобранилаштва којом се утврђује да је било повређено њено право на суђење у разумном року, које такође представља један од посебних облика правичног задовољења на које странка има право. У том смислу, странка у предлогу за поравнање означава који облик правичног задовољења захтева, уз могућност да кумулативно захтева оба облика правичног задовољења у случају теже повреде права на суђење у разумном року.¹⁹

Странка која је поднела предлог за поравнање има право да у сваком тренутку одустане од покушаја поравнања и повуче свој предлог за поравнање. Странка је дужна да свој одустанак од поравнања предочи Правобранилаштву у писменој форми.

Поступак пред Правобранилаштом је специфичан. Правобранилаштво има за задатак и покушава да са странком постигне споразум. Рок од два месеца од тренутка пријема предлога за поравнање предвиђен је као рок у коме се има постићи споразум. У случају да се у датом року постигне споразум између Правобранилаштва и странке, закључује се вансудско поравнање. Онда када између одређених лица постоји спор или

¹⁸ Предлог за поравнање Државном правобранилаштву могла су да поднесу и лица која су Европском суду за људска права поднела представку због тога што су сматрала да је повређено њихово право на суђење у разумном року. Та лица су предлог за поравнање могла да поднесу у року о шест месеци од дана ступања на снагу ЗЗПСРР под условом да о њиховој представи није била донета одлука о прихватљивости или основаности. У предлогу за поравнање та лица су била дужна да наведу датум предаје представке ЕСЈП и број саме представке. Ово законско решење предвиђено је прелазним и завршним одредбама ЗЗПСРР (чл. 35. ст. 1).

¹⁹ Чл. 24. ст. 2. ЗЗПСРР.

неизвесност у погледу одређеног правног односа, та лица су у могућности да узајамним попуштањем уклоне неизвесност и одреде узајамна права и обавезе.²⁰ Вансудско поравнање је уствари уговор који стране у једном односу у коме постоји спор или неизвесност накнадно склапају како би омогућиле добровољно извршавање накнадно преузетих права и обавеза у будућности²¹ и на тај начин отклониле постојећи спор или неизвесност. У овом случају, уговор о поравнању закључују странка чије је право на суђење у разумном року повређено и Правобранилаштво и одређују узајамна права и обавезе.

Вансудско поравнање закључено између Државног правобранилаштва и странке која има право на правично задовољење представља извршну исправу на основу које се може спровести принудно извршење у поступку извршења. Иако одредбама Закона о извршењу и обезбеђењу Републике Србије²² није изричито предвиђено да вансудско поравнање представља извршну исправу, одредбом из чл. 41. ст. 1. т. 8. ЗИО је предвиђено да извршну исправу представља и исправа која је другим законом одређена као извршна исправа. Вансудско поравнање се означава као извршна исправа у одредбама ЗЗПСРР али се као извршна исправа одређује и у одредбама Закона о парничном поступку Републике Србије²³ којима је прописано да странка која има намеру да поднесе тужбу против Републике Србије може пре подношења тужбе Државном правобранилаштву да поднесе предлог за мирно решење спора и да споразум постигнут између Државног правобранилаштва и странке има снагу извршне исправе.²⁴

Као што је напред речено, странка може да захтева кумулативно и новчано обештећење и издавање изјаве Правобранилаштва о томе да је повређено право странке на суђење у разумном року. Међутим, Државно правобранилаштво има и једно посебно овлашћење. Тачније, оно може да процени да се правично задовољење за неимовинску штету може постићи и само објављивањем писане изјаве којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року. Правобранилаштво тада може да предложи странци да јој уместо исплате новчаног обештећења изда и

²⁰ Лексикон грађанског права, Номос, Номос, 1996, 70.

²¹ Гордана Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, Парнично процесно право, Мегатренд универзитет, Београд, 2013, 400.

²² Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, Службени гласник РС, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење. Детаљно о извршним исправама, вид. Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, Право извршења и право обезбеђења, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 73 – 76.

²³ Вид. чл. 345. ст. 2. Закона о парничном поступку Републике Србије - ЗПП, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

²⁴ Чл. 193. ЗПП.

објави писану изјаву којом се утврђује да јој је било повређено право на суђење у разумном року.²⁵ Међутим, када се ради о тежој повреди права на суђење у разумном року, Правобранилаштво на захтев странке може странци да исплати и новчано обештећење и изда и објави писану изјаву којом се потврђује да је било повређено њено право на суђење у разумном року. Само у случају теже повреде права на суђење у разумном року предвиђена је могућност кумулације два облика правичног задовољења у предлогу за поравнање и могућност за Правобранилаштво да досуди и новчано обештећење и изда и објави изјаву о повреди права.

Форма и садржина изјаве којом се потврђује да је повређено право странке на суђење у разумном року коју издаје Правобранилаштво предвиђена је законом. Тако, форма изјаве је писмена а њену садржину чине: означање личног или пословног имена странке и пребивалишта, боравишта или седишта странке, означање личног или пословног имена заступника или пуномоћника странке и његовог пребивалишта, боравишта или седишта, назив суда или јавног тужилаштва који су повредили право странке на суђење у разумном року, означање пословног броја судског предмета, односно броја предмета јавног тужилаштва и означање изричите изјаве којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року.²⁶

Изјава Правобранилаштва се странци издаје у облику вансудског поравнања и Правобранилаштво је објављује у „Службеном гласнику Републике Србије“.

У случају да је у поступку пред Правобранилаштом дошло до поравнања и да се странци којој је повређено право на суђење у разумном року досуђује новчано обештећење, Правобранилаштво је дужно да се приликом одређивања новчаног обештећења креће у износима који су предвиђени законом. Одредбама закона је прописано да се новчано обештећење признаје у висини од 300 до 3000 евра у динарској противвредности, према средњем курсу народне банке Србије на дан исплате, по предмету.²⁷ Посебно се наглашава да приликом одређивања висине новчаног обештећења Државно правобранилаштво примењује мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Ова мерила су по први пут предвиђена одредбама ЗЗПСРР и то као околности које се узимају у обзир приликом одлучивања у поступку по правним средствима којима се штити право на суђење у разумном року.²⁸ Иако су ова мерила већ била коришћена и

²⁵ Чл. 25. ст. 1. ЗЗПСРР.

²⁶ Чл. 25. ст. 3. ЗЗПСРР.

²⁷ Чл. 30. ст. 1. ЗЗПСРР.

²⁸ Према чл. 4. ЗЗПСРР приликом одлучивања о правним средствима којима се штити право на суђење у разумном року уважавају се све околности предмета суђења, пре свега сложеност чињеничних и правних питања, целокупно трајање оступка и

анализирана у поступку поводом повреде права на суђење у разумном року, и у поступку пред Правобранилаштвом, приликом одређивања висине новчаног обештећења за неимовинску штету странци чије је право повређено, Правобранилаштво примењује пре свега мерила која се односе на сложеност предмета истраге или суђења, поступање надлежног државног органа и странке током поступка и значај предмета суђења или истраге по странку. Користећи ова мерила Правобранилаштво би требало да одреди висину новчаног обештећења у распону износа који је предвиђен законом.²⁹

3.2. Тужба за накнаду неимовинске штете

Странка чије је право на суђење у разумном року повређено има право и да подигне тужбу против Републике Србије и захтева новчано обештећење. Тужба странке није дозвољена док траје поступак поравнања пред Државним правобранилаштвом, уколико је странка поднела предлог за поравнање, нити је дозвољена у случају да су странка и Државно правобранилаштво закључили вансудско поравнање.³⁰ То значи да ће тужба странке бити одбачена у случају да ју је странка подигла док траје поступак поравнања или је подигне без обзира на постигнут споразум с Државним правобранилаштвом. Поједини аутори у процесној литератури сматрају да је фаза пред Правобранилаштвом обавезна, аргументујући свој став управо законским решењем којим се предвиђа да тужба није дозвољена док траје поступак поравнања или је поравнање закључено.³¹ Чини се да се не ради о обавезној фази поступка остваривања права на правично задовољење јер од воље странке зависи да ли ће поднети предлог за поравнање пред Државним правобранилаштвом и захтевати новчано обештећење или издавање и објављивање изјаве о повреди права на суђење у разумном року, или ће подићи тужбу против Републике Србије и захтевати накнаду нематеријалне штете. Суштина је да ће тужба бити недозвољена уколико је странка подигне иако је поднела предлог за поравнање и поступак поравнања још увек траје, односно уколико и поред постигнутог поравнања са Државним

поступање суда, јавног тужилаштва или другог државног органа, природа и врста предмета суђења или истраге, значај предмета суђења или истраге по странку, понашање странака током поступка, посебно поштовање процесних рава и обавеза, затим поштовање редоследа решавања предмета и законски рокови за заказивање рочишта и главног претреса и изразу одлука.

²⁹ Одређивање распона новчаног износа на име обештећења се сматра законским решењем које се може критиковати јер се отвара пут за обраћање Европском суду за људска права у Стразбуру за исплату разлике између досуђеног износа и оног износа који би странци припао применом критеријума ЕСЈП (тако: С. Царић, *op. cit.*, 97).

³⁰ Чл. 26. ст. 2. ЗЗПСРР.

³¹ С. Царић, *op. cit.*, 96-97.

правобранилаштвом подигне тужбу иако је већ остварила своје право на правично задовољење. Неспорно је да ће странка имати право да подигне тужбу у случају да није дошло до закључења вансудског поравнања.

Уколико је протекао рок у коме је могла да поднесе предлог за поравнање пред Правобранилаштвом или је поступак поравнања безуспешно протекао, странка чије је право на суђење у разумном року повређено има право да подигне тужбу против Републике Србије за новчано обештећење.³² Странка може да подигне тужбу у року од једне године од дана када је стекла право на правично задовољење. Уколико странка подигне тужбу након протека предвиђеног рока, суд ће је одбацити.

Законодавац не предвиђа велики број посебних правила када се ради о поступку по тужби, већ одређује да се независно од врсте и висине тужбеног захтева, у поступку пред судом сходно примењују одредбе о поступку у парницама о споровима мале вредности. Законодавац рогобатно језички формулисаним правилом прописује да „сходно се примењују одредбе о споровима мале вредности из закона којим се уређује парнични поступак“. ЗПП не садржи одредбе о споровима мале вредности већ правила по којима се поступа у парницама о споровима мале вредности.³³ Значајна је вредност правила којим се предвиђа примена правила по којима се поступа у парницама о споровима мале вредности без обзира на врсту и висину тужбеног захтева, јер се на тај начин примењују специфична правила посебног парничног поступка³⁴ која омогућавају краће трајање поступка и брже одлучивање а на тај начин се доприноси и делотворности поменутих правних средстава за заштиту права на суђење у разумном року.³⁵

Посебна правила која за поступак пред судом по тужби странке предвиђа ЗЗПСРР односе се на надлежност суда. За одлучивање по тужби месно је надлежан основни суд на чијем подручју тужилац има пребивалиште, боравиште или седиште. И овом одредбом се излази у сусрет

³² Прелазним и завршним одредбама ЗЗПСРР (чл. 35. ст. 2) предвиђено је да су тужбу за новчано обештећење против Републике Србије могла да поднесу и лица која су Европском суду за људска права поднела представку због тога што су сматрала да је повређено њихово право на суђење у разумном року, у року од годину дана од дана ступања на снагу ЗЗПСРР под условом да о њиховој представи није била донета одлука о прихватљивости или основаности и да нису поднела предлог за поравнање државном правобранилаштву или су одустала од покушаја поравнања.

³³ Вид. 467-479. ЗПП.

³⁴ Нпр. у поступку у парницама о споровима мале вредности одговор на тужбу није обавезна парнична радња туженог, не заказује се нити одржава припремно рочиште, покреће се искључиво кондемпнаторном тужбом, итд. Вид. детаљно: Г. Станковић, (2013), 572 – 575.

³⁵ О томе и: Образложење Закона о заштити права на суђење у разумном року, 21, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>, 08. јул 2018.

странци чије је право на суђење у разумном року повређено јер се одступа од правила о општој месној надлежности која се одређује према месту пребивалишта или боравишта туженог, чиме јој се олакшава остваривање права на правично задовољење. Ако тужилац нема пребивалиште, боравиште или седиште у Републици Србији, месно је надлежан основни суд који има седиште у месту седишта суда који је утврдио повреду права на суђење у разумном року.³⁶

Суд у овом поступку не може досудити новчано обештећење странци у износу који је виши од износа предвиђеног законом (300 до 3000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан исплате). У поступку по тужби ревизија није дозвољена. Суд приликом одређивања висине новчаног обештећења за неимовинску штету странци чије је право повређено примењује мерила за оцену трајања суђења у разумном року, пре свега мерила која се односе на сложеност предмета истраге или суђења, поступање надлежног државног органа и странке током поступка и значај предмета суђења или истраге по странку.

И објављивање пресуде којом се утврђује да је странци повређено право на суђење у разумном року представља једну од последица одлучивања по тужби странке. У случају да је извршена тежа повреда права на суђење у разумном року, странка може од суда да захтева и објављивање пресуде којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року. Суд тада доноси пресуду и исту објављује, и истовремено странци досуђује новчано обештећење.

Поред осталих елемената садржине пресуде, пресуда којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року садржи означавање следећих података о странци: њено лично или пословно име, означавање пребивалишта, боравишта или седишта странке, означавање личног или пословног имена заступника или пуномоћника странке и његовог пребивалишта, боравишта или седишта и означавање датума рођења странке у случају да је странка датум рођења навела у тужби.³⁷

Када пресуда постане правноснажна, њу о свом трошку објављује суд, односно јавно тужилаштво које је повредило право странке на суђење у разумном року. Објављивање пресуде врши се у „Службеном гласнику Републике Србије“.

³⁶ Чл. 28. ст. 2. ЗЗПСРР.

³⁷ Чл. 29. ст. 2. ЗЗПСРР.

3.3. Тужба за накнаду имовинске штете

Поред тужбе за новчано обештећење, коју странка чије је право на суђење у разумном року повређено подноси због настале неимовинске штете, странка има право и на подношење тужбе за накнаду имовинске штете. Странка чије је право на суђење у разумном року повређено може да подигне тужбу против Републике Србије за накнаду имовинске штете изазване повредом права на суђење у разумном року. Странка може тужбу да подигне у року од једне године од дана када је стекла право на правично задовољење.³⁸ И у овом случају рок од годину дана ће почети да тече у различитим временским тренуцима, у зависности од тога која странка подиже тужбу – странка чији је приговор усвојен а која није поднела жалбу, странка чија је жалба одбијена уз потврђивање првостепеног решења о усвајању приговора или странка чија је жалба усвојена.

Законодавац не прописује посебна правила у погледу поступка о тужби, осим што упућује на примену одредаба закона којим се уређују облигациони односи и мерила за оцену трајања суђења у разумном року. Подразумева се да се ради о тужби за осуду на чинидбу којом странка захтева од суда да туженој странци, Републици Србији, наложи исплату одређеног новчаног износа на име накнаде материјалне штете коју је странка претрпела услед повреде права на суђење у разумном року. Применом правила садржаних у Закону о облигационим односима,³⁹ суд ће морати да утврди постојање услова одговорности Републике Србије. Суд ће морати да утврди да је штета настала и да постоји узрочна веза између радње којом је повређено право на суђење у разумном року и штете која је настала, с обзиром на то да штета и узрочна веза представљају сталне услове одговорности.⁴⁰ Узрочна веза представља један од основних услова одговорности који мора бити утврђен.

Одговорност Републике Србије за имовинску штету насталу повредом права на суђење у разумном року је објективна. Према правилима објективне одговорности, починилац штете не одговара без кривице, већ

³⁸ Чл. 31. ст. 1. ЗЗПСРР.

³⁹ Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, Службени лист СРЈ, бр. 31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

⁴⁰ Услови одговорности су претпоставке одговорности, чињенице које се морају стећи како би неко био подвргнут имовинској одговорности (Јаков Радишић, Облигационо право, општи део, С.А.М. консалтинг центар, Београд, 1993, 200.). Поред сталних услова одговорности, постоје и повремени услови у које спадају кривица починиоца штете и противправност штетне радње, чије се испуњење тражи само код одређених врста одговорности.

„независно“ од кривице.⁴¹ У суштини, одговорност наступа независно од кривице, на основу објективних услова одговорности – штете и узрочне везе, те се одговорност стога назива објективном одговорношћу.⁴²

И када је у питању исплата на име новчаног обештећења због неимовинске штете настале повредом права на суђење у разумном року, и у случају исплате накнаде имовинске штете, новчана средства исплаћује суд или јавно тужилаштво које је повредило право на суђење у разумном року. Новчана средства се обезбеђују из буџета Републике Србије, и то из средстава која су намењена покрићу текућих расхода судова и јавних тужилаштва. Притом, из средстава намењених расходима се изузимају расходи на име запослених и текућег одржавања објеката и опреме и из тог дела средстава се не могу исплаћивати новчани износи на име новчаног обештећења и накнаде имовинске штете због повреде права на суђење у разумном року.

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Као што је напред наведено, право на правично задовољење због повреде права на суђење у разумном року припада странци чији је приговор ради убрзања поступка усвојен, а која није поднела жалбу; странци чија је жалба одбијена уз потврђивање првостепеног решења о усвајању приговора и странци чија је жалба усвојена. Свака од ових странака има право да захтева правично задовољење у одређеном року, захтевајући исплату новчаног обештећења за неимовинску штету која јој је нанета, објављивање писане изјаве Државног правобранилаштва којом се утврђује да јој је било повређено право на суђење у разумном року или објављивање пресуде којом се утврђује да је странци било повређено право на суђење у разумном року.

Странка своје право на правично задовољење може остварити у поступку пред Државним правобранилаштом и у поступку пред судом. Правила о фази поступка за остваривање права на правично задовољење пред Правобранилаштом су врло значајна јер се странци и Државном правобранилаштву даје могућност да закључе вансудско поравнање. С друге стране, у случају да је дошло до закључења вансудског поравнања у поступку пред Државним правобранилаштом, странка нема право да подигне тужбу против Републике Србије и захтева накнаду неимовинске штете, те се на тај начин умањује број тужби и судских поступака против државе. Битно је и овлашћење које се даје Државном правобранилаштву да може да, након спроведених извиђаја и оцене мерила за трајање суђења у разумном року,

⁴¹ Ibid, 197.

⁴² Ibid.

донесе и другачију одлуку. Тачније, да и ако је странка захтевала новчано обештећење, може да донесе одлуку да је писана изјава Државног правобранилаштва довољна као сатисфакција за учињену повреду права на суђење у разумном року. На тај начин се Правобранилаштво и држава бране од неоснованих захтева странака. Опет, у случају да се ради о тежој повреди права на суђење у разумном року, Државно правобранилаштво има овлашћење да досуди и новчано обештећење и изда и објави писану изјаву о повреди права странке на суђење у разумном року. Уколико странка не покрене поступак пред Државним правобранилаштом или тај поступак буде безуспешно окончан, она има право да подигне тужбу против Републике Србије и своје право на новчано обештећење остварује по правилима поступка у парницама о споровима мале вредности. И објављивање пресуде је модалитет правичног задовољења у случају да на захтев странке суд доноси пресуду којом потврђује тежу повреду права на суђење у разумном року и досуђује новчано обештећење.

Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE RIGHT TO A FAIR SATISFACTION

-According to the Law on Protection of the Right to a Trial in Due Time-

Summary

A fair satisfaction represents one of the modalities of protection of the right to a trial in due time. Regulations of the Law on Protection of the Right to a Trial in Due Time introduce the request for a fair satisfaction as one of the instruments for protection of the right to a trial in due time. The right to a fair satisfaction is entitled to parties who have tried to protect their right to a trial in due time by the objection for the sake of hastening the procedure or by complaint, since it is only after these legal instruments have been used that parties are enabled to use an instrument in order to claim a fair satisfaction. The kinds of fair satisfaction are: the right to a cash compensation of non-pecuniary damage that has been caused to a party by violation of the right to a trial in due time, the right to a publication of a written statement of the State Attorney's Office which determines the fact that the party's right to a trial in due time has been violated, and the right to a publication of a verdict which determines that the party's right to a trial in due time has been violated.

The author in the paper points to the rules related to persons that have a right to a fair satisfaction and deadlines that a fair satisfaction can be demanded

within. All kinds of fair satisfaction regulated by the law have been analyzed. Specific rules to act in accordance with in the procedure for realization of the right to a fair satisfaction have also been analyzed in detail.

Keywords: the right to a trial in due time, the right to a fair satisfaction, State Attorney's Office, a settlement proposal, charges, a verdict.

ЛИТЕРАТУРА

Боранијашевић Владимир, 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.

Боранијашевић Владимир, Поступак за заштиту 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, 2017.

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

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

Глушчевић Маја, Закон о заштити права на суђење у разумном року, Избор судске праксе бр. 9/2005.

Закон о извршењу и обезбеђењу, Службени гласник РС, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење и 113/2017 – аутентично тумачење.

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ, Службени лист СРЈ, бр. 31/93 и Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 – Уставна повеља.

Закон о парничном поступку Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

Закон о правобранилаштву, Службени гласник РС, бр. 55/2014.

Лексикон грађанског права, Београд, Номос, 1996.

Образложење Закона о заштити права на суђење у разумном року, <https://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>.

Радишић Јаков, Облигационо право, општи део, С.А.М. консалтинг центар, Београд, 1993.

Решење Врховног касационог суда Рж1 гп 7/2017 од 10. априла 2017. године, <https://www.vk.sud.rs/sr/рж1-гп-72017-дужина-трајања-поступка>.

Решење Врховног касационог суда Рж г 1363/2016 од 21. децембра 2016. године, <https://www.vk.sud.rs/sr/рж-г-13632016-понашање-суда>.

Салма Марија, Суђење у разумном року – правна средства којима се штити право на суђење у разумном року, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2015.

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

Станковић Гордана, Боранијашевић Владимир, Право извршења и право обезбеђења, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017.

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

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

Цвијановић Срђан, Право на суђење у разумном року и дисциплинска одговорност носилаца правосудне функције за повреду права на суђење у разумном року, ПРАВО – теорија и пракса, бр. 7-9/2016.

СЛОБОДА ДЕТЕТА ОД СВИХ ОБЛИКА НАСИЉА

Апстракт: Сви облици насиља, злостављања, злоупотреба или занемаривања детета којима се угрожава или нарушава физички, психички или морални интегритет личности детета представљају грубо кршење права детета на живот, опстанак и развој.

Дете има право на слободу од свих облика насиља, па у том смислу, Конвенција УН о правима детета као врховни ауторитет у домену људских права детета, прописује обавезу држава чланица да примене мере за спречавање и сузбијање насиља над децом и да обезбеде заштиту детета од насиља у породици, школи, установама и широј друштвеној средини, и у дигиталном простору.

Стратешко уређење области заштите деце од насиља један је од приоритета националне политике, али упркос напорима у протеклом периоду за унапређењем законодавног оквира још увек није успостављен функционални систем превенције и заштите од насиља. У циљу усклађивања унутрашњег законодавства са стандардима успостављеним у међународним документима о људским правима дужност је Републике Србије да интензивно реформише регулативни механизам који се односи на превенцију и спречавање насиља над децом.

Кључне речи: достојанство детета; превенција и заштита деце од насиља; сигурно и здраво окружење.

1. УВОД

Насиље над децом присутно је у сваком друштву и свим културама широм света, у различитим видовима директног, интерперсоналног насиља (физичко, сексуално и емоционално злостављање, занемаривање), или структурног, социјалног насиља (дискриминација, дечији брак, дечији рад или други видови експлоатације и вишеструке социјалне искључености). Насиље је феномен који није условљен окружењем, односно јавља се свуда и свакодневно. Изражена осетљивост, зависност и беспомоћност детета са собом носи опасност од различитих облика насиља, док су последице насиља

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

по физичко и ментално здравље, развој и способност учења, односно по добробит детета крајње озбиљне и комплексне.

Иако насиље над децом има дубоку историјску прошлост, друштвена видљивост нехуманог поступања са децом постаје актуелна у другој половини прошлога века, када се јављају парцијални покушаји појмовног одређивања насиља над децом и увиђа значај превентивног деловања у циљу његовог спречавања. Уназад неколико деценија проблем насиља над децом био је предмет пажње многобројних међународних, регионалних и националних организација, што је имало за исход настанак многобројних правних норми, политичких споразума и препорука, смерница.

Међутим, интегрисан приступ насиљу над децом успоставља се тек усвајањем Конвенције УН о правима детета (1989)¹ односно након спровођења Студије УН о насиљу² и Светског извештаја о насиљу³ као свеобухватног глобалног покушаја да се опишу облици и утицај насиља над децом кроз комбиновани приступ овом проблему из перспективе људских права, јавног здравља и заштите деце.⁴

¹ Конвенција УН о правима детета (у даљем тексту: КПД) усвојена је 20. новембра 1989. године на 44. заседању Генералне скупштине УН-а. Ступила је на снагу 2. септембра 1991. године (Закон о ратификацији Конвенције о правима детета, *Службени лист СФРЈ-Међународни уговори*, бр. 15(1990) и *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 2 (1997)). Република Србија је ратификовала и два додатна протокола која су донета уз Конвенцију о правима детета: Факултативни протокол о продаји деце, дејој проституцији и дејој порнографији и Факултативни протокол о учешћу деце у оружаним сукобима 2002. године. Вид. Закон о ратификацији Протокола о продаји деце, дејој проституцији и дејој порнографији, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/02 и Закон о ратификацији Протокола уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/02.

² У октобру месецу 2006. године Независни експерт именован од стране Генералног секретара УН-а у складу са Резолуцијом 57/90 из 2002. године, представио је завршни извештај Генералној скупштини УН-а. Овај Извештај пружа глобалну слику о насиљу над децом у пет окружења: дом и породица, школске и образовне установе, правосудни органи, радно окружење, и шира друштвена заједница. Студија је припремљена кроз партиципативни процес који је укључивао регионалне, субрегионалне и националне консултације, стручне и тематске састанке. Владе многих држава чланица су, такође, дале свеобухватне одговоре на упитник који им је послао независни стручњак 2004. године. Вид. *Report of the independent expert for the United Nations study on violence against children, United Nations General Assembly A/61/299, 29.08.2006., <https://www.ohchr.org>* (приступ 10.09.2018.).

³ Исте године (2006) УН Студија о насиљу са препорукама које су у том процесу усвојене, употпуњена је Светским извештајем о насиљу над децом. Вид. Sérgio Pinheiro Paulo *World Report on Violence against Children*, Published by the United Nations Secretary-General's Study on Violence against Children https://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_en.pdf (приступ 10.09.2018.).

⁴ *Ibid.*

2. ПРАВО НА ЗАШТИТУ ОД СВИХ ОБЛИКА НАСИЉА КАО ОСНОВНО ПРАВО ДЕТЕТА

Међународна документа о људским правима утемељена су на начелу једнакости (забрана дискриминације) и начелу поштовања живота и достојанства сваког појединца. Људско достојанство је међународно загарантована категорија, па је у том контексту, у међународном праву о људским правима јасно изражен став да вршењем насиља над децом директно повређује људско достојанство детета.⁵ У смислу концепта слободе детета од свих облика насиља достојанство подразумева да свако дете буде признато, поштовано и заштићено као носилац права и као јединствено и вредно људско биће са посебностима своје личности, различитим потребама и интересима.⁶

Конвенција о правима детета представља међународни основ за остваривање и заштиту права детета у којој је експлицитно прописано право детета на физички и лични интегритет, обавеза је држава чланица да децу заштите од „свих облика физичког или психичког насиља“. Такође, државе имају обавезу предузимања превентивних мера и да обезбеде да сва деца жртве насиља добију потребну подршку и помоћ.⁷ Оваква конвенцијска формулација, дакле, указује да се насиљу над децом приступа са аспекта превенције и рехабилитације, са циљем да се заштити друштвена и економска осетљивост деце, обезбеђивањем живота ослобођеног страха од емоционалних и физичких повреда.⁸

Садржина одредбе чл. 19. Конвенције о правима детета прописује да државе чланице предузимају све одговарајуће законодавне, административне, социјалне и образовне мере ради заштите детета од свих облика насиља, повреда или злоупотребе, занемаривања или немарног односа, малтретирања или експлоатације, док је на бризи код родитеља, законских старатеља или неког другог лица коме је поверена брига о детету (став 1.). Такве заштитне мере треба да обухвате, по потреби, ефикасне поступке за установљивање социјалних програма за обезбеђење подршке неопходне детету и онима којима је поверена брига о детету, као и остале

⁵ Вид. опширније Вучковић Шаховић Невена, Петрушић Невена, *Права детета*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш 2015, 136.

⁶ Вид. тачку 3 (ц) Општег коментара бр 13 *Право детета на слободу од свих облика насиља*, Комитет за права детета (Committee on the Rights of the Child General comment No. 13 (2011) *The right of the child to freedom from all forms of violence*, CRC/C/GC/13, 18 April 2011), 3. <https://www2.ohchr.org> (приступ 10.09.2018.).

⁷ Чл. 39. КПД.

⁸ Вучковић Шаховић Н., Петрушић Н., *Права детета*, *op.cit.*, 136.

облике спречавања, утврђивања, пријављивања, прослеђивања, истраге, поступања и праћења случајева и, по потреби, обраћања суду (став 2.). Познато је да права детета која гарантују међународни извори права јесу саставни део унутрашњег правног поретка, па отуда, потврђивањем Конвенције о правима детета Република Србија је преузела обавезе да примени мере за спречавање насиља над децом и да обезбеди заштиту детета од свих облика насиља у породици, установама, институцијама и широј друштвеној средини, и то од: физичког и менталног насиља, злоупотребе и занемаривања;⁹ свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалне злоупотребе;¹⁰ насилног одвођења деце и трговине децом;¹¹ свих других облика експлоатације штетних за дете;¹² мучења, нехуманих и понижавајућих поступака и кажњавања.¹³ Сходно томе, неопходно унапређење националног система заштите деце од насиља може једино бити успешно спроведено кроз сарадњу органа државне управе, територијалне аутономије и локалне самоуправе; јавног сектора (система образовања и васпитања, система здравствене заштите, система социјалне заштите, унутрашњих послова и др.); правосуђа; цивилног друштва, породице и појединаца, чему ће бити посвећена потребна пажња у редовима који следе.

2.1. Међународни оквир политика везаних за заштиту деце од насиља

Нормативни системи заштите детета од насиља део су одговарајуће свеукупне развојне и социјалне политике једне земље у свим њеним сегментима. Чињеница да основно право детета на живот и развој може бити повређено на различите начине, да сваки облик насиља нарушава физички и лични интегритет детета и осујећује дететов оптимални развој, учинило је нужним успостављање посебне заштите детета на међународном, регионалном и националном нивоу. У том смислу, међународни стандарди у овој области установљени су Конвенцијом о правима детета, а њихова реализација подразумева непрестане напоре да се унапреди одговор међународне заједнице на насиље према деци.

Познато је да однос државе чланице Конвенције према правима детета није само унутрашња ствар конкретне државе; државе чланице су дужне, под претњом међународне одговорности, да утврђене стандарде спроведу у живот. Иако свака држава има посебан начин на који се бави правима детета, међународна сарадња у тој области је од непроцењиве

⁹ Чл. 19. КПД.

¹⁰ Чл. 34. КПД.

¹¹ Чл. 35. КПД.

¹² Чл. 36. КПД.

¹³ Чл. 37. КПД.

важности. Посебан значај придаје се међународним организацијима које преко својих органа, или органа створених под њиховим окриљем, надзиру поштовање међународних обавеза држава да штите и поштују права детета.¹⁴ У домену права детета, најзначајнију улогу има Комитет за права детета који прати усклађеност националних законодавстава у области заштите детета са одредбама из Конвенције, спровођење права и актуелне праксе уживања права детета.

Посматрано са глобалног аспекта, Комитет за права детета усвојио је низ Општих коментара¹⁵ како би државе уговорнице имале смернице за боље разумевање одредаба Конвенције које се тичу заштите деце од свих облика насиља. Први међу њима је Општи коментар бр. 8 (2006) Право детета на заштиту од телесног кажњавања и осталих окрутних или понижавајућих облика кажњавања¹⁶ Појам „телесно“ или „физичко“ кажњавање, као и било које кажњавање, подразумева примену физичке силе са намером доношења извесног степена бола или неугодности. Обухвата ударање деце руком („батине“, „шамарање“, „ударање по стражњици“), или неким средством (бич, штап, каиш, варјача итд). Такође, подразумева, на пример, шутирање,

¹⁴ Вид. Вучковић-Шаховић Невена, Међународноправна заштита детета и обавезе Југославије, у Дечја права-чија одговорност, Зборник радова са саветовања о образовању за децја права, Пешић Мирјана, (ур.), Институт за педагогију и андрагогију, Београд 1996, 39.

¹⁵ Почев од 2001. године Комитет за права детета је издао следеће Опште коментаре: Општи коментар бр. 1 (2001) *Циљеви образовања*; Општи коментар бр. 2 (2002) *Улога независних националних институција за људска права у унапређењу и заштити права детета*; Општи коментар бр. 3 (2003) *ХИВ/СИДА и права детета*; Општи коментар бр. 4 (2003) *Здравље и развој адолесцената у оквиру Конвенције о правима детета*; Општи коментар бр. 5 (2003) *Опште мере за спровођење Конвенције о правима детета*; Општи коментар бр. 6 (2005) *Третман деце без пратње или раздвојене деце ван државе порекла*; Општи коментар бр. 7 (2005) *Спровођење права детета у раном детињству*; Општи коментар бр. 9 (2006) *Права деце са инвалидитетом*; Општи коментар бр. 10 (2007) *Права деце у малолетничком правосуђу*; Општи коментар бр. 11 (2009) *Домородачка деца и њихова права у оквиру Конвенције о правима детета*; Општи коментар бр. 12 (2009) *Право детета да буде саслушано*; Општи коментар бр. 14 (2013) *Право детета на најбољи интерес*; Општи коментар бр. 15 (2013) *Право детета на уживање највишег стандарда здравља*; Општи коментар бр. 16 (2013) *Обавезе државе чланице у погледу утицаја пословног сектора на права детета*; Општи коментар бр. 17 (2013) *Право детета на слободно време, одмор, игру, рекреацију, културни живот и уметност*. Вид. Viviers André, *General Comments of the Committee on the Rights of the Child*, A Compendium for child rights advocates, scholars and policy maker, January 2014, p. 5. <https://www.unicef.org> (приступ: 1.10.2018.).

¹⁶ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment*, 2 March 2007, CRC/C/GC/8, <http://www.refworld.org> (приступ: 1.10.2018.).

дрмусање или бацање деце, гребање, штипање, угризе, вучење за косу, уши, приморавање деце да буду у неугодном положају, доношење опекотина, парање врелом водом или насилно гутање (прање уста сапуном или приморавање деце да гутају љуте зачине). По мишљењу Комитета, телесно кажњавање је, без изузетка, понижавајуће. Поред тога, постоје и други нефизички облици кажњавања, попут кажњавања којим се деца омаловажавају, понижавају, клевету, угрожавају, плаше или излажу подсмеху других.¹⁷ Иако Комитет за права детета одбацује свако оправдање за насиље и понижавање као облике кажњавање деце, ипак подржава позитивну концепцију дисциплине, с обзиром да здрав развој детета зависи од родитеља и других одраслих лица који треба да му пруже неопходне савете и да га усмере, у складу са развојним могућностима детета, да потпомогну васпитавање детета у правцу одговорног живота у друштву, без намерне и репресивне примене силе у циљу доношења бола, нелагодности или понижења.¹⁸ Из наведених разлога, у Општем коментару бр. 8 (2006) наглашава се обавеза држава уговорница да хитно предузму неопходне мере за забрану и укидање свих облика телесног кажњавања и свих других окрутних или понижавајућих облика кажњавања деце, кроз законодавне и друге мере за подизање свести јавности о томе, те кроз едукативне мере које државе треба да предузму.¹⁹

¹⁷ Вид. т. 11. Општег коментара бр. 8 (2006), 4.

¹⁸ Вид. т. 13. и 14. Општег коментара бр. 8 (2006), стр. 5. У т. 15. Општег коментара, Комитет признаје да постоје изузетне околности у којима се наставници и друга лица која раде са децом у институцијама и са децом у сукобу са законом, могу суочити са опасним понашањем које оправдава примену разумних облика спутавања како би се контролисало такво понашање, при чему је **важно разликовати примену силе која је мотивисана потребом да се дете и остали заштите од примене силе ради кажњавања**. Увек се мора примењивати начело примене минималне неопходне силе у најкраћем могућем периоду.

¹⁹ О забрани телесног кажњавања деце у нашој земљи вид. опширније Цвејић-Јанчић Олга, *Забрана физичког кажњавања детета Прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика, Правни живот бр. 10*, Београд 2015, стр. 5-24; Цвејић-Јанчић Олга, *Актуелна породично-правна питања Преднацрта Грађанског законика Србије, Правна ријеч бр. 45*, Бања Лука 2015, стр.113-114. Вид. и чл. 2218. и чл. 2301. Преднацрта ГЗ Србије, Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, <http://www.paragraf.rs>

Радни текст Преднацрта ГЗ из 2015. године у чл. 2218. чија се садржина тиче Посебне заштите детета постоје две варијанте 2. става: 1) забрањено је свако злостављање детета, а нарочито физичко кажњавање; 2) није дозвољено злостављање детета, а нарочито непримерено физичко кажњавање. У чл. 2301. који се својом садржином односи на физичко кажњавање детета, у овој верзији текста Преднацрта изостављена је формулација да родитељи не смеју физички кажњавати дете, већ је предвиђена дужност родитеља да штите дете од злостављања од стране других лица.

У настојању да подигне ниво заштите детета од свих облика насиља Комитет за права детета је у Општем коментару број 13: Право детета на слободу од свих облика насиља²⁰ подржао идеју да насиље над децом никада није оправдано и да приступ старању о деци и заштити деце који се заснива на правима детета подразумева поштовање и подстицање људског достојанства и физичког и психолошког интегритета деце, као појединаца који имају одређена права, а не да се та деца посматрају превасходно као „жртве“.²¹ Мора се поштовати право деце да њихови најбољи интереси буду од приоритетне важности у свим питањима која се тичу или утичу на њих, посебно када су деца жртве насиља, као и у свим мерама спречавања насиља. Права детета се морају систематично поштовати у свим поступцима доношења одлука, а њихово оснаживање и учешће треба да буду од централног значаја за стратегије и програме старања о деци и заштите деце. Примарна превенција, кроз јавно здравље, образовање, социјалне услуге и други приступи насиљу су од највеће важности.²² Комитет увиђа значај породице у вези са старањем о деци и заштити деце и спречавање насиља. Насиље се, по виђењу Комитета, најчешће одвија у оквирима породице, па су интервенција и подршка неопходни када деца постану жртве бола и патње који настају у породици или кроз које породица пролази.²³

2.2. Регионални механизми о забрани сваког облика насиља над децом

У европским оквирима посматрано, ојачавање индивидуалних права родитеља и деце, и права на поштовање породичног живота последица је усвајања Европске конвенције о људским правима (1950)²⁴, која поред Конвенције о правима детета има посебан значај за процену мера заштите европске деце. Одредбе Конвенције о људским правима дају могућност сваком појединцу да пред Европским судом за људска права тражи заштиту, у случајевима када државе чланице не успеју да удовоље захтеву пред судом

²⁰ UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 April 2011, CRC/C/GC/13, <http://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html> (приступ: 1.10.2018.).

²¹ Вид. т. 3. (а) и (б) Општег коментара бр. 13.

²² Вид. т. 3. (е) и (ф) и (г) Општег коментара бр. 13.

²³ Вид. т. 3. (х) и (и) Општег коментара бр. 13.

Појам „насиље“ се тумачи као „сваки облик физичког или менталног насиља, повређивања или злостављања, запостављања или немарног поступања, малтретирања или експлоатације, укључујући сексуално злостављање“. Овај термин обухвата све начине на које се може повредити дете (повређивање, злостављање, запостављање или немарно поступање, малтретирање и експлоатација).

²⁴ Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Сл.лист СЦГ- Међународни уговори*, бр. 9 (2003).

националне државе, где се са посебним значајем наглашава право на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8. ст.1.) и право на правично суђење (чл. 6.). Дакле, најзначајнији документ на европском правном простору, Конвенција о људским правима, не наводи изричито забрану насиља у породици, међутим, гарантује право на живот (чл. 2.), личну сигурност (чл. 5.), приватни и породични живот (чл. 8.) забрањује мучење, нехумано или понижавајуће поступање (чл. 3.), право на делотворни правни лек (чл. 13), као и забрану дискриминације (чл.14.).²⁵

Са становишта праксе Европског суда за људска права, насиље у породици подразумева узајамно дејство и повреду основних људских права, па злостављање детета оправдава интервенцију државе у вршењу родитељског права.²⁶ У пресуди у случају *Opuz v. Turkey*²⁷ утврђена је позитивна обавеза да се заштити право на живот (чл.2.) и од државних органа захтева се да предузму дужну пажњу, односно неопходне мере у заштити појединца чији је живот у опасности.²⁸ Другим речима, надлежни органи треба да спрече, истраже, казне и обезбеде одштету (реституцију, компензацију, рехабилитацију, сатисфакцију и гаранције не-понављања) за дела насиља над женама или насиља у породици.²⁹ У погледу притужбе на неуспех државе да предузме одговарајуће позитивне мере за заштиту живота појединца у супротности је са чл. 2. Конвенције, па могућност добијања накнаде за смрт особе, предствљало би, у редовним околностима, адекватно и делотворно правно средство што је суд потврдио у случају *Branko Tomašić and Others v. Croatia*.³⁰ Да би постојала позитивна обавеза државе, по мишљењу Суда, мора се утврдити да су власти знале или требало да знају, у време постојања стварног и непосредног ризика по живот идентификованог појединца, и да су пропустиле да предузму мере у оквиру својих овлашћења којима би се, по разумној процени, могло очекивати избегавање ризика, како је наведено у случају *Kontrová v. Slovakia*.³¹

²⁵ Вид. Јовић-Прлаиновић Олга, Крвавац Марија, Национални и међународноприватни аспекти насиља над децом у породици, Ниш, 2016.: *Теме*, г. XL, бр. 3, 977.

²⁶ Van Bueren Géraldine, *Child rights in Europe, Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Strasbourg 2008: Council of Europe, p. 121.

²⁷ *Opuz v Turkey*, представка бр. 33401/02, 9.06.2009.

²⁸ Вид. ст. 130 пресуде у случају *Opuz v Turkey*.

²⁹ Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, Брошūra *Osvrt na standarde i vrednosti Konvencije, u poglavljima I, II, III i V*, Beograd, april 2016. godine, 19.

³⁰ *Branko Tomašić and Others v. Croatia*, представка бр. 46598/06. 15.04.2009.

³¹ Вид. став 50. пресуде у случају *Kontrová v. Slovakia*, представка бр. 7510/04, 24.09.2007.

У пресуди *V.A.M. v. Serbia*,³² у случају у којем је отац отео дете од мајке, одвео је на летовање, након чега је мајка изгубила сваки контакт са ћерком за период од осам година, Суд је констатовао повреду права на суђење у разумном року (чл. 6.), права на поштовање породичног живота (чл. 8.) и права на делотворно правно средство (чл. 13.) Конвенције. По мишљењу Суда, својим поступцима отац је емоционално злостављао дете, а институције које су учествовале у овим поступцима нису препознале посебне видове насиља, посебно емоционалног (психичког)³³ а није постојала ни усклађеност у поступању да би у овом случају интерес и права детета били на најбољи могући начин заштићени.³⁴ У предмету *Kowal v. Poland*³⁵ отац је због насиља у породици (према сину-подносиоцу представке, другом сину и њиховој мајци) осуђен на условну казну затвора, који је, упркос томе, наставио да врши насиље, на шта је породица тражила од домаћег суда упућивање насилника на издржавање затворске казне. Суд је након одржаних рочишта одлучио да отац напусти дом, што је он на крају и учинио. Држава је одредила службеника за надзор условне казне са циљем да спречи и одврати оца од насилничког понашања. Такво поступање показује да су државне власти имале разумевања за неприлике у којим су се налазиле жртве и да су директно интервенисале.³⁶ У великом броју случајева насиља у породици о којима је Суд мериторно одлучио, призната је посебна рањивост жртава насиља у породици и потреба активног укључивања државе у

Суд истиче да чл. 13. гарантује да свако коме су су повређена права и слобода предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред домаћим властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству, односно гарантује доступност, на националном нивоу, правног средства за остваривање суштине права и слобода из Конвенције у форми у којој је могуће да се обезбеди у домаћем правном поретку. Иако државе уговорнице имају извесну слободу у погледу начина на који ће испуњавати ову обавезу, средство у складу са чл. 13. мора бити „делотворно“ у пракси као и у закону. Што је још важније, остваривање овог права не сме бити неоправдано ометано радњама или пропустом органа тужене државе. Вид. ст. 62. пресуде у случају *Kontrová v. Slovakia*.

³² *V.A.M. v Serbia*, представка бр. 39177/05, 13.03.2007.

³³ Став 37. пресуде у случају *V.A.M. v Serbia*: Подносиатељка представке је навела да ју је Центар за социјални рад обавестио да је тужени јавно изјавио да не жели да губи време око било каквог правног поступка и да је, сем тога, казао малолетној С. М. да је њена мајка, подносиатељка представке, преминула.

³⁴ Вид. став 50. пресуде у случају *V.A.M. v Serbia*.

³⁵ *Sebastian Kowal v. Poland*, представка бр. 2912/11, 2.10.2012.

³⁶ Вид. став 42 пресуде у случају *Sebastian Kowal v. Poland*, у којем је, по оцени Суда, домаћи надлежни органи су поступили марљиво, стално имајући у виду потребу да се избалансирају супротстављени интереси, односно да заштити подносиоца представке од насиља у породици и да изврше превентивни и едукативни утицај на понашање њиховог оца.

њиховој заштити.³⁷ Штавише, онда када држава чланица не предузме одговарајуће мере у реакцији на насилничко понашање, такав пропуст представља кршење позитивних обавеза предвиђених чл. 8. Конвенције да обезбеди право на поштовање породичног живота подносиоце представке.³⁸

Истовремено, у оквирима СЕ, спречавање и борба против сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, као и унапређење националне и међународне сарадње у овој области резултирало је усвајањем Конвенције о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања 2007. године.³⁹ У овом документу акценат је стављен на спречавање насиља, односно на превентивну заштиту од насиља, али уколико је до насиља дошло, онда пажњу треба усмерити на заштиту детета које је жртва, као и његовом учешћу у поступку против учиниоца. Такође, са истом предметном детерминантом усвојена је и Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (тзв. *Истанбулска конвенција*) 2011. године,⁴⁰ у којој је насиље препознато као најраспрострањенији облик кршења људских права будући да се догађа у свим сферама друштвеног живота и свим социјалним категоријама. Истанбулска конвенција пружа свеобухватан приступ проблематици и поставља нове стандарде, као и појмовно одређење насиља у породици којим су обухваћене жртве и починиоци насиља оба пола, злостављање деце, старијих особа и животних партнера независно од тога да ли је насилник делио заједнички живот са жртвом (чл. 3). Упоредо са тим, Конвенција налаже државама чланицама да међусобно сарађују у циљу спровођења одговарајућих грађанских и кривичних одлука правосудних органа сваке чланице, укључујући и мере заштите. Њен посебан значај огледа се у препознавању потребе за програмима превентивне интервенције и програмима за рад са насилницима у смислу предузимања свих неопходних мера да извршиоци насиља у породици савладају и усвоје ненасилно понашање у међуљудским односима, промене образац насилног поношања, а све у циљу спречавања понављања

³⁷ Вид. на пример став 27. пресуде у случају *Opuz v. Turkey*; ставове 64-65 пресуде у случају *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, представка бр. 71127/01, 12.06.2008; ст. 55-61 пресуде у случају *A v. Croatia*, представка бр. 55164/08, 14.10. 2010.

³⁸ Став 58. пресуде у случају *Hajduová v. Slovakia*, представка бр. 2660/03, 30.11. 2010.

³⁹ Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце од сексуалног искоришћавања (Конвенција из Ланзарота), *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, бр. 1/2010.

⁴⁰ Закон о потврђивању Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Сл. гласник- Међународни уговори*, бр. 12 (2013).

дела насиља у породици.⁴¹ Као правно обавезујући документ Истанбулска конвенција подразумева обавезу држава чланица да предузму све законодавне или друге мере за усвајање и примену делотворних, свеобухватних и координисаних државних политика, које обухватају све релевантне мере за спречавање и борбу против свих видова насиља обухваћених овом конвенцијом.⁴² Правно обавезујући стандарди ову Конвенцију чине основом за правац кретања савременог међународног законодавства у процесу остваривања права и заштите жртава од насиља.

У настојањима да се побољша заштита деце на европском правном подручју значајно је поменути још и Препоруку Савета министара чланицама Савета Европе R (79) 17 која се односи на заштиту деце од злостављања; Препоруку R(90) 2 о социјалним мерама у вези са насиљем у породици; Препоруку R(93) 2 о медицинским аспектима злостављања деце и др. У новије време, СЕ као регионални покретач иницијатива, усвојио је и Стратегију о правима детета за период од 2016. до 2021. године, и као стратешки документ, нулту толеранцију на насиље над децом третира као законодавни, етички и економски императив.⁴³ Напредак у решавању проблема насиља над децом је спор због недовољног улагања у превенцију насиља, фрагментарне и лоше примене националних политика, као и недовољно посвећене пажње механизмима за саветовање, опоравак и реинтеграцију деце жртве насиља.

Како се из изложеног може закључити, број међународних докумената о заштити права и интереса детета које је жртва било ког облика насиља је импозантан, што потврђује потребу за успостављање свеобухватних националних оквира за заштиту деце од злостављања, занемаривања и експлоатације и развијање ефикасних мултисекторских мрежа за превенцију и заштиту од насиља.

3. НАЦИОНАЛНИ МОДЕЛ ЗАШТИТЕ ДЕЦЕ ОД НАСИЉА

Познато је да у свакој држави егзистира модел заштите детета којим се тежи постићи равнотежа између потребе за социјалном интервенцијом и права родитеља да брину о деци, при чему је руководни принцип сваке интервенције, принцип најбољег интереса детета. Јачање свести о правима деце условило је напуштање спасилачког приступа у корист права детета као

⁴¹ Вид. чл. 16. Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.

⁴² Вид. чл. 7. ст. 1. Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици.

⁴³ Стратегија Савета Европе о правима детета (2016-2021), тачка 14., стр. 6, <http://www.coe.int/cm> (приступ:10.10.2018).

људских права.⁴⁴ Другим речима, заштита деце од злоупотребе је њихово основно право, не пројекција карактеристика деце као нејаких бића које одрасли захваљујући хуманистичким настојањима штите и спасавају.⁴⁵

3.1. Законодавни оквир

Потврђени међународни документи представљају део националног законодавства Републике Србије, и као такви непосредно се примењују, међутиму циљу обезбеђивања њихове пуне примене неопходно је усагласити национално законодавство кроз доношење нових закона или усаглашавања постојећег законодавног оквира. Поред Устава РС⁴⁶ који изричито говори о правима детета, кровни закони у овој области су Породични закон⁴⁷ и

⁴⁴ Ишпановић-Радојковић Вероника, Заштита деце од злостављања и занемаривања- узроци, последице, могућности, *Правни живот* бр. 9, Београд 2005, 1093.

⁴⁵ Обретковић Мирјана, Основни принципи заштите у: *Заштита детета од злостављања Приручник за центре за социјални рад и друге службе у локалној заједници*, Мирјана Обретковић, Љубомир Пејаковић (ур.), Југословенски центар за права детета, Београд 2001, 4-7.

Организовање и методолошки правац заштите претпоставља испуњење одређених општих принципа. Најпре, поштовање принципа *приоритетне заштите породице*- оправдава се значајем који породица има за развој личности детета и права детета на породични интегритет. Друго, уважавањем принципа *најбољи интерес детета*- непосредно се одређује начин регулисања породичних односа и државне интервенције у породични живот (принцип диктира избор решења које највише одговара развојним потребама детета). Треће, *интегрални-мултидисциплинарни приступ* заштите детета обезбеђује се у оквиру одређене службе (установе) или кроз организоване облике институционалне сарадње, принцип систематске сарадње између свих установа, служби, органа и организација који имају одређену улогу у процесу заштите (интерресорска сарадња). Као четврти, истиче се принцип *обавезујуће интервенције-обезбеђење права* који је заснован на интервенцији репресивног карактера која посеже за родитељским правом, односно принуди у односу на родитеље или друга лица која злостављају дете а утемељена је на одлукама надлежних државних органа. Пети је принцип *поверљивости* који не може ићи на штету информација потребних за органе надлежне за доношење одлука у процесу заштите. И на крају, принцип учешћа (партиципације) детета (спречавање секундарне виктимизације) уз уважавање права на информисање, права на изражавање сопственог мишљења, права на приватност, права на заштиту части и угледа. Упо. Ишпановић-Радојковић Вероника, Заштита детета од злостављања и занемаривања, у: *Заштита детета од злостављања и занемаривања-Примена Општег протокола*, Вероника Ишпановић-Радојковић (ур.), Центар за права детета, Београд 2011, стр.53-65.

⁴⁶ Вид. чл. 64. ст.3. Устава Републике Србије: „Деца су заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања или злоупотребавања“, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

⁴⁷ Породични закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/05, 72/2011 и 6/2015.

Кривични законик⁴⁸ те остали прописи из области образовања⁴⁹ и других релевантних области.⁵⁰

На овом месту је важно подсетити да је Комитет за права детета у Препорукама Републици Србији из 2008. године,⁵¹ као држави чланици Конвенције о правима детета, сугерисао предузимање свих неопходних мера у циљу реформисања закона који се односе на права детета, односно усклађивања законодавства са усвајањем свеобухватног закона о деци, будући да оклевање да се донесе такав закон представља значајан изазов за унапређење права детета у држави чланици. Комитет за права детета, међутим, и у усвојеним Закључним запажањима (2017)⁵² у вези са комбинованим Другим и трећим периодичним извештајем о примени Конвенције о правима детета у Републици Србији на састанку одржаном 3. фебруара 2017. године, још једанпут, подсећа Републику Србију да донесе свеобухватни закон о деци и уведе поступак процене утицаја на права детета за све нове законске регулативе усвојене на националном нивоу.

У домену слободе детета од свих облика насиља, Комитет, између осталог, апелује на државу потписницу да успостави законодавне и друге

⁴⁸ Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014 и 94/2006.

⁴⁹ Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017 и 27/2018; Закон о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/13, 101/17 и 27/2018; Закон о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/13, 101/17 и 27/2018; Закон о предшколском образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010 и 101/2017.

⁵⁰ Закон о здравственој заштити, *Сл. гласник РС*, бр.7/2005, 72/2009, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013, 93/2014, 96/2015, 106/2015 и 113/2017; Закон о здравственом осигурању, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014, 106/2015 и 10/2016; Закон о финансијској подршци породици са децом, *Сл. гласник РС*, бр. 113/2017 и 50/2018; Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 и 113/2017; Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005; Законик о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 2/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014; Закон о спречавању насиља у породици, *Сл. гласник РС*, бр. 94/2016; Закон о јавном реду и миру, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2016 и 24/2018; Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/09; Закон о социјалној заштити, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2011; Закон о јавном реду и миру, *Сл. гласник РС*, бр. 6/2014 и 24/2018, и многи други законски прописи.

⁵¹ Препоруке Комитета за права детета усвојене на 1342. састанку одржаном 6. јуна 2008. године у Женеви, а поводом разматрања Иницијалног извештаја Републике Србије. Вид. Committee on the Rights of the Child, Consideration of Report Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Republic of Serbia*, (CRC/C/SRB/CO/1).

⁵² Комитет за права детета, *Закључна запажања о комбинованом другом и трећем периодичном извештају Републике Србије*, CRC/C/SR.2193.

мере како би осигурала адекватну заштиту децу од насиља, те поздравља информацију да ће држава потписница до јуна 2017. године, изменама и допунама Породичног закона, забранити физичко кажњавање детета у свим окружењима,⁵³ што се ни до данас дан није догодило.⁵⁴ Активности које су, до јула месеца 2018. године, у овој области предузете, односе се на завршен текст Преднацрта Закона о правима детета и заштитнику права дете, који још увек није ушао у скупштинску процедуру. Одредбом чл. 10. прописано је да свако дете има право на живот и развој у безбедној социјалној средини. Органи јавне власти имају обавезу да подржавају стварање и обезбеђивање сигурне и здраве социјалне околине. Свако дете има право на приступ мерама које омогућавају да развије свој пуни потенцијал, а органи јавне власти обавезу да обезбеде свој деци без обзира на лична својства и различите средине у којима деца живе највиши могући животни стандард и заштиту од свих облика насиља, злостављања и занемаривања, експлоатације, употребе наркотика, дувана, алкохола и других штетних супстанци и од излагања порнографији и другим штетним информацијама, заштиту безбедности, укључујући и безбедност кретања, заштиту од свих других утицаја штетних по развој детета укључујући штетне традиционалне, културне и религијске праксе.⁵⁴ Усвајање законског текста значило би испуњавање препорука релевантних међународних тела. Да ли су на овај начин створене основе за даље унапређење и поштовање права детета у Републици Србији, остаје да се види у наредним Закључним запажањима Комитета о правима детета на Четврти и пети периодични извештај који наша земља треба да достави до 24. маја 2022. године.

Када је реч о грађанскоправној заштити од насиља у породици, у важећем Породичном закону Србије су прописане и материјалноправне и процесноправне одредбе о заштити од насиља у породици,⁵⁵ чији је циљ да спрече да насиље које се већ догодило у породици буде настављено или да ескалира у још опаснијем правцу, односно да превентивно, успостављањем просторне дистанце између учиниоца насиља и жртве, спречи веће

⁵³ Вид. Права детета у Србији, *Закључна запажања УН Комитета за права детета са препорукама*, Центар за права детета, Београд 2017, 24-26, www.cpd.org.rs (приступ 18.10.2018.).

⁵⁴ *Ibid.*

Комитет апелује на државу потписницу да: а) изричито законом забрани телесно кажњавање; б) осигура да се забрана телесног кажњавања адекватно прати и спрово ди у свим окружењима; в) промовише позитивне, ненасилне и партиципативне начине подизања и дисциплиновања детета кроз кампање подизања свести; г) осигура да се починиоци доведу пред надлежне управне и судске органе.

⁵⁴ Вид. текст прописа Преднацрта Закона о правима детета и заштитнику права детета, <https://www.paragraf.rs> (приступ:20.10.2018.).

⁵⁵ Чл. 197–200 и чл. 283–289 Породичног закона.

угрожавања живота, физичког или психичког интегритета, односно слободе једне особе или озбиљног нарушавања развоја њене личности.⁵⁶ Осим што је насиље у породици забрањено одредбама ПЗС, оно је дефинисано и у одредбама глава осамнаест (кривична дела против полне слободе) и деветнаест (кривична дела против брака и породице) Кривичног законика и Закона о јавном реду и миру (чл. 9. ст. 1.) Републике Србије. Детаљније разматрање односа грађанскоправне и кривичноправне заштите од насиља превазилази техничке оквире овог рада, због чега ће бити бити предмет пажње ауторке неком дугом приликом.

3.2. Стратешки документи

Први стратешки документ у којем је дефинисана општа политика наше земље према деци за период до 2015. године је Национални План Акције за децу, који је Савет за права детета израдио, а Влада Републике Србије усвојила 2004. године, и у коме су садржане приоритне мере за заштиту детета од свих облика злостављања, занемаривања, искоришћавања и насиља. У циљу спровођења одредби Конвенције УН о правима детета, посебно у области спречавања и сузбијања насиља над децом, почев од 2005. године и усвајања Општег протокола за заштиту деце од злостављања и занемаривања,⁵⁷ Влада Републике Србије настоји да обезбеди оквир за успостављање ефикасне, оперативне, међусекторске мреже за заштиту деце од злостављања, занемаривања, експлоатације и насиља. Поред Општег протокола, усвојени су и посебни секторски протоколи,⁵⁸ који одређују улоге и процедуре у заштити деце од злостављања и занемаривања за сваки од релевантних сектора у оквиру система заштите - систем рада и социјалне заштите, образовања, полиције, здравства и правосуђа.

У области предметних политика, важан документ представља Национална стратегија за превенцију и заштиту деце од насиља за период 2009-2015,⁵⁹ као и Акциони план за спровођење ове стратегије (2010).⁶⁰ Као општи стратешки циљеви Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља издвајају се: 1) развој безбедног окружења у коме ће бити остварено право сваког детета да буде заштићено од насиља у свим његовим појавним облицима, а у смислу пуне имплементације основног људског

⁵⁶ Вид. Драшкић Марија, Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVI, 2/2008, 345.

⁵⁷ Закључак Владе РС 05 број: 011-5196/2005 од 25.08.2005. године

⁵⁹ Национална стратегија за превенцију и заштиту деце од насиља за период 2009-2015, *Сл. гласник РС*, бр. 122/2008.

⁶⁰ Акциони план за спровођење Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља (2010-2012), *Сл. гласник РС*, бр. 15/2010.

права на заштиту од свих облика физичког и менталног насиља, злоупотреба и занемаривања, нехуманих и понижавајућих поступака, сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, трговине људима и свих других облика насиља и злоупотреба; 2) успостављање националног система превенције и заштите деце од свих облика злостављања, занемаривања и искоришћавања.⁶¹ Како је насиље према деци у Србији и даље распрострањена појава, неопходно је доношење нове стратегије. С тим у вези, у јулу месецу 2017. године стручњаци су започели рад на изради Преднацрта Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља за период 2018.-2022. године, која у оквиру дефинисаних циљева обухвата мере интервенције и мере превенције, а текст Преднацрта стратегије може се наћи на сајту Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања.⁶² Основни принцип Преднацрта Стратегије је право детета има на слободу од свих облика насиља, злостављања, злоупотребе или занемаривања. Обавеза државе је да примени мере за спречавање насиља над децом и да обезбеди заштиту детета од свих облика насиља у свим окружењима: у породици, установама, институцијама и широј друштвеној средини и односи се на сву децу без дискриминације.

У целокупном процесу, од великог значају су институционални механизми, попут Одбора за права детета Народне Скупштине (2010), са улогом да координира све активности везане за спровођење Конвенције о правима детета на међусекторском, националном и локалном нивоу. Потом, Савет за права детета као саветодавно тело Владе Републике Србије (2002) са задацима да: иницира мере за усклађивање политике у областима које се односе на децу и младе (здравство, образовање, култура, социјална питања); иницира мере за изграђивање целовите и кохерентне политике према деци и младима; дефинише препоруке за остваривање важних социјалних индикатора у области бриге о деци и предлаже политике остваривања права деце у складу са Конвенцијом УН о правима детета; анализира ефекте предузетих мера надлежних органа по децу, младе, породице са децом и наталитет; као и да прати остваривање и заштиту права детета у Србији, и други бројни институционални механизми који обезбеђују и унапређују

⁶¹ Вид. опширније Стевановић Ивана, Голић Милена, Зечевић Оливера, Анализа стања и капацитета националног система превенције и заштите деце која су укључена у живот или рад на улици од искоришћавања и злоупотреба, Београд, 2012. 18.

⁶² Преднацрт Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља за период 2018.-2022. године, <https://www.minrzs.gov.rs/aktuelno/javni-poziv-za-ucescenje-u-javnoj-raspravi-o-nacrtu-nacionalne-strategije-za-prevenciju-i-zastitu-dece.html> (приступ: 15.10.2018.).

остваривање права детета.⁶³

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Упркос позитивним напорима наше земље да развије свеобухватни систем заштите деце, Комитет за права детета изражава озбиљну забринутост због: великог броја пријављених случајева насиља над децом; нечовечног или понижавајућег поступања према деци која живе у домовима за институционалну бригу, посебно према деци са сметњама у развоју; извештаја који показују да је већа вероватноћа да деца са сметњама у развоју, посебно она са интелектуалним оштећењем, буду жртве физичког и сексуалног насиља; распрострањених случајева насиља у школама; неадекватне примене стратешких докумената и ограничених капацитета да насиље буде препознато од стране стручњака, односно недовољне сарадње и размене информација на међуресорном нивоу и надлежних органа, као и неадекватног праћења.⁶⁴ Имајући у виду наведено, сасвим је извесно да пред нашем земљом стоји озбиљан задатак који треба да буде извршен у наредном извештајном периоду.

Olga JOVIĆ - PRLAINOVIĆ, LL.D.

Associate professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

FREEDOM OF THE CHILD OF ALL FORMS OF VIOLENCE

Summary

In this paper author states that all forms of violence, abuse or neglect of children undermining the physical, psychological or moral integrity of the child's personality constitute a violation of the rights of the child to life, survival and

⁶³ *Ibid*, стр. 8-10.

Савет за праћење примене препорука механизма УН за људска права (2014); Савет за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малолетницима (2009); Савет за борбу против трговине људима (1992); Заштитник грађана (2005); Координационо тело за родну равноправност (2014); Повереник за заштиту равноправности (2009); Ресорна министарства за област рада и социјалне заштите, здравства, образовања и васпитања, унутрашњих послова, правде, информационог друштва, локалне самоуправе, и омладине и спорта представљају значајне институционалне механизме за заштиту деце. Правосудни органи

⁶⁴ Вид. *Zaključna zapažanja o kombinovanom drugom i trećem periodičnom izveštaju Republike Srbije*, т. 32.

development. The child has the right to freedom from all forms of violence, and in that sense, the UN Convention on the Rights of the Child as the supreme authority in the domain of human rights of children prescribes the obligation of States Parties to apply measures to prevent and combat violence against children and to ensure the protection of the child against violence in the family, in schools, in institutions and in the wider social environment, and in the digital space. In the Republic of Serbia, strategic regulation of the area of protection of children against violence is one of the priorities of national politics, but despite the efforts in the past period to improve the legislative framework, a functional system of prevention and protection against violence has not yet been established. In order to harmonize internal legislation with the standards established in international human rights documents, the duty of the Republic of Serbia is to intensively reform the regulatory mechanism for the prevention and prevention of violence against children. Committee on the Rights of the Child in Concluding observations on the combined second and third periodic reports of Serbia (2017) recommends to the State party to establish legislative and other measures for protection of children from abuse and violence, in coordination with the ombudsman, establish a monitoring mechanism to ensure that all children in institutions and alternative care are free from all forms of torture and inhumane or degrading treatment, and ensure that they have access to a confidential, safe and child-friendly mechanism for complaints related to their deprivation of liberty, their conditions of detention or internment and their treatment, ensure that preventative mechanisms are established to protect children with intellectual and other psychosocial impairments from any kind of physical or sexual violence and establish compulsory training courses on violence against children for all relevant professionals, ensure efficient cooperation, coordination and data sharing between child protection services, the police and the justice system.

Keywords: child's dignity; prevention and protection of children against violence; safe and healthy environment

ЛИТЕРАТУРА:

Драшкић Марија (2008). Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије, *Анали Правног факултета у Београду*, година LVI, бр, 2.

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

Цвејић-Јанчић Олга (2015). Забрана физичког кажњавања детета Прилог дискусији поводом Преднацрта Грађанског законика, *Правни живот бр. 10*, Београд.

Ишпановић-Радојковић Вероника (2005). Заштита деце од злостављања и занемаривања- узроци, последице, могућности, *Правни живот* бр. 9, Београд.

Ишпановић-Радојковић Вероника (2011). Заштита детета од злостављања и занемаривања, у: *Заштита детета од злостављања и занемаривања-Примена Општег протокола*, Вероника Ишпановић-Радојковић (ур.), Центар за права детета, Београд.

Јовић-Прлаиновић Олга, Крвавац Марија (2016). Национални и међународноприватни аспекти насиља над децом у породици, Ниш, *Теме*, г. XL, бр. 3.

Обретковић Мирјана (2001). Основни принципи заштите у: *Заштита детета од злостављања Приручник за центре за социјални рад и друге службе у локалној заједници*, Мирјана Обретковић, Љубомир Пејаковић (ур.), Југословенски центар за права детета, Београд.

Sérgio Pinheiro Paulo (2006). *World Report on Violence against Children*, Published by the United Nations Secretary-General's Study on Violence against Children https://www.unicef.org/violencestudy/reports/SG_violencestudy_en.pdf

Стевановић Ивана, Голић Милена, Зечевић Оливера (2012). Анализа стања и капацитета националног система превенције и заштите деце која су укључена у живот или рад на улици од искоришћавања и злоупотреба, Београд.

Van Bueren Géraldine (2008). *Child rights in Europe, Convergence and Divergence in Judicial Protection*, Council of Europe, Strasbourg.

Viviers André, *General Comments of the Committee on the Rights of the Child*, A Compendium for child rights advocates, scholars and policy maker, January 2014, <https://www.unicef.org>

Вучковић-Шаховић Невена (1996). Међународноправна заштита детета и обавезе Југославије, у *Дечја права-чија одговорност*, *Зборник радова са саветовања о образовању за дечја права*, Пешић Мирјана, (ур.), Институт за педагогију и андрагогију, Београд.

Вучковић Шаховић Невена, Петрушић Невена (2015). Права детета, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш.

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

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

Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014 и 94/2006.

Закон о основама система образовања и васпитања, *Сл. гласник РС*, бр. 88/2017 и 27/2018.

Закон о основном образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/13, 101/17 и 27/2018. Закон о средњем образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 55/13, 101/17 и 27/2018.

Закон о предшколском образовању и васпитању, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010 и 101/2017.

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

Преднацрт Закона о правима детета и заштитнику права детета, <https://www.paragraf.rs>

Закон о ратификацији Конвенције о правима детета, *Службени лист СФРЈ-Међународни уговори*, бр. 15 (1990) и *Сл. лист СРЈ-Међународни уговори*, бр. 2 (1997).

Закон о ратификацији Протокла о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/02.

Закон о ратификацији Протокола уз Конвенцију о правима детета о учешћу деце у оружаним сукобима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/02.

Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце од сексуалног искоришћавања, *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, бр. 1/2010.

Закон о потврђивању Конвенције СЕ о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, *Сл. гласник- Међународни уговори*, бр. 12/2013.

Стратегија Савета Европе о правима детета (2016-2021), <http://www.coe.int/cm>

Konvencija Saveta Evrope o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, Brošura *Osvrt na standarde i vrednosti Konvencije, u poglavljima I, II, III i V*, Beograd 2016.

Report of the independent expert for the United Nations study on violence against children, United Nations General Assembly A/61/299, 29.08.2006., <https://www.ohchr.org>

Committee on the Rights of the Child General comment No. 13 (2011) The right of the child to freedom from all forms of violence, CRC/C/GC/13, 18 April 2011, <https://www2.ohchr.org>

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 8 (2006): The Right of the Child to Protection from Corporal Punishment and Other Cruel or Degrading Forms of Punishment*, 2 March 2007, CRC/C/GC/8, <http://www.refworld.org>

UN Committee on the Rights of the Child (CRC), *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*, 18 April 2011, CRC/C/GC/13, <http://www.refworld.org/docid/4e6da4922.html>

Committee on the Rights of the Child, Consideration of Report Submitted by States Parties under Article 44 of the Convention, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Republic of Serbia*, (CRC/C/SRB/CO/1).

Комитет за права детета, Закључна запажања о комбинованом другом и трећем периодичном извештају Републике Србије, CRC/C/SR.2193.

Права детета у Србији, *Закључна запажања УН Комитета за права детета са препорукама*, Центар за права детета, Београд 2017, www.cpd.org.rs

Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања, Закључак Владе РС 05 број: 011-5196/2005 од 25.08.2005. године.

Посебни протокол система здравствене заштите за заштиту деце од злостављања и занемаривања, Министарство здравља Републике Србије, Београд 2009;

Посебни протокол о поступању правосудних органа у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања, Министарство правде РС, Београд 2009;

Посебни протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања у установама социјалне заштите, Министарство рада, запошљавања и социјалне политике РС, Београд 2006; Посебни протокол о поступању полицијских службеника у заштити малолетних лица од злостављања и занемаривања, Министарство унутрашњих послова РС, Београд 2007; Посебан протокол за заштиту деце и ученика од насиља, злостављања и занемаривања у образовно-васпитним установама, Министарство просвете РС, Београд 2007;

Правилник о протоколу поступања у установи у одговору на насиље, злостављање и занемаривање, *Сл. гласник РС*, бр. 30/2010.

Национална стратегија за превенцију и заштиту деце од насиља за период 2009-2015, *Сл. гласник РС*, бр. 122/2008.

Акциони план за спровођење Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља (2010-2012), *Сл. гласник РС*, бр. 15/2010.

Пракса Европског суда за људска права

Opuz v Turkey, представка бр. 33401/02, 9.06.2009.

Branko Tomašić and Others v. Croatia, представка бр. 46598/06. 15.04.2009.

Kontrová v. Slovakia, представка бр. 7510/04, 24.09.2007.

V.A.M. v Serbia, представка бр. 39177/05, 13.03.2007.

Sebastian Kowal v. Poland, представка бр. 2912/11, 2.10.2012.

Bevacqua and S. v. Bulgaria, представка бр. 71127/01, 12.06.2008.

A v. Croatia, представка бр. 55164/08, 14.10. 2010.

Hajduová v. Slovakia, представка бр. 2660/03, 30.11. 2010.

ЗНАЧАЈ И НАЧИНИ САЗНАЊА СТРАНОГ ПРАВА

Апстракт: Примена страног права израз је ширег тумачења начела правичности на специфичном међународноприватноправном терену. Наиме, захтеви правичности налажу да се правни однос расправља у светлу права које је том односу најближе, и са којим дати однос има најрелевантније контакте.

Применити страно право значи и учинити уступак на уштрб сопственог суверенитета, а у циљу јачања међународне сарадње на једном ширем плану. Уступци су мотивисани и разлозима правне сигурности, односно захтевима да правни односи који су везани за више од једног суверенитета производе правна дејства и у другим земљама, а нарочито у онима где је њихова реализација очекивана.

Проблеми у сазнању страног права, као и начини њиховог превазилажења, тема су овог рада. У том светлу, од великог значаја је Европска конвенција о обавештењима о страном праву која представља регионални мултилатерални споразум посвећен решавању овог проблема.

Кључне речи: страно право, начини сазнања страног права, примена страног права, Европска конвенција о обавештењима о страном праву.

1. УВОД

До примене страног права долази уколико су испуњене следеће претпоставке: а) да се ради о приватноправном односу који у себи садржи елемент иностраности и да б) колизионе норме *lex fori* упуте на страно право као меродавно. У овој формули за примену страног права *conditio sine* је претпоставка да поступајући орган *legis fori* полази од премисе да су колизионе норме саставни део правног поретка *lex fori* и да је реч о императивним правним прописима. То значи да поступајући орган има обавезу да познаје и примени страно право по службеној дужности, односно да се захтев *iura novit curia* односи како на домаће, тако и на страно право, онда када колизионе норме форума на то право упућују. Принудна примена домаћих колизионих правила утврђена је у многим европским и суседним

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

државама (Аустрија, Белгија, Бугарска, БИХ, Црна Гора, Мађарска, Пољска, Чешка, Немачка, Словачка, Словенија, Хрватска, Шпанија, Србија, итд...)¹ Изузетак од императивне примене домаћих колизионих правила постојао је у француској судској пракси. Почетком 19. века, кодификацијом грађанског права, у прилог те праксе додати су нови разлози, који су делом психолошке, а делом политичке природе. Наиме, након Наполеонове кодификације Француска је постала прва континентална земља која је створила унификован правни систем, и следствено томе указивано је на „опасност“ да се због неправилне примене страног права наруши углед француских судова!²

Формула за примену страног права мора бити праћена и одговарајућим схватањем правне природе страног права. Наиме, за поступајући орган обавеза примене страног права, по службеној дужности, постоји само уколико страно право има третман права, а не чињенице.

Међутим, постоје правни поретци (нпр. Француска, Данска, Финска и Шведска) код којих правна природа колизионих норми зависи од правне природе предмета спора односно правног питања о ком се одлучује; ако се одлучује о статусноправним или породичноправним питањима, колиционе норме за ова питања су императивне природе и примењују се *ex officio*, ако је реч о уговорним и вануговорним односима, колиционе норме су диспозитивне природе и да би дошло до њихове примене странке се морају позивати на њих, а ако то не учине, суд је слободан да их примени или не примени.³

У земљама *common law* ситема страно право се не сматра правом, већ чињеницом коју поступајући орган, *може* али не мора, узети у обзир, и то само уколико се странке на њега позивају у тужби или одговору на тужбу, или ако се оно оспорава. У складу са развијеним расправним начелом, ово право, као и сваку другу чињеницу, треба доказати у поступку, с тим што терет доказивања лежи на странкама.

У сваком случају, примена страног права руководи се и обзирима међународне сарадње. У условима већ давно наступеле глобализације, услед чега долази до потенцијалног повећања броја односа, степена међузависности и видљивих и невидљивих међуутицаја, вештина савременог

¹ General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe, in: C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao (eds), Application of Foreign Law, Munich, 2011, 18.

² Н. Sikirić, “Primjena kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku“, Zbornik PFZ, 56 (2-3), 2006, 639.

³ Z. Meškić, S. Đorđević, Međunarodno privatno pravo I-opšti deo, Savremena štampa, Sarajevo, 2016, 118.

правника мериће се способношћу проналажења одговарајућег правног израза за новонастале околности.⁴

Пре него што се осврнемо на решења још увек важећег Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ)⁵ по овом питању, потребно је указати на шири регионални одговор који у правцу решавања овог проблема нуди Европска конвенција о обавештењима страном праву из 1968. године, са Додатним протоколом из 1978. године.⁶

2. ЕВРОПСКА КОНВЕНЦИЈА О ОБАВЕШТЕЊИМА О СТРАНОМ ПРАВУ

Савет Европе представља најстарију организацију и почетни корак у интеграционом процесу Европе.⁷ Основан је Уговором из Лондона 5. маја, 1949. године. Организација данас броји 47 држава чланица.⁸ Њено седиште се налази у Стразбуру. Примарни задатак и један од оснивачких циљева Савета Европе је јачање демократије, људских права и правне државе у државама чланицама. У оквиру Савета Европе одвија се и рад на унификацији (супстанцијалног) приватног и трговачког права.⁹

Ради повећања правне сигурности и предвидљивости решења, као и ради олакшавања окончања поступака са елементом иностраносзи, којих је несумњиво у време појачаног кретања људи, капитала и услуга све више, у оквиру Савета Европе је 1968. године усвојена Европска конвенција о обавештењима о страном праву (у даљем тексту: Конвенција). Конвенција је ступила на снагу 17. децембра, 1969. године након протеча тромесечног рока од треће ратификације.¹⁰ Иако је Скупштина СФРЈ усвојила Закон о ратификацији Европске конвенције о обавештењима о страном праву давне 1991. године, у односу на Републику Србију Конвенција се сматра обавезујућом од 31. августа, 2002. године, три месеца након ратификације у Народној скупштини Републике Србије (31. мај, 2002. године). Србија је

⁴ С. Ђајић, „Comitas gentium, jedan model primene međunarodnog i stranog prava“, *Evropski pravnik*, 2/2006, 114.

⁵ 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.

⁶ Закон о ратификацији Европске конвенције о обавештењима о страном праву, Службени лист СФРЈ-Међународни уговори, бр.7/91 од 12.7.1991. године.

⁷ С, Аврамов, М. Крећа, Међународно јавно право, Сл. Гласник, Београд, 2006, 264.

⁸ <https://www.coe.int/web/portal>

⁹ Т. Варади *et al.*, Међународно приватно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 59.

¹⁰ Вид: чл.17, ст.2 Конвенције.

ратификовала и Додатни протокол уз Конвенцију 23. јуна, 2003. године, који је ступио на снагу 23. септембра, 2003. године.¹¹ Конвенција и Додатни протокол су обавезујуће у односу на Србију након ноте о сукцесији коју је наша земља упутила Генералном секретару Савета Европе.¹²

Конвенција је имала за циљ да између држава чланица омогући ефикасну размену обавештења о материјалном и процесном праву у грађанскоправној и привредноправној области, као и у материји организације правосуђа.¹³ Конвенција утврђује обавезу именовања националног органа за везу за сваку државу чланицу. Одлуку о именовању „агенције за пријем“ и „агенције за пренос“ (како се у Конвенцији означавају национални органи за везу) државе уговорнице достављају генералном секретару Савета Европе.¹⁴ „Агенција за пријем“ дужна је да прима захтеве за обавештења која упућују друге државе чланице Конвенције, као и да по тим захтевима поступа. „Агенција за пренос“ прима захтеве за обавештења о страном праву од својих правосудних органа и упућује их „агенцијама за пријем“ држава чланица. Послове ових агенција, по правилу, обављају органи управе надлежни за послове правосуђа у државама чланицама. Недавно је наша земља обавестила Генералног секретара да ће послове националног органа за везу, у нашој земљи, обављати Одељење за међународну правну помоћ у грађанским стварима при Министарству правде Републике Србије. Ово обавештење Генералном секретару упућено је 14. марта, 2014. године.¹⁵ Између осталих, Одељење обавља послове који се тичу: поступања по замолницама домаћих и страних судова и других домаћих и страних надлежних државних органа и обавештења о прописима у грађанским стварима.¹⁶

¹¹ <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/medjunarodne-aktivnosti-eu-integracije-i-projekti/medjunarodna-pravna-pomoc/multilateralni-ugovori.html>

¹² Иако Бечка конвенција о сукцесији држава у односу на уговоре из 1978. године потврђује принцип континуитета у односу на мултилатералне уговоре у званичној публикацији Савета Европе која обавештава о међународним конвенцијама наводи се да је Србија приступила Конвенцији 23. јуна, 2002. године.

¹³ М. Крвавац, Међународно приватно право-општи део, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010, 88.

¹⁴ Вид: чл.2 Конвенције.

¹⁵ https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/conventions/treaty/062/declarations?p_auth=GQdEvSDp&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=false&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=SAM&coeconventions_WAR_coeconventionsportlet_codeNature=3

¹⁶ <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/45/gradjanske-stvari.php>

2.1. Поступак по захтеву за обавештење

Конвенција садржи оригинална правила којима утврђује релативно једноставан, брз и ефикасан поступак сазнања страног права међу државама чланицама. Ради што ефикаснијег поступка захтева се да захтев за обавештење упућен националном органу за везу садржи: детаљан опис случаја уз опис чињеница потребних за његово правилно разумевање (по потреби, могу се приложити и копије докумената да би се разјаснио циљ захтева); уколико у тој земљи постоји више од једног правног система, мора се назначити и ситем права за који се обавештење тражи; тачно и прецизно формулисање правног питања у вези којих се тражи одговор; у захтеву се наводи правосудни орган од кога захтев потиче, или ако захтев није сачинио неки правосудни орган, захтева се да буде пропраћен одлуком тог органа којом се захтев одобрава.¹⁷ Захтев за обавештење саставља се на једном од званичних језика замољене државе, с тим што може бити пропраћен преводом на тај језик.¹⁸

Овлашћени орган замољене државе може сам да одговори на захтев, али такође постоји и могућност да захтев пренесе неком другом званичном државном органу који ће на захтев одговорити.¹⁹ Због потреба административне организације захтев за обавештење може бити пренет и приватном адвокату, или неком другом приватном телу у сврху сачињавања одговора. У том случају терет трошкова и накнада плаћа држава од које захтев потиче.²⁰

Замољена држава може да одбије да поступи по захтеву за обавештење ако случај у вези са којим се захтев шаље утиче на њене интересе или ако сматра да би одговор могао да угрози њен суверенитет или безбедност.²¹ У свим другим случајевима, одговор на захтев за обавештење биће упућен у најкраћем року. Национални орган за везу може обавестити државу из које се захтев шаље о вероватном датуму за добијање одговора.

Циљ одговора јесте давање обавештења о праву замољене државе правосудном органу од кога захтев потиче на објективан и непристрасан начин. Одговор може садржати и релевантне законске текстове и релевантне судске одлуке. Такође, може бити пропраћен и допунским документима, као што су изводи из стручних радова и припремних материјала, коментари и образложења.²²

¹⁷ Вид: чл.4 Конвенције.

¹⁸ Вид: чл.14 Конвенције.

¹⁹ Вид: чл.6 Конвенције.

²⁰ Вид: чл.15, ст.1 Конвенције.

²¹ Вид: чл.11 Конвенције.

²² Вид: чл.7 Конвенције.

Обавештења о садржини страног права јесу информационо-индиционе природе и она не обавезују правосудни орган из кога је захтев потекао.

Иако се Конвенција на први поглед чини обећавајућим међународним инструментом за утврђивање права у земљама које су тешко доступне или чији су правни извори променљиви, она се у својој пракси није показала таквом. Као недостатак конвенцијских решења истиче се да је поступак који она предвиђа дуготрајан и помало неспретан. Наиме, захтева се да се захтев преведе на језик земље о чијем се праву обавештење тражи. Даље, захтев мора садржати конкретна правна питања, а њихово формулисање зависи понајвише од верзираности судије који питање поставља.²³

3. УТВРЂИВАЊЕ САДРЖИНЕ И ПРИМЕНА СТРАНОГ ПРАВА-*DE LEGE LATA* РЕШЕЊЕ СРПСКОГ ПРАВА

3.1. Утврђивање садржине страног права

Уколико домаћа колизиона норма упућује на страно право као меродавно, поступајући орган у домаћој држави ће сходно чл.13, ст.1 ЗРСЗ, по службеној дужности утврдити и применити страно право. Ставови 2 и 3 наведеног члана ЗРСЗ дају техничка упутства, односно предвиђају начине на које поступајући орган може доћи до релевантних информација о страном праву. При том, треба имати на уму да је реч о оквирним упутствима с обзиром да се домаћи органи могу користити и другим начинима утврђивања садржине страног права. Ова правила су *stricto sensu* процесне природе.

Уколико суд или други орган не може утврдити садржину страног права, он може, најпре затражити обавештење од органа управе надлежног за послове правосудја, односно од министарства правде. Обавештење има информативни карактер и не обавезује поступајући орган. Ипак, у пракси домаћи судови се, готово без изузетка, обраћају министарству правде тражећи обавештење о страном праву и, по правилу (увек!), прихватају информације о страном праву које су на тај начин добили, па на њима заснивају своју одлуку.²⁴

Као другу опцију ЗРСЗ предвиђа могућност да странке у поступку поднесу јавну исправу о садржини страног права. Ту би исправу требало третирати као остале јавне исправе таквог карактера. То значи да би за ове исправе биле везане две презумпције-презумпција њихове аутентичности и пресумпција истинитости њиховог садржаја. Уз такве би исправе требало

²³ Н. Sikirić, *op.cit.*, 627-628.

²⁴ Z. Meškić, S. Đorđević, *op.cit.*, 121.

везати и презумпцију да оно што је у њима наведено представља релевантну основу за формирање става о садржини страног права.²⁵ Како је предмет утврђивања страног права, сматра се да није дозвољено извођење доказа саслушањем сведока или странака, па с тога не долази у обзир ни примена доказних правила.

За поступајући орган постоји још једна алтернатива: да користе механизам Европске конвенције о обавештењима о страном праву.

De lege ferenda решење предочено у коначној верзији Нацрта Закона о међународном приватном праву из 2014. године²⁶ предвиђа још једну, за наше право истина револуционарну могућност, у циљу утврђивања садржине страног права. Наиме, суд или други надлежни орган Републике Србије може затражити и стручно мишљење о садржини страног права, као и утврдити садржину страног права на сваки други погодан начин.²⁷ Упоредно посматрано, нису непознаница примери у којима научне установе пружају судовима помоћ по питању сазнања и тумачења страног права.²⁸

3.2. Примена страног права

Примењује се страно право које важи у време доношења одлуке. У том смислу, релевантан је чл.9 ЗРСЗ којим је прописано да се: „*Право стране државе примењује према свом смислу и појмовима које садржи*“. Сам члан 9 ЗРСЗ је врло јасан. Наш суд има у оквиру примене страног права поступати онако како би поступао суд дотичне државе. Појмови страног права имају се тумачити према датом страном праву, чак и онда када је схватање тог права сасвим различито од нашег.²⁹ Ова обавеза односи се и на страно колизионо право.³⁰ То у крајњој линији значи да ће одговор на питање о меродавности, а потом и о садржини страног права зависити од тога да ли норме страног колизионог права узвраћају на домаће право или преупућују на неко друго страно право.

Поставља се питање: шта у случају када је примена страног права изостала, односно када она није била адекватна? Процесноправне последице погрешне примене страног материјалног права једнаке су последицама које

²⁵ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву, Номос, Београд, 1991, 50.

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

²⁷ Вид: чл.40, ст. 3 Нацрта.

²⁸ Ова решења карактеристична су за: Немачку, Француску, Енглеску, више у: Н. Sikirić, *op.cit.*, 617-686.

²⁹ *Ibid*, 41.

³⁰ Вид: чл.6 ЗРСЗ.

наступају услед погрешне примене домаћег материјалног права, што је логичан и нужан закључак полазног става о једнаком третману домаћег и страног права. То значи да се против одлука у којима је погрешно примењено или није примењено страно меродавно право могу уложити редовни (жалба) и ванредни прави лекови (ревизија и захтев за преиспитивање правоснажне пресуде). Закон о парничном поступку³¹ међу разлозима због којих пресуда може бити побијана наводи и погрешну примену материјалног права, што се ако не експлицитно, онда имплицитно односи и на колизионе норме као правне прописе императивне природе, али и на страно право које у нашој земљи има третман права. Уколико другостепени суд погрешно примени материјално право, изузетно, пресуда би могла да се побија ревизијом, а о основаности и дозвољености овог правног лека одлучује Врховни касациони суд у већу од пет судија.³² Такође, странкама на располагању стоји још једно правно средство, а то је захтев за преиспитивање правоснажне пресуде.³³

4. ЗАКЉУЧАК

Утврдити и применити страно право је саставни део колизионог регулисања приватно правних односа са елементом иностраности. У крајњој линији, то је заправо сврха и смисао ових норми.

Правилна и сходна примена страног права нужно претпоставља образованог, вештог судију који има капацитета да разуме и утврди садржину не само домаћег већ и страног права. Отуда се правило *iura novit curia* односи поред домаћег и на страно право. Наравно, законодавац је ту да олакша, а не да отежа положај судије, па отуда прописује како и на који начин ће суд утврдити садржину страног права, односно како суд може доћи до релевантних података о садржини страног права. Закључак је да прописи из ове области нису ригидни и да је суду, као и другим органима који се у пракси могу сретати са применом страног права, остављен арсенал могућности да до садржине страног права дођу. На располагању им стоје како органи управе надлежни за послове правосуђа, тако и странке које својим активним учешћем могу помоћи у утврђивању садржине страног права, билатерални и мултилатерални механизми за пружање међународне правне помоћи, али не тако ретко, и доктрина, односно правна наука.

У прилог значају решавања, овог на изглед техничког проблема, говори иницијатива Савета Европе у правцу олакшавања решавања спорова

³¹ Вид: чл. 373 Закона о парничном поступку, Сл. гласник РС, бр.72(2011, 49/2013-одлука УС, 73/2013-одлука УС и 55/2014.

³² Вид: чл.404 и чл.407 ЗПП.

³³ М. Дика *et al.*, *op.cit.*, 50, Т. Варади, *et al. op.cit.*115.

са елементом иностраности, преточена у Европску конвенцију о обавештењима о страном праву која данас окупља 47 држава чланица.

Jelena BELOVIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SIGNIFICANCE AND METHODS OF FOREIGN LAW DETERMINATION

Summary

The application of a foreign law is an expression of a broader interpretation of the principle of fairness on a specific Private International Law ground. Namely, the demands of justice require that a legal relationship has to be discussed in the light of the law that is most closely connected to that relationship, and with whom the given relationship has the most relevant contacts.

Applying foreign law means making concessions to the detriment of the own sovereignty, in order to strengthen international cooperation on a broader scale. The concessions are motivated by the reasons of legal certainty, however, with the demands that legal relations related to more than one sovereignty has to produce legal effects in other countries, especially in those where their realization is expected.

The problems in the determination of foreign law, as well as the ways of overcoming them, are the subject of this article. In this light, of great importance is the European Convention on Notification of Foreign Law, which is a regional multilateral agreement dedicated to overcoming this problem.

Keywords: foreign law, the methods of foreign law determination, foreign law application, European Convention on Notification of Foreign Law.

ЛИТЕРАТУРА

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

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

General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe, in: C. Esplugues, J.L. Iglesias, G. Palao (eds), *Application of Foreign Law*, Munich, 2011.

Mrvoje Sikirić, "Primjena kolizijskih pravila i stranog prava u sudskom postupku", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56 (2-3), 2006.

Марија Крвавац, Међународно приватно право-општи део, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010.

Сања Ђајић, „Comitas gentium, jedan model primene međunarodnog i stranog prava“, *Evropski pravnik*, 2/2006.

Смиља Аврамов, Миленко Крећа, Међународно јавно право, Сл. Гласник, Београд, 2006.

Zlatan Meškić, Slavko Đorđević, Међународно приватно право I-општи део, Savremena štampa, Sarajevo, 2016.

Др Страхиња МИЉКОВИЋ*

347.74:336.71(497.11)

ПРАВНИ ОДНОСИ КОД УГОВОРА О ФАКТОРИНГУ У ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Факторинг је финансијска услуга купопродаје постојећег недоследог или будућег краткорочног новчаног потраживања, насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству. Предмет уговора о факторингу може бити свако постојеће недоследо 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. У раду се акценат ставља на узајамност права и обавезе фактора и уступаоца потраживања и предвиђеним позитивно-правним законским решењима.

Кључне речи: факторинг, уговор о факторингу, фактор, уступацац, права, предмет уговора, потраживање, обавезе, закон.

1. УВОД

Као специфичан финансијски инструмент финансирања пословања факторинг¹ све више добија на значају на макро и на микро нивоу. Факторинг као специфична парабанкарска операција комплементаран је са традиционалним банкарским пословима.² Правна теорија и пословна пракса дуго је факторинг сврставала у ред самосталних правних послова без икаквих обележја банкарског посла.³ Данас преовлађује становиште да је

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

¹ Етимолошко значење речи факторинг (*factoring*) потиче од латинске речи *facere* (водити), односно од енглеске речи *factor* која у свом изворном значењу означава агента, комисионара или посредника. Поред језичке неодређености реч „факторинг“ има своје устаљено значење у банкарској пословној пракси и теорији. - Горенц, В., *Уговор о факторингу*, Загреб, 1988, 3.

² Ђорђевић, Б., Тржишни потенцијали националног и међународног факторинга у Србији, *Банкарство*, бр. 1-2008, 25.

³ Више о правној природи видети, Зиндовић, И., Правна природа и односи из уговора о факторингу, *Гласник права*, год. II, бр. 1., 2011, 17-19, доступно на: www.jura.kg.ac.rs/gp (file:///D:/Downloads/gpII-1-2011-2-Zindovic.pdf).

факторинг самостални банкарски посао.⁴ Може се закључити да је посао факторинга финансијска услуга купопродаје постојећег недospelог или будућег краткорочног новчаног потраживања,⁵ насталог по основу уговора о продаји робе или пружања услуга у земљи и иностранству.⁶

Факторинг као посао финансирања краткорочних потраживања у себи садржи четири основне функције, и то: 1) финансирање клијента на основу зајма уступиоцу или путем аванса датог клијенту (авансно финансирање)⁷ или на основу продаје потраживања фактору (дисконтно финансирање);⁸ 2) наплата потраживања (*collection* – инкасо наплата); 3) преузимање ризика (обезбеђење) наплате потраживања (*del credere* функција) и 4) услужна

⁴ Разлог оваквог гледишта налазимо у званичним одлукама државно–контролних органа који банке где се факторинг сврстава као један од банкарских послова.

⁵ 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.

⁶ Члан 2. ст. 1 (1)., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁷ Авансно финансирање - фактор исплаћује клијенту претежни део износа потраживања, али задржава између 10% и 30% од износа потраживања на посебном рачуну. Финансирање клијента има карактер обезбеђеног кредита, јер потраживање остаје у својини клијента. На тај начин фактор преузима на наплату целокупно потраживање али исплаћује клијенту мањи износ од пуне номиналне вредности потраживања (најчешћа авансна стопа је 70%) и на тај начин се ствара резерва којом се врши покриће евентуално ненаплаћеног потраживања. Фактор, дакле, формира резерву (типична резерва је 30% од преузетог потраживања) за случај да настану евентуални приговори дужника (купца) по испорученој роби (приговори квалитета, квантитета робе и др.) и тај се износ уплаћује назад клијенту или након наплате потраживања или након доспелости фактуре. Авансно финансирање представља алтернативу уговору о кредиту - Керковић, М. Т., Уговор о факторингу у преднацрту Грађанског законика, 4, доступно на: www.academia.edu/28593161/UGOVOR_O_FAKTORINGU_U_PREDNACRTU_GRADJA_NSKOG_ZAKONIKA_SRBIIJE

⁸ Дисконтно финансирање - подразумева да фактор уплати комплетну суму клијенту, умањену за накнаде, у које спадају камате за период доспелости потраживања, трошкови преузетог ризика плаћања, управљања потраживањима и др. а висина накнада се креће у износу од 4,5% до 5,5% од номиналне вредности потраживања, с тим што код ризичнијих потраживања она може ићи и до 12% од укупног износа потраживања. Код овог варијетета фактор постаје власник преузетог потраживања, па, стога, износ који фактор уплаћује клијенту представља, заправо, цену купљеног потраживања, умањену за дисконт. Овај облик факторинга јесте продаја потраживања фактору од стране уступиоца, коју предвиђа српски Закон о факторингу као једини облик факторинг посла. – Ibid, 5, доступно на: www.academia.edu/28593161/UGOVOR_O_FAKTORINGU_U_PREDNACRTU_GRADJANSKOG_ZAKONIKA_SRBIIJE

функција (књиговодствене, евиденционе, саветодавне и друге *outsourcing* услуге).⁹

Повећање обима производње и немогућности да мала и средња привредна друштва обезбеде повољне кредитне линије стварају све неопходне услове развоја факторинг тржишта у Р. Србији.¹⁰ Прилив свежег капитала представља „луксуз“, а то из разлога јер се право на потраживања остварује у дужем временском периоду (30-90 дана)¹¹ са високим степеном ризика наплате потраживања. Применом факторинг механизма, малим и средњим привредним друштвима пружа се могућност да приступе алтернативном извору финансирања.¹² Факторинг у извозно оријентисаним економијама је један од незаобилазних финансијских инструмената финансирања малих и средњих компанија.¹³ Подршка монетарних, пореских и законодавних органа¹⁴ ствара стабилне основа за развој факторинг

⁹ Art. 1(2)(b) UNIDROIT Convention on International Factoring, Ottawa, 28 May 1988. доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>

¹⁰ 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 комора Србије, Београд, 2017, доступно на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 2.

¹¹ Kerkovic M. T., and Mihajlov D. K., Factoring in the Changing Environment: Legal and Financial Aspects / *Procedia - Social and Behavioral Sciences* 44, 2012, 429.

¹² У структури портфолија за 2016. годину, 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 прехранбена 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, доступно на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 10.

¹³ Доступно 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.

¹⁴ Разлози правног нормирање факторинга су: а) потреба финансирања обртних средстава; б) заштита од кредитног ризика; в) управљањем потраживањем и г) наплатом потраживања. Закон о факторингу карактерише и то да је добрим делом преузео решења конвенцијског права. Закон регулише појам и предмет факторинга, учеснике факторинга, услове и начин обављања факторинга, врсте факторинга, права и обавезе учесника у факторингу, уговор о факторингу, обрнути факторинг и надзор над обављањем факторинга, Чл. 1., Закона о факторингу *Сл. Гласник РС*, бр. 62/2013.

пословања, а то превасходно из разлога јер имају интерес да поспешују развој домаће производње и извоза.¹⁵

2. ПОЈАМ, ПРЕДМЕТ И ФОРМА УГОВОРА О ФАКТОРИНГУ

2.1. Појам и предмет уговора о факторингу

Уговор о факторингу представља такав правни посао код кога фактор откупљује потраживање клијента уз дисконт (о доспелости или пре доспелости), са правом регреса фактора према продавцу потраживања или без њега – прави факторинг, односно правни посао којим се уступилац потраживања обавезује да пренесе на фактора постојећа или будућа потраживања ради наплате, а фактор се обавезује да уз провизију и наплату трошкова наплати потраживања – неправи факторинг.¹⁶

Предмет уговора о факторингу може бити свако постојеће недоспело или будуће,¹⁷ цело или делимично, краткорочно новчано потраживање¹⁸ које је настало по основу уговора о продаји робе или пружања услуга, закљученог између правних лица и предузетника.¹⁹ Одредба у уговору о факторингу којом се врши продаја будућег потраживања производи правно дејство моментом настанка тог потраживања.²⁰ Предмет факторинга може бити 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

¹⁵ 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, доступно на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvareno%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 2.

¹⁶ Васиљевић, М., *Трговинско право*, Београд, 2011, 370.

¹⁷ 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.

¹⁸ Краткорочно потраживање је потраживање које доспева на наплату у року до годину дана од дана продаје робе или пружања услуга.

¹⁹ Члан 2. ст. 1 (2)., Закона о факторингу „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

²⁰ Члан 3. ст. 1., Закона о факторингу „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

обавезно социјално осигурање.²¹ Само потраживања која настају између правних лица могу бити предмет уговора о факторингу. Потраживања која настају на основу уговорног односа физичких лица не могу бити предмет уговора о факторингу већ као таква су предмет уговора о цесији. Од значаја је и то да предмет факторинга не може бити потраживање настало по основу продаје робе или пружања услуга за личне, породичне или потребе домаћинства.²²

Уговори о факторингу једног уступилаца закључени са различитим факторима, а који имају за предмет продају истог потраживања су забрањени, и сваки такав накнадно закључен уговор ништав је.²³ Допуштено је да уступилац закључи више уговора са различитим факторима али само под условом да предмети продаје потраживања имају различит правни основ. Предмет уговора може се даље продавати и преносити с једног фактора на другог фактора, изузев ако то није изричито забрањено уговором о факторингу.²⁴

Основним уговором (уступилац – поверилац из основног посла и дужник) или општим условима пословања дужника може бити предвиђена забрана продаје потраживања. Без обзира да ли је наведена забрана предвиђена основним уговором или општим условима пословања дужника она не производи правно дејство односно уступилац своје потраживање може продати фактору. Ипак, да би уступилац могао и поред забране продати своје потраживање фактору неопходно је испуњење два услова и то: а) да је у складу са законом и б) да другачије није уређено међународним уговором.²⁵ Недореченост законодавца остаје у погледу шта се има сматрати међународним уговором. Да ли се у овом случају ради о међународном уговору када су стране из земаља потписница конвенције или се ради међународном уговору када је само једна чланица потписница конвенције или када ни једна од страна није потписница конвенције.

2.2. Форма уговора

Факторинг без обзира на појавне форме може се једино реализовати на основу уговора. Уговор о факторингу се може закључити у писаној или електронској форми. Закључење уговора у писаној или електронској форми

²¹ Члан 2. ст. 2., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

²² Члан 4. ст. 2., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

²³ Члан 22. ст. 1., Закона о факторингу Сл. Гласник РС, бр. 62/2013.

²⁴ Члан 31., Закона о факторингу Сл. Гласник РС, бр. 62/2013.

²⁵ Члан 30., Закона о факторингу Сл. Гласник РС, бр. 62/2013.

су решење конвенцијског права.²⁶ Уговор чији предмет није дефинисан у складу са законом, не може се сматрати уговором о факторингу. Иако постоји тежња да се омогући бржи долазак до обртног капитала, уговор о кредиту или зајму не може се сматрати уговором о факторингу.²⁷

Уговор о факторингу поред форме у којој мора бити сачињен неопходно је да садржи и:

- 1) податке о уговорним странама;
- 2) податак о врсти факторинга;
- 3) основ и податке о потраживању које је предмет уговора;
- 4) износ, начин обрачуна и исплате откупљеног потраживања уступиоцу;
- 5) износ, начин обрачуна и исплате накнаде фактору;
- 6) право фактора на камату и друге трошкове, који могу проистећи из реализације уговора;
- 7) датум закључивања уговора;
- 8) потписе законских заступника сваке уговорне стране, другог лица овлашћеног за потписивање уговора или пуномоћника ових лица.²⁸

3. ВРСТЕ ФАКТОРИНГА И СУБЈЕКТИ ФАКТОРИНГ ОДНОСА

3.1. Врсте факторинга

Закон посебну пажњу посвећује врстама факторинга, предвиђајући следеће врсте и то:

- 1) домаћи и међународни;
- 2) са (неправи) и без (прави) права регреса и
- 3) обрнути факторинг.

Домаћи факторинг је факторинг чији је предмет продаја потраживања настала продајом робе или пружањем услуга између домаћих субјеката на унутрашњем тржишту. Међународни факторинг је 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.²⁹ Међународни факторинг се обавља у: 1) једнофакторском³⁰ или 2) двофакторском систему.³¹

²⁶ Више о томе видети UNIDROIT Convention on International Factoring, Ottawa, 28 May 1988. доступно на: <https://www.unidroit.org/instruments/factoring>

²⁷ Члан 19 ст. 3., Закона о факторингу *Сл. Гласник РС*, бр. 62/2013.

²⁸ Члан 20, Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

²⁹ Закон о спољнотрговинском пословању, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2009, 36/2011 - др. закон, 88/2011 и 89/2015 - др. закон.

³⁰ Једнофакторском систем када у факторингу учествује само један фактор.

Факторинг без права регреса (прави факторинг) је факторинг у којем фактор преузима ризик наплате потраживања на себе. Ризик наплате потраживања, обухвата ризик неспособности плаћања од стране дужника. Факторинг са правом регреса (неправи факторинг) пружа могућност да уступилац одговара фактору за наплативост потраживања (на дан доспелости потраживања). Ако уговором није наведено да ли се ради о факторингу са или без права регреса, увек се полази од претпоставке да је у питању факторинг са правом регреса.³²

Обрнути факторинг³³ 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 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.³⁴ Правноваљаност посла обрнутог факторинга зависи од обезбеђивања сагласности повериоца. Дужник је у обавези да обезбеди сагласност повериоца, у супротном не може доћи до закључења уговора о обрнутом факторингу. 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.³⁵

3.2. Субјекти факторинг уговорног односа

Стране које учествују у факторинг пословном односу су:

- 1) уступилац;
- 2) фактор и
- 3) дужник.

Фактор као субјект који купује потраживање од уступеоца може се јавити као: 1) банка; 2) акционарско друштво или друштво ограничене одговорности и 3) страна банка или страно привредно друштво. Једино привредно друштво организовано у форми А.Д. или Д.О.О., а са седиштем у

³¹ Двофакторски систем када учествује фактор са седиштем у Р. Србији и седиштем у иностранству. Фактор у двофакторском систему у обавези је да: а) закључи интерфакторски уговор, користећи међународно признат и прихваћен правно технички оквир који су развили *Factor Chain International (FCI)* и *International Factors Group (IFG)* и б) да предузме радње и мере познавања и праћења странке у складу са прописима којима се спречава прање новца и финансирање тероризма.

³² Члан 17., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

³³ Више о обрнутом факторингу видети, Матић, Б. М., Обрнути факторинг – новина у домаћем законодавству, *Право и привреда*, бр. 1-3, 2014, 268-285.

³⁴ Члан 18., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

³⁵ Члан 18. ст.4., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

Р. Србији и одобрењем министарства надлежног за послове финансија може обављати послове факторинга. Инострана банка и инострано привредно друштво се могу јавити једино у пословим међународног факторинга. У економски развијеним привредама у улози фактора најчешће се појављују специјализоване факторинг организације које имају дугу традицију бављења факторинг послом које располажу значајним капиталом. Традиција, капитал, техничко знање и искуство којим располажу факторинг организације, пружају поверење како тренутних тако и потенцијалних клијената. Поред факторинг организација³⁶ као специјализованих институција у улози фактора јавља се пословна банка.³⁷ Пословна банка треба да има водећу улогу развоја факторинг посла у Р. Србији. Банке као институције које су под контролом Народне банке Србије подобне су за вођење факторинг пословања. Послом куповине, продаје и наплате потраживања (факторинг, форфетинг и др.)³⁸ може бавити и банка али уз сагласност централне банке. Појачана контрола од стране централне банке и углед које уживају код тренутних и будућих клијената представљају полазну тачаку развоја факторинг посла на финансијском тржишту Р. Србије.³⁹ 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.

Као дужник – субјект из основног уговорног односа се може појавити банка, привредно друштво и предузетник са седиштем у Републици, односно лица са седиштем у иностранству, регистрована у складу са домицилним прописима.

³⁶ Компаније које имају развије факторинг пословање у Р. Србији су: 1) Гамико факторинг; 2) Телегруп финанс; 3) Kvik факторинг; 4) Фокус фактор Плус и 5) АБЛ фактор.

³⁷ 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.

³⁸ Чл. 4, Закона о банкама, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 91/2010 и 14/2015.

³⁹ 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%. – доступно на: <http://www.kombeg.org.rs/Slike/UdrFinansijskeOrganizacije/2017/Izvestaj%20o%20ostvarenom%20prometu%20faktoringa%20u%202016%20godini.pdf>, 4.

Да би се једно привредно друштво могло бавити факторинг пословањем неопходно је да испуњава одређене законом прописане услове. Привредно друштво регистровано у складу са позитивним прописима којим се регулишу привредна друштва⁴⁰ 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.⁴¹ Неопходно је да располаже минималним основним капиталом у износу од 40.000.000 динара.⁴² Министарство финансија издаје одобрење за обављање посла факторинга, док захтев за одобрење може поднети оснивач факторинга или овлашћено лице. Регистар факторинга као јединствена централна електорнска база података води се код Агенције за привредне регистре. У регистру се евидентирају издата и одузета одобрења за обављање послова факторинга. Регистар предствала значајан допринос у стварању правне сигурности како на страни уступиоца тако и на страни дужника.

4. ПРАВНИ ОДНОСИ УГОВОРНИХ СТРАНА

4.1. Обавезе и права уступиоца потраживања

Да на фактора пренесе право потраживања као предмет уговора о факторингу представља основну обавезу уступиоца. Продаја потраживања правноваљана само када уступилац фактору да: 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. Фактору се предаје оригинални уговор или копија уговора, фактура оверена од стране надлежног органа.⁴³ Приликом закључења уговора између уступиоца и фактора сачињава се документ о предаји неопходне документације. Датум продаје потраживања је датум кад је уступилац предао фактору документацију наведену у документу о предаји документације.

Уступилац је дужан да у форми обавештења упозна дужника о продаји потраживања. Обавештење о продаји потраживања сачињава се у писаној или електронској форми,⁴⁴ аналогно томе да се и уговор може сачинити у овим формама. Обавештење садржи информације о: а) уговору о факторингу; б) подацима о фактору којем је дужник у обавези да плати и в)

⁴⁰ Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. Закон, 5/2015 и 44/2018.

⁴¹ Члан 5., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁴² Члан 6., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁴³ У складу са Законом о јавним бележницима „Сл. Гласник РС“ бр. 31/119.

⁴⁴ Чл. 24., Закона о факторингу „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

инструкцијама за плаћање. Обавештење може бити учињено за сва потраживања која су предмет уговора о факторингу и то без обзира да ли у време закључења уговора она постоје или не. Ако се обавештење односи на једно или више постојећих потраживања мора поред основних елемената садржати и: а) број фактуре; б) износ потраживања и в) валуту плаћања. По добијеном обавештењу о продаји потраживања дужник је у обавези да потраживање исплати фактору.

Из разлога да се потраживање преноси правним послом које у својој основи има елементе цесије, примењују се сва правила која важе за њу.⁴⁵ Дужник има право на све приговоре према фактору које би имао према свом повериоцу из основног посла.⁴⁶ Право на приговоре према фактору, дужник стиче у тренутку када му се од стране уступиоца достави обавештење.

Уступилац има обавезу да фактору исплати трошкове које је он има приликом наплате пренетог му предмета потраживања, као и да плати провизију (цену) за услуге.⁴⁷ Исплатом потраживања уступиоцу, дужник се не ослобађа обавезе према фактору ако је пре исплате обавештен о продаји потраживања, а уступилац без одлагања такву исплату мора пренети фактору.⁴⁸

Обавезе уступиоца према фактору не престају исплатом потраживања. Уступилац одговара фактору за основаност и вредност потраживања која су предмет уговора о факторингу. Уступилац гарантује да продата потраживања су ослобођена залог, приговора, терета и осталих права трећих лица, односно да су по свим основама неспорна, осим ако није другачије уговорено. Ако је продато потраживање оптерећено залогом, или на било који начин оспорено од стране дужника или трећег лица, а уговором о факторингу није искључена гаранција уступиоца, фактор има право регреса од уступиоца чак и у случају када је уговорен факторинг без регреса.⁴⁹

Уступилац доказује да потраживање као специфична роба нема правних недостатака, да на предмету уговора трећа лица немају установљених права или захтева, тј. да је потраживање чисто.⁵⁰ Права и захтеви трећих лица могу потицати из претходног односа, на пример добављача према продавцу из основног посла по основу испоручене а неплаћене робе на којој је задржао право продужене својине, као и из односа

⁴⁵ Милосављевић, М., Факторинг – са посебним погледом на законско решење у Републици Србији, *CIVITAS* бр. 7 ММХIV, 183.

⁴⁶ Васиљевић, М., *нав. дело*, 372.

⁴⁷ Милосављевић, М., *нав. дело*, 183.

⁴⁸ Марковић, В., Уговор о факторингу у праву Републике Србије, *Правни Записи*, год. V бр. 2. 2014, 499.

⁴⁹ Члан 29. ст. 3., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁵⁰ Марковић, В., *нав. дело*, 500.

других поверилаца који су продавцу одобрили зајам у замену за конституисање заложног или другог права обезбеђења на роби или потраживању које продавац стекне продајом робе.⁵¹

Порески третман губитка који има при преносу потраживања на фактора за уступиоца потраживања велики значај. Губитак од продаје потраживања (разлика номиналног износа потраживања и наплаћеног износа од фактора) признаје се као расход у пореском билансу у износу који је исказан у билансу успеха уступиоца потраживања, сачињеног у складу са Међународним стандардима финансијског извештавања (IFRS)⁵² и Законом о рачуноводству,⁵³ а уколико су у питању обвезници пореза на добит правних лица који не примењују IFRS, у складу са Правилником о начину признавања и процењивања имовине, обавеза, прихода и расхода малих правних лица и предузетика.⁵⁴

4.2. Обавезе и права фактора

Преузимање и плаћање накнаде уступиоцу за купљено потраживање је основна уговорна обавеза фактора. Општа правила облигационог права која се односе на место, време и начин плаћања накнаде примењују се у целости. Места испуњења је уговорено место, и најчешће је то место у коме се налази банка уступиоца. Време испуњења се може уговорити периодично на одређени дан, или у одређеном интервалу за потраживања која до тог времена буду пренета на фактора или ће исплаћивати сваку фактуру након што је пошаље уступилац.⁵⁵ Плаћање у доцњи повлачи одговорност фактора за накнаду штете по општим правилима облигационог права, тј. на плаћање затезне камате. Износ накнаде за купљено потраживање је увек нижи од номиналног износа означеног на фактури уступиоца према дужнику умањен за износ недоспелих камата, ризик посла и зарада или провизија фактора.⁵⁶ Износ задржаних средстава не би требало да пређе укупан износ од 30% од номиналног износа који се купује.⁵⁷ Фактор наплату доспелих потраживања врши у своје име и за свој рачун.

⁵¹ Вукадиновић, Р., *Међународно пословно право*, Крагујевац, 2012, 764.

⁵² Доступно на:

<http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/MRS/2014/IFRS/IFRS%201.pdf>

⁵³ „Сл. Гласник РС“ бр. 62/2013 и 30/2018.

⁵⁴ Члан 16а, Закона о порезу на добит правних лица, „Сл. Гласник РС“, бр. бр. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015 и 113/2017)

⁵⁵ Марковић, В., *нав. дело*, 500.

⁵⁶ Васиљевић, М., *нав. дело*, 372-373.

⁵⁷ Факторинг услугу можете реализовати на више начина:

Обавеза фактора је да савесно управља откупљеним потраживањима. Фактор у складу са начелом пажње доброг привредника управља откупљеним потраживањима. Обавезе које предузима може предузимати једино са пажњом доброг привредника, па самим тим и степен одговорности фактора је повећан. Фактор да би савесно управљао откупљеним потраживањем предузима скуп радњи које обухватају и обавезе обухваћене услужном функцијом факторинга.⁵⁸ Уговором се може предвидети да фактор обавља и послове које су у вези са уговором о факторингу, као што су послови евиндетирања потраживања, билансирање потраживања, књижење, обрачун пореза итд. Фактор предузима све правне и фактичке радње ради наплате потраживања. Радње које предузима разликује се у зависности да ли је уговорен прави или неправи факторинг. Уколико је уговорен прави факторинг фактор преузима обавезу да сноси ризик наплате пренетих потраживања, док у случају неправог факторинга преузима обавезу само наплате потраживања,⁵⁹ с тим да може да прихвати и одговорност за наплату потраживања. Без обзира да ли се ради о правом или неправом факторингу фактор наплату доспелих потраживању увек врши у своје име и за свој рачун.⁶⁰

Факторинг уз дисконт - финансирање се спроводи тако што се на ваш рачун одмах исплати укупна вредност фактуре умањена за дисконт,

Факторинг уз аванс - на ваш рачун се одмах исплати уговорени износ аванса (који обично износи од 75% - 95% вредности фактуре), умањен за факторинг накнаду. Преостали део вредности фактуре, умањен за факторинг камату обрачунату на износ аванса, исплаћује се на ваш рачун након доспећа фактуре, односно измирења обавеза од стране дужника.

Дисконт недоспелих рата по платним картицама БИБ-је „авансна исплата“ (дисконтовање) по недоспелим ратама по основу продаје на рате платним картицама издатим од банке.

Факторинг сектор може вршити реализацију кредита на бази потраживања, уступљених потраживања, закупа, залога, меница и то:

Кредит на бази уступљених потраживања: представља пласман где средство наплате може бити по основу цесија/ залога потраживања/ валутираних меница.

Кредит на бази потраживања: представља пласман дат на основу очекиваних прилива од постојећих или будућих потраживања. Доступно на: <http://www.bancaintesa.rs/privreda/factoring.812.html>

⁵⁸ Фактор се стара о потраживању уступиоца, што чини вођењем књиговодства дужника на основу инкасо овлашћења, вођење књиговодства међусобних односа и предузимање других радњи према дужнику и трећим лицима (достављањ опомена сл.), - Марковић, В., *нав. дело*, 501.

⁵⁹ Фактор има право да захтева намирење од дужника, уступиоца или од обојице у исто време, у границама одговорности дужника и уступиоца, ако није другачије уговорено

⁶⁰ Члан 27., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

Једна одмогућих уговорних обавеза фактора је да испита финансијску способност дужника. Финансијску способност дужника фактор испитује на основу добијених података од њега и на основу увида у базу података о дужниковој задужености, а све уз писмену сагласност дужника.⁶¹

Када је уговором предвиђен факторинг са регресом, на страни фактора је обавеза да обавести уступиоца да наплата потраживања није извршена. Фактор о овоме обавештава уступиоца промтно и то у року од осам дана од дана доспелости потраживања. Након оствареног регреса фактора према уступиоцу, фактор је дужан да потраживање врати уступиоцу.⁶²

На основу примљене документације о потраживању при закључењу уговора, која има својство веродостојне исправе и самог уговора, фактор има право да пред надлежним судом у својству извршног повериоца покрене поступак извршења против дужника.⁶³

Фактор има обавезу да води уредну и ажурну евиденцију откупљених потраживања, коју је дужан показати надлежним органима у поступку надзора над обављањем послова факторинга.⁶⁴ На основу чл. 28. ст.1., Закона о факторингу и Одлуке Народне банке Србије⁶⁵ фактор доставља статистичке податке о имовини и обавезама. Статистичке податке ио имовини и обавезама фактор доставља квартално на прописаним обрасцима. Фактор статистишке податке доставља. Обавеза фактора да евидентира и обради податке о стању и о осталим променама вредности своје имовине и обавеза, који су класификовани према инструментима у активи и пасиви, према секторима, као и према рочности и валути.⁶⁶ Фактор је обавезан да, за сваку хартију од вредности која се на крају извештајног периода налази у његовој активи, евидентира и обради податке о ISIN броју,⁶⁷ матичном броју њеног

⁶¹ Милосављевић, М., *нав. дело*, 185.

⁶² Члан 16. ст. 3 и 4., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁶³ Марковић, В., *нав. дело*, 502.

⁶⁴ Члан 28. ст. 1., Закона о факторингу, „Сл. Гласник РС“, бр. 62/2013.

⁶⁵ Одлука о достављању Народној банци Србије статистичких података о имовини и обавезама привредних друштава која се баве пословима факторинга и форфетинга, „Службени гласник РС“, бр. 35/2012 и 28/2013, доступно на: https://www.nbs.rs/internet/latinica/20/statistika/factoring_i_forfeting_dostavljanje_podataka.pdf

⁶⁷ Јединствена индетификациона ознака финансијског инструмента у складу са међународним стандардом ISO 6166. број се састоји од комбинације низа словних знакова и бројева, којима се индетификује земља издавања финансијских инструмената, издавалац, врста финансијских инструмената и друга битна обележја тог финансијског инструмента, доступно на: <http://www.crhov.rs/index.cfm?Opcija=17&jezik=cir>

издаваоца, рочности, валути и стању, као и о укупном броју комада хартија од вредности које имају исти ISIN број. Фактор израђује: 1) извештај о потраживањима и обавезама факторинг и/или форфетинг компаније, по секторима и 2) преглед стања хартија од вредности у активи факторинг и/или форфетинг компаније.

Императивност одредби закона не предвиђају могућност диспозитивног понашања фактора, а то пре свега јер се ради о субјекту који се бави финансијским трансакцијама. Новчаном казном у износу од 100.000 до 2.000.000 динара казниће се за прекршај банка и привредно друштво ако: 1) обављају послове факторинга супротно условима прописаним законом; 2) пријаву за упис у регистар привредних субјеката не поднесе у року прописаним законом; 3) обавља послове факторинга у међународном двофакторском систему супротно условима прописаним законом; 4) обавља послове факторинга без закљученог уговора; 5) закључи више уговора о факторингу који имају за предмет продају истог, целог потраживања са више од једним фактором и 6) не води уредну и ажурну евиденцију или исту не покаже у поступку надзора над обављањем послова факторинга. Пооштрена одговорност не значи само одговорност фактор као правног субјекта већ она постоји и за лица које раде у њему. Одговорно лице у банци и привредном друштву казниће се новчаном казном од 5.000 до 150.000 динара. Предузетник ће се казнити износом од 10.000 до 500.000 динара ако: 1) обавља послове факторинга без закљученог уговора и 2) закључи више уговора о факторингу који имају за предмет продају истог, целог потраживања са више од једним факторинг друштвом.

Strahinja MILJKOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

LEGAL RELATIONS WITH THE FACTORING CONTRACT IN THE LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Factoring is a financial service for the sale of an existing unrecognized or future short-term cash receivable arising from a contract for the sale of goods or the provision of services at home and abroad. The subject of the factoring contract may be any existing short-term or future, whole or partly, short-term cash receivable arising from a contract for the sale of goods or the provision of services concluded between legal entities and entrepreneurs. In this paper, emphasis is placed on the reciprocity of the rights and obligations of factors and creditors of claims and envisaged by positive legal solutions.

Keywords: factoring, factoring contract, factor, assignee, rights, subject of contract, receivables, obligations, law.

LITERATURA

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.

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.

Керковић, М. Т., Уговор о факторингу у преднацрту грађанског законика.

Марковић, В., Уговор о факторингу у праву Републике Србије, *Правни Записи*, год. V бр. 2. 2014.

Милосављевић, М., Факторинг – са посебним погледом на законско решење у Републици Србији, *CIVITAS* бр. 7 MMXIV

Васиљевић, М., *Трговинско право*, Београд, 2011.

Вукадиновић, Р., *Међународно пословно право*, Крагујевац, 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, Ottawa, 28 May 1988.

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

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

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

Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. Закон, 5/2015 и 44/2018.

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

Законом о јавним бележницима „Сл. Гласник РС“ бр. 31/119.

Закона о порезу на добит правних лица, „Сл. Гласник РС“, бр. вг. 25/2001, 80/2002, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 – др. закон, 142/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015 и 113/2017).

Одлука о достављању Народној банци Србије статистичких података о имовини и обавезама привредних друштава која се баве пословима факторинга и форфетинга, „Службени гласник РС“, бр. 35/2012 и 28/2013.

ИНТЕРНЕТ ДОМЕНИ:

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
www.academia.edu/28593161/UGOVOR_O_FAKTORINGU_U_PREDNACRTU_GRADJANSKOG_ZAKONIKA_SRBIIJE
https://www.nbs.rs/internet/latinica/20/statistika/factoring_i_forfeting_dostavljanje_podataka.pdf
<http://www.crhov.rs/index.cfm?Opcija=17&jezik=cir>
<https://fci.nl/en/about-factoring/statistics>
<http://www.mfin.gov.rs/UserFiles/File/MRS/2014/IFRS/IFRS%201.pdf>

Др Душко ЧЕЛИЋ*

347.235(497.115)

ЈУДИКАТУРА УНМИК-а У ОБЛАСТИ СТВАРНИХ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА У ПРИМЕНИ ИНСТИТУТА ОДРЖАЈА *

Апстракт: У раду, који представља логичку целину са предходним у оквиру истог пројектног истраживања, анализирамо "судски епилог" једног броја спорова о стицању права својине одржајем, у поступцима који су покренути пред УНМИК-овим Оптинским судом у Косовској Митровици.

Најпре се указује на чињенично стање случаја, потом се у најкраћем, за потребе рада, разматра институт одржаја, с посебним освртом на Косову и Метохији. Указано је на бројне и грубе повреде процесног и материјалног права, које је суд починио у овом случају и закључено да је реч о грубој злоупотреби судске власти од стране УНМИК-а, на шта указује селективна и дискриминативна примена права, која је за последицу имала стицање права својине одржајем тужилачке стране албанске националности, и с друге стране, престанак права својине тужене стране српске националности.

Поменута пракса додатно доприноси правној несигурности, нарочито у области заштите стварних права на непокретностима лица српске националности, која су у највећем броју прогнана са територије Косова и Метохије, и којима је отежано или онемогућено право на приступ суду.

Кључне речи: Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК). – Одржај. – Судска пракса. – Одлука УНМИК-овог Општинског суда у Косовској Митровици.

1. УВОДНИ КОНТЕКСТ

Као што је познато, по престанку противправне агресије Северноатлантског војног савеза на Савезну Републику Југославију, на Косову и Метохији успостављена је Привремена управа Уједињених нација (УНМИК), чији је мандат одређен Резолуцијом Савета безбедности ОУН бр.

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

* Рад је настао као резултат предходног саопштења, презентованог на научном скупу са међународним учешћем, "Универзално и особено у праву", који је у организацији Правног факултета Универзитета у Приштини, одржан у Косовској Митровици, 18. маја 2018. године.

1244 од 10. јуна 1999. године. Овом резолуцијом установљено је и "међународно безбедносно присуство" (КФОР). Надлежности КФОР-а укључивале су, између осталог: одржавање прекида ватре, демилитаризацију "ОВК", успостављање безбедносног окружења, осигурање јавне безбедности и реда, уклањање мина и обезбеђење државне границе. У вршењу наведених дужности КФОР не само да није успео, већ је досадашњи период његовог мандата, обележен систематским кршењем бројних људских права становника Косова и Метохије. У раду ћемо илустровати резултате које је на плану (не)испуњавања мандата, а нарочито поштовања људских права, укључујући и право на личну и имовинску сигурност, остварила Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији.

Поменути процес пратила је масовна узурпација стварних права на непокретностима прогнаника. Поред око 27 000 узурпираних стамбених јединица, у периоду од јуна до децембра 1999. године уништено је око 18.000 кућа. Према подацима УНМИК-а, из јуна 2007. године, још увек је било евидентирано 10.405 уништених стамбених објеката прогнаних лица.¹ О размерама насиља и безвлашћа говори и податак да је од укупно 2.575.448 катастарских парцела, колико, према подацима Републичког геодетског завода – службе за катастар непокретности на Косову и Метохији, обухвата катастар непокретности на Косову и Метохији, више од милион основних катастарских јединица (обрадиво земљиште, ливаде и шуме) у својини Срба, узурпирано, што износи 38,83% свих катастарских парцела на Косову и Метохији ! Вредност ових непокретности процењује се на око 50 милијарди долара.²

Масовно узурпирање непокретности на Косову и Метохији ће морати да престане са поновним успостављањем владавине права. То је изгледа јасно и самим узурпаторима, који због тога на различите начине покушавају да озаконе силом стечену државину и постану власници узурпираних непокретности.³ Један од најчешћих начина за остварење тог циља, јесте (зло)употреба института одржаја, у чему им, како показују наша прва истраживања, обилато помажу судови, основани под квазиправним "кишобраном" УНМИК-а.

¹ Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009, 8, <http://www.kim.gov.rs/cms/view.php?id=102&start=50#archive>, 10. 6. 2018. год.

² International Centre for Migration Policy Development & Regional consulting international, Преглед идентификованих практичних препрека повратку са посебним освртом на имовинска права и индиректну дискриминацију у Хрватској и на Косову и Метохији, Београд, 2006. год., 25, непубликовано.

³ Вид. OSCE Mission in Kosovo, Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo, Pristina 2009, 5.

2. О СУШТИНИ И РАЗВОЈУ ИНСТИТУТА ОДРЖАЈА

Још су први правни пореци настајали су "простим" узаконењем постојећих факата. Трајање неке фактичке ситуације, сматрало се доказом, не само њена постојања, већ и њене "законитости". На тој идеји, настао је и правно уобличен, у римском праву,⁴ институт одржаја, као "тријумф факата над правом". Истина, идеја "преображаја" једне фактичке ситуације у правну, која је у основи одржаја, бележи се и у старијим правним порецима.⁵

Установа одржаја заснива се на идеји невршења права: власник, или ималац каквог другог стварног права, који извесно време није вршио то право, престаје бити титулар права, а невластник (држалац), који се неко време понашао као власник, односно као ималац каквог другог стварног права, постаје титулар тог права. Одржај је средство "умиривања" стварноправних (својинских) односа у којима постоје отворена питања, у циљу остваривања општег интереса за стабилношћу и извесношћу и правних односа.⁶

У раном периоду развоја друштва старог Рима, одржај још увек није био начин стицања, већ средство доказивања права својине. Циљ ове установе био је, најпре, доказивање и учвршећење права својине, нарочито на земљиштима стеченим поделом или приграбљивањем делова *ager gentilicus* или оне стечене у рату. Она је један од одраза изједначења факта држања и права на ствари. То је смисао одредаба Закона XII таблица: "ко докаже да је покретну ствар држао и користио годину дана а непокретну две године, доказао је тиме своје право на држање и коришћење те ствари, које иначе постоји по неком другом основу."⁷ Међутим, касније, са ширењем и

⁴ Одређење одржаја у Закону дванаест таблица даје Гај у Институцијама: "I 2.42: *Vsucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi uero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est.* - Одржај покретних ствари се навршава за годину дана, а за земљишта и зграде за две године – тако је прописао Закон дванаест блица." (Гај, Институције, превод, Обрад Станојевић, Београд, 2009, 111.).

⁵ Тако, се у Хамурабијевом кодексу, донетом око 1680. по дугој, или око 1750. пре Христа, по средњој периодизацији, у чл. 30. наводи: "Ако тешко или лако наоружани (илку) ратник запусте своје поље, воћњак или кућу због својих војних дужности и потом му се изгуби траг, а други неко преузме његово поље, воћњак или кућу и успе да га задржи и да обавља његове дужности три године – ако се тада онај врати и затражи (натраг) своје поље, воћњак или кућу, да му nebude дато: онај ко је преузео имање и вршио своју дужност наставиће да је обавља (и задржаће имање)." (Војислав Станимировић, Нови поглед на Хамурабијев законик (I део), Анали, Београд, 1, 2011, 150.).

⁶ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, Стварно право, Београд, 1990, 144, слично и Даница Попов, Појам и врсте државине, Нови Сад, 2002, 182.

⁷ Драгољуб Стојчевић, Римско приватно право, Београд, 1988, 143-144.

јачањем римске државе, одржај се почиње све више злоупотребљавати као начин стицања права својине.⁸ Тако се у каснијем периоду развоја римског права, постављају услови у погледу врсте и квалитета државине за стицање својине одржајем, као што су: подобност ствари да се на њој стекне својина одржајем (*res habilis*), да је државина заснована на пуноважном правном основу подобном да доведе до стицања права својине (*iusta causa usucapionis*), као и савесност државине (*bona fides*)⁹.

Ипак, јавни интерес, ни у античком Риму није оствариван безусловно на корист факата а на уштрб (постојећих) правних норми. Тако већ Закон дванаест таблица, али и каснији Атинијев закон спречавају узупапију украдених ствари. Јулијев закон и Плауцијев закон из првог века пре Христа, забрањују одржај силом отетих ствари.¹⁰ Даљим развојем института одржаја (у класичном римском праву), дошло се до нових захтева у погледу својстава државине која може водити одржају, односно да не може свака фактичка власт на ствари да доведе до стицања. Тако се дошло до правила да онај ко ствар држи мора то да чини *pro suo*, односно да његова државина мора све време (од почетка) да буде својинска, као и да се захтева још и савесност узупапијента, као и правни основ стицања.¹¹

И у средњевековној Србији, било је периода када је у области својинских односа поводом непокретности (земљишта пре свега), долазило до раскорака између правног и фактичког стања. Тај раскорак је ондашњи правни систем настојао да избегне или смањи, применом одредаба о неприкосновености земљишне баштине и санкционисањем случаја самовлашћа. Ипак, прибегавало се и оним разумним мерама усклађивања правног и фактичког, које би данас могли сврстати у институте одржаја и застарелости.

У немирним временима, какава су у средњем веку била честа, испуњена многобројним ратовима, променама граница, праћена знатним померањем становништва и променама власти, ширење српске

⁸ Исто.

⁹ Иво Пухан, Римско право, Београд 1974, 213-214.

¹⁰ О томе Гај у Институцијама пише: "I 2.45: Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, uelut si quis rem furtivam aut ui possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, ui possessam lex Iulia et Plautia. Понекад, међутим, макар да у највећој мери савесно држи туђу ствар, ипак неће моћи да је стекне одржајем, као када држи украдену или отету ствар, јер одржај украдених ствари забрањује Закон дванаест таблица, а отетих закон Јулија и Плауција." (Гај, Институције, Београд 2009, 111.).

¹¹ *Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut in se non habeat vitium, ut a bona fide emptore usucapi possit vel qui ex alia iusta causa possidet.* Недавно је одлучено, да таква ствар мора бити држана невициозно и савестан купац је може стећи узупапијом, као и онај ко је држи по другим правним основима. (Јустинијанове институције: 2.6.10).

средњовековне државе, није био повољан амбијент за стабилност стварноправних односа. Услед тога, ни својина није била "под стакленим звоном", тако да је могла престати и услед запуштености (напуштања). Запуштеност непокретности није настајала њеним својеволјним напуштањем од стране баштиника, већ услед објективних околности и несигурних времена. Сведочанство о томе садржано је у хрисовуљи Краља Милутина манастиру Хиландару, којом је манастиру даривао и земље у ближој околини Скопља, које је су у то доба више пута прелазиле из византијских у српске руке; међу њима, помиње се и баштина властелина (који је имао титулу протосеваста) Приба, који је "нестао" а за његове наследнике се није знало, те је као напуштену (ничију) земљу Краљ Милутин заузео, односно, укључио у владаочеву (државну) земљу.¹² И одредба чл.117. Душановог законика, која искључује могућност реивиндикације у време "размирја", на изврстан начин, представља легализовање фактичког стања на новоосвојеним византијским земљама.¹³ Овај члан донет је ради регулисања имовинских права у нововсвојеним византијским земљама и према њему су све покретне и непокретне ствари, који су (бесправно) променили господара нашавши се на територији коју је освојио "господин цар", остајали у својини нових господара по успостављању нове власти.¹⁴

До престанка својине доводио је и одржај. Како наводи Т. Тарановски, о одржају се у средњовековним правним споменицима, нису сачувале никакве одредбе, али се логично да закључити да је прибављање својине одржајем постојало, с обзиром да постоје подаци о престанку својине због застарелости: ако је својина на земљишту могла престати невршењем ("застарелошћу"), онда је то само због тога што је неко на тој

¹² Набрајајући дароване земље у Хиландарској повељи, краљ Милутин је нагласио како је увидео, да је то мало земље за Ћелију Свете Петке (метох манастира Хиландара), и зато је даровао 300 великих каблова од своје земље с леве стране Вардара, јер то ионако један део беше земље протосеваста Приба, коју је он раније купио био од неког Арбела Калођурђа, па је доцније изменила неколико господара и краљ ју је, када је поново освојио Скопље, узео у свој доминиум: "узех је у царину, ... јере не би ничија баштина". (Радослав Грујић, Протосеваст Прибо, властелин у Скопској области прве половине XIII в, Гласник Скопског научног друштва, књ. XII, 6 (1932), Скопље 1933, 271.).

¹³ "Што је коме прешло у цареву земљу, или од града, или од жупе, што је до освајања господина цара, док није било цареве, већ је било другог господара то јест, када је било рата, а нису били земља и градови цареви, из тога времена, био човек или друго право, да се не тражи. Ако је прешло по освајању господина цара, то да се тражи." (чл. 117. Душановог законика).

¹⁴ Према тексту уз чл. 177. првог (и до сада јединог), критичког издања Душановог законика: Душанов законик, прир. Ђорђе Бубало, Београд, 2010, 192.

истој земљи прибавио својину одржајем.¹⁵ Ипак децидну одредбу о одржају срећемо у СХХХХ поглављу средњовековног статута града Будве, према којој: "...свака особа која посједује неку некретнину као кућу, ходник, камене степенице, бунар, виноград, поље, врт, маслињак, земљиште, ливаду и земљиште с орасима мирно и несметано 40 година, и то се може доказати, има право да ту некретнину посједује заувјек".¹⁶ Нема одредаба о услову савесности држаоца нити о правном основу држања. Слична одредба садржана је у члану 275. статута средњовековног Котора, према којој сваки грађанин који има у мирној државини неку непокретност 10 година, постаје власник и друга га лица не могу узнемиравати (*et nullus praesens posit, vel debeat huiusmodi possessions da tali possessione in perpetuum molestre*).¹⁷

У погледу заштите и престанка права својине, иако у самом тексту Душановог законика не налазимо одредбе о року "застарелости"¹⁸ односно, гледано из угла стицаоца, року одржаја, налазимо неку врсту "cut-off date" (дан пресека) у погледу важности, извесности, стварноправних односа. Тако, у Душановом законнику, фактичко стање (држање) које је постојало за време краља Милутина, сматрало се пресудно за признавање законите својине и да се признаје постојање само оних спорова поводом баштинског земљишног права, који су настали након смрти Краља Милутина; сви спорови који су настали пре тога, изгубили су важност, јер се баштински *status quo* настао у време краља Милутина, признаје за законит.¹⁹ Очигледно да је принцип легалности (принцип поштовања права) у овом случају устукнуо пред принципом опортуности, односно, правно-политичким принципом. У интересу обезбеђивања правне сигурности и извесности својинских односа на непокретностима, постојала је потреба да се прибегне одређивању неког тренутка у времену до кога су сви предходни захтеви, (односно тужбе поводом спорова на непокретностима), "застарели". Иако је узрпација земљишта била забрањена, ондашња стварност нам налаже да се она ипак догађала. На овај закључак нас наводи и одредба чл. 34. Душановог законика, која под претњом конфискације целокупне имовине и казне,

¹⁵ Теодор Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, трећи део – историја грађанског права, Београд, 1934, 92.

¹⁶ Средњовековни статут Будве, прев. са италијанског Никола Вучковић, прир. Марко Лукетић, Жика Бујуклић, Будва, 1988. год.

¹⁷ Жика Бујуклић, Правно уређење средњовековне Будванске комуне, Никшић, 1988. год, 275.

¹⁸ За разлику од Душановог законика, поменути Статут града Котора, садржао је у чл. 265, децидну одредбу "о застарелости" тужбе за решавање спора поводом права својине на непокретности. Тај рок износио је две године. (Жика Бујуклић, исто).

¹⁹ "А за међе земље, што се споре села међу собом, да траже судом, од Светога краља када се преставио..." (чл. 79. Душановог законика).

забрањује да се црквени људи терају на работе ван црквеног властелинства.²⁰ Оштрина запрећене казне наводи на закључак да је узурпација изгледа била раширена појава и да се дешавала у много више случајева, него ли што их је владалац могао пронаћи и узурпирану својину реституисао; наиме, избор правних питања и проблема и начин њиховог регулисања у Душановом закону, својеврсно су сведочанство о приликама у држави Стефана Душана и проблемима с којима се суочавала царска власт. У прилог значаја и фактичког а не само стриктног правног стања, говори нам и одредба чл. 83. Душановог законика, према којој у спору поводом исте земљишне парцеле, у случају да обе стране имају исти правни основ, својина припада држаоцу.²¹

Такође, и одредбе Српског грађанског законика (у даљем тексту: СГЗ) садржале су одредбе о општем ограничењу домена примене одржаја (које СГЗ назива "застарелост")²², наводећи да у условима општег безвлашћа и правне несигурности, не може бити ни правне сигурности само за узукапијента, односно, да у таквим околностима рокови одржаја не теку.²³ У случају пак да је власник (односно, титулара каквог другог стварног права), без своје кривице (услед одсуства из "отечества"), био спречен да врши својинска овлашћења, СГЗ је предвиђао двоструко време потребно за одржај.²⁴ Разликовање између одсутних и присутних титулара стварних права, при чему се мислило на различита места живљења власника и узукапијента, и у том погледу удвостручивања рока одржаја, постојала је још у Јустинијановом законодавству.²⁵ Сличну одредбу о двоструком року за

²⁰ И што су села црквена и људи црквени, да не иду у меропшине царства ми, ни на сено, ни на орање, ни на виноград, ни на једну работу, ни малу ни велику; од свих работа ослободи их царство ми, осим да работају цркви. Ко ли се нађе да је изгнао метохију на меропшину и оглуши се о закон царски, томе управитељу да се одузме све што има и да се казни."

²¹ "Где се изнесу две исправе цареве за један предмет, за земљу, ко сада држи ту земљу, до овога доба саборнога, његова да је, а милост да се не оспори."

²² Према мишљењу Јелене Даниловић, израз "одржај" у српску правну терминологију увео је Валтазар Богишић (као и друге, везане за државину: "држина", и "придржник" итд.). Чини се да је ова констатација тачна, собзиром да се израз "одржај", не појављује у ранијој српској правној књижевности, нити у законским текстовима. (Јелена Даниловић, Предговор, Валтазар Богишић, Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Београд, 1986, 23.).

²³ Према пар. 944. СГЗ-а: "Када суда у земљи не би било, као у ратно или кужно време, нема ни почетка ни наставка за застарелост."

²⁴ В. пар. 932. СГЗ-а.

²⁵ Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis, usucapantur... И зато смо донели о томе конституцију, која је одредила, да се покретне ствари стичу узукапијом у року од три године, а непокретне се стичу узукапијом путем државине која траје дуго времена,

одржај (у трајању од двадесет година), уколико претходни власник не живи на територији истог апелационог суда на којој се налази непокретност, садржи и Француски грађански законик.²⁶ (Истина, постоји и одредба у Француском грађанском законик, према којој по протекну рока од тридесет година, својину непокретности стиче њен манљив држалац, макар био и несавестан и незаконит.²⁷). И Немачки грађански законик, у појединим случајевима нескривљене пасивности власника, ограничава домаћај одржаја. Тако, забрањено је или ограничено стицање права одржајем на оним стварима које су пре Другог светског рата припадале Јеврејима (уколико таква ствар буде виндицирана од стране старог власника, нови власник се не може позивати на одржај); код ванкњижног одржаја, када је као предходни власник укњижено нестало или умрло лице, потребно је још и да суд после протекла рока објавом позове власника да се јави, тек уколико се претходни власник не јави, узупапијент може укњити право стечено одржајем; код књижног одржаја, поред објаве, неопходно је и да укњижба права буде пуноважна а савесност у свим случајевима одржаја треба да постоји све време рока.²⁸

У праву Енглеске је дуго времена постојало, правило о стицању својине одржајем уз један једини услов - непрекидна и мирна државина у трајању од дванаест година, док се савесност није изричито захтевала. Због тако либерално постављених правила о стицању својине на непокретности која припада другом лицу, овакав концепт одржаја је био критикован од стране научне јавности и сматран, чак, једним видом крађе, према којој је правни поредак благонаклон.²⁹ Као реакција правног поретка, уследила је реформа овог института, доношењем Закона о регистрацији непокретности (Land Registration Act) 2002. године, који је поставио строжа правила за стицање својине на непокретностима одржајем; овим законом, одржај је сведен на случајеве спорова око међа међу суседима и ситуације када се власник који је обавештен о одржају не противи таквом стицању приговором, док се старо правило о некој врсти аутоматизма стицања својине одржајем на основу дванаестогодишње државине и даље примењује на нерегистроване непокретности, каквих је у Енглеској веома мало.³⁰

што значи десет година међу присутнима, а између одсутних двадесет година... (Јустинијанове институције: 2.6.0).

²⁶ В. чл. 2265. Француског грађанског законика.

²⁷ В. чл. 2262. Француског грађанског законика.

²⁸ Владимир В. Водинић, Одржај упоредноправно, докторска дисертација, Београд 1981. непубликовано, 12–184.

²⁹ Roger J. Smith, Property law, sixth edition, Harlow, 2009, 64.

³⁰ Исто, 65-66.

Као што се из овог сумарног прегледа може закључити, иницијални услов настанка одржаја је, релативно трајно пасивно понашање власника (односно титулара неког стварног права), које у садејству са активним понашањем неког другог лица – држаоца, уз неке додатне услове, протеклом законом одређеног времена доводи до преображаја те државине у право и губитка својине дотадашњег титулара. У условима добровољне пасивности титулара стварних права, институт одржаја, као средство усаглашавања и корекције фактичког са правним стањем, свакако има оправдања. О томе говори и сама чињеница да је одржај један од најстаријих института стварног права. Но, у условима када се на једној територији, услед ратних и "постконфликтних" околности, догодило масовно избеглиштво, праћено напуштањем непокретности и када оно још увек траје, без изгледа да се скоро оконча с једне стране, а с друге стране праћено масовном узурпацијом непокретности, у условима у којима на тој територији ни данас, више од 15 година од престанка непријатељстава не постоји владавина права, поставља се оправдано питање, није ли институт одржаја понајпре пораз права не тријумф факата ? Јасно је да се ова констатација односи на Косово и Метохију, поготово када је реч о одржају на непокретним стварима, имајући у виду да додатну погодност томе пружа, непостојање континуитета вођења јавних регистара и чувања збирки исправа као и онемогућен или отежан приступ правди највећем броју прогнаника.

3. СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ У ПОСТУПЦИМА ПРЕД ОПШТИНСКИМ СУДОМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ ПОД КВАЗИПРАВНИМ "КИШОБРАНОМ" УНМИК-а

У поступцима пред "косовским судовима" поводом стицања својине путем одржаја, међународне мисије бележе широко распрострањену појаву да се одсутном власнику (најчешће избеглом лицу српске националности), постави привремени заступник (најчешће адвокат албанске националности), који не оспорава очигледно неистинито сведочење. Тако, у претмету из 2005. године, у Општинском суду у Косовској Митровици, "тужитељи, косовски Албанци су од суда тражили да потврди њихово право својине на делу непокретности. Супруг и отац тужиље су наводно купили непокретност од туженог косовског Србина 1972. године али никада нису укњижили право својине. Тужени се затим одселио и њему је постављен привремени заступник. За време судске расправе, један сведок (брат једног од тужитеља) је изјавио да је састављен писмени уговор и да је исплаћена купопродајна цена. Други сведок (зет другог тужитеља) је изјавио да је он само чуо да уговор постоји. Суд је своју пресуду од 18. марта 2005. засновао на изјави та

два сведока да су тужитељи живели на непокретности од 1981. године без ометања.³¹

Мисија Европске организације за безбедност и сарадњу (OSCE), забележила је чак и да "судови" прихватају ка о основан тужбени захтев тужиоца и у случају када је очигледно да законом прописано време одржаја није испуњено !?! Тако, у предмету из 2002. године у Општинском суду у Косовској Митровици, два сведока су сведочила о времену трајања државине, о дносно о року одржаја у конкретном случају. На саслушању од 22. јула, један од сведока изјавио је да је тужени без прекида живео на непокретности 20 година. Други сведок је изјавио да се тужени уселио пре 15 до 20 година и да је тамо живео без прекида. Ниједан од сведока није прецизно изјавио када се тужени уселио и када и да ли се иселио. Ипак, тако неодређене изјаве сведока, биле су "довољан доказ" да суд у конкретном случају "утврди" да су испуњени услови за стицање непокретности ванредним одржајем,³² за шта је према чл. 28. ст. 4. Закона о основама својинско-правних односа.³³

"Судови" су често прихватили као "доказ" о савесности држаоца (узурпатора), чињеницу да их нико није узнемиравао у државини, чак и када је вициозни држалац увидом у катастар непокретности, лако могао да сазна да ствар коју држи није његова !?! Тако, у једном предмету у Општинском суду у Гњилану, суд је саслушао два сведока који су на расправи од 20. децембра 2006. године, сведочили о времену одржаја у корист тужитеља косовског Албанца. Оба сведока су рекла да је "тужилац користио непокретност без икаквих проблема". Истог дана суд је донео пресуду у корист тужиоца а као основу за доношење пресуде суд је констатовао да су сведоци изјавили да је тужилац користио непокретност „без ометања“. Суд је такву одлуку донео иако је утврдио да "поседовни лист указује на то да је тужени косовски Србин власник непокретности". То значи да је логична последица таквог стања ствари да држалавина узурпатора (лица албанске националности), није савесна, те да не испуњава услове да буде подобна за стицање права својине одржајем, како редовним, тако ни ванредним.³⁴ Интересантно је да је и у овом случају, суд претходно поставио привременог

³¹ OSCE Mission in Kosovo, Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo, Pristina 2009, 15.

³² OSCE Mission in Kosovo, Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo, Pristina 2009, 15.

³³ Закон о основама својинско-правних односа, "Сл. лист СФРЈ", бр. 6/1980, са даљим изменама и допунама.

³⁴ В. чл. 28. ст. 3. Закона о основама Својинско-правних односа, такође, в. Оберн Станковић, Миодраг Орлић, нав. дело, 150.

заступника туженом, адвоката албанске националности, који тужбени захтев није оспоравао.³⁵

Пресуде по тужбеном захтеву за призивање права својине по основу одржаја, против власника – прогнаних лица српске националности, у одсуству разумног напора да им се омогући учествовање у поступку, бележимо чак и уз учествовање судија Мисије Европске уније за владавину права на Косову и Метохији ("EULEX"). Тако, у пресуди "Општинског суда у Подујеву" С. No 587/2009, од, 16. 7. 2012. године, коју је донела EULEX судија-појединац Verginia Miheva-Ruseva, Усвојена је тужба Рифата Б. против Слободана Р. "са непознатом адресом становања у Србији".³⁶ И у овом предмету туженом је постављен привремени заступник, Вахиде Б, која је признала тужбени захтев тужиоца.³⁷ Иако је суду био достављен целокупан предмет у вези истог предмета спора, вођен пред "Косовском агенцијом за имовину" у коме је назначена привремена адреса становања туженог, суд му није уручио позив нити је у том погледу учињен било какав разуман напор. Оваквим поступањем суда, тужена страна је онемогућена да учествује у поступку, чиме је доведена у битно неповољнији положај у односу на тужилачку страну. Суд је, уместо да успостави правичну равнотежу међу странама у поступку, својим поступањем учинио управо супротно и тиме драстично повредио право туженика на правично суђење.³⁸

У предмету Општинског суда у Косовској Митровици П. бр. 37/2007, увећу које су чинили: судија Рагип К, као председник већа, и судије поротници Беса С. и Хазир М, у правној ствари утврђивања права својине, тужиље Мирадије К, против Ђорђа С, Благоја С, Димитрија С, Драгослава С, Душана С, Јована С, Костадинке С, Петра С, Божане С и Милице С, сви из Косовске Митровице, иако је реч о лицима која су од јуна 1999. године живела у северном делу Косовске Митровице, констатује да су тужени "сада непознатих боравишта", и решењем им одређује привремени заступник, адв. Осман Х.³⁹

³⁵ OSCE Mission in Kosovo, Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo, Pristina 2009, 15.

³⁶ Пресуда "Општинског суда у Подујеву", С. No 587/2009, од 16. 7. 2012, необјављена.

³⁷ У ст. 5. изрека "пресуде", дословно пише: "Тужени Слободан Р, преко свог привременог заступника Вахиде Б, адвоката из Приштине, није оспорио тужбу и сложио се да суд одобри имовински захтев тужиоца."

³⁸ В. Nula Mole, Christin Harby, The right to a fair trial, Council of Europe, Strasbourg, 2006, 46.

³⁹ Пресуда Општинског суда у Косовској Митровици, П. бр. 37/2007, необјављена.

Суд у образложењу пресуде наводи да је на основу грађевинске дозволе, Зенељу К. (наводно, покојном супругу тужиље)⁴⁰: "... дозвољена изграња стамбене зграде, ..., на месту званом „Рашки Поток“ у Косовској Митровици, на катастарској парцели број 3554/3“.⁴¹ У образложењу пресуде се даље наводи да тужиља сматра да је дошло до грешке приликом издавања те грађевинске дозволе, односно, да је надлежни орган приликом издавања грешком пропустио да наведе још три парцеле на којима је изграђена стамбена зграда. Стога, тужиља захтева да се учињена неправда исправи и да се она упише у земљишне књиге као једини власник те три непокретности. Као "доказ" за изнету тврдњу, тужиља је суду доставила и купопродајни уговор којим је Зенељ К. стекао право својине, од Мустафе И, на катастарској парцели бр. 3449, укупне површине од 0,001 хектар, како би имао приступ "својим" парцелама, односно приступ парцелама које нису наведене у грађевинској дозволи, а на којима је касније изграђена стамбена зграда. Из образложења поменути пресуде се може закључити и да је тужиља суду приложила и Решење о одређивању пореза на имовину из 1994. године, при чему се из образложења пресуде не може сазнати на које непокретности се односи поменути порески акт, на кога он гласи, као и да ли је тужиља добијала решења и осталих година или само те 1994. године. У даљем тексту образложења се наводи: "на основу мишљења и налаза геодетског вештака Милоша М, од 20.03.2007. године, утврђено је да се спорна непокретност налази на месту званом „Рашки Поток“, а коју чине катастарске парцеле број 3554/1, 3555/1 и 2488, ... и да је на истом месту тужиља изградила стамбену зграду..."⁴² Суд даље констатује, на основу истог налаза и мишљења вештака, да прве две наведене парцеле припадају Ђорђу С. и осталима, а да последња наведена парцела припада Општини Косовска Митровица, као и да су та права својине уписана у земљишним књигама.

И поред мањкавости и недоречености образложења поменути пресуде, из ње се ипак јасно може закључити да тужиља нема право својине на непокретностима које се у земљишним књигама воде на име тужених и на име општине Косовска Митровица. Уз то, из изложеног произлази да тужиља није доказала да је имала закониту државину, јер није указала на правни основ који би могао бити подобан за пренос права својине – то свакако не може бити издата грађевинска дозвола, са или без грешке, а не може бити ни купопродајни уговор који се не односи на спорне парцеле, као и решење о

⁴⁰ Наводно, јер нису достављени докази о томе у ком су својству тужиља и покојни Зенељ К, односно, који је њен правни интерес да у конкретном поступку буде тужиља (да ли је наследник поменутог лица и да ли је једини наследник и сл.).

⁴¹ Пресуда Општинског суда у Косовској Митровици, П. бр. 37/2007.

⁴² Пресуда Општинског суда у Косовској Митровици, П. бр. 37/2007.

опорезивању. На крају, на основу чињеница које можемо сазнати додуше посредно – из образложења поменуте пресуде тужиља није имала ни савесну државину, јер је знала или могла знати да постоје законити власници (и држаоци) предметних парцела, с обзиром да је та чињеница била уписана у јавни регистар непокретности, уосталом, њихова имена тужиља је уредно навела у свом тужбеном захтеву.

Бројне су очигледне материјалне и процесне поврее које је суд починио у конкретном предмету. Најпре, суд чак не констатује како гласи тужбени захтев већ само наводи да је тужиља у поднетој тужби "истакла" да је она, на основу грађевинске дозволе коју је добио њен супруг, изградила стамбену зграду и да се та зграда налази на парцели која, пуком грешком, није наведена у грађевинској дозволи. Тужиља дакле није навела ни предмет ни врсту захтева ! Она се позвала на „грешку“ у издатој грађевинској дозволи, у смислу парцела које у њој нису наведене а које странка није идентификовала а суд је прихватио да ту "грешку исправи" ! Судија је, поступајући у својству, не носиоца судске власти, већ повереника тужиље, одредио вештака геодетске струке, како би узурпирани парцеле биле идентификоване и како би могле да буду досуђене у својину тужиљи. Уместо, да у складу са чл. 281, 109. и 83. Закона о парничном поступку⁴³, који је у примени на Косову и Метохији, на основу "квизизаконодавне политике УНМИК-а"⁴⁴, одбаци тужбу и пре упуштања у меритум. Судија "не зна" ни оно што би морали знати чак и лаици – да (правоснажна) пресуда не делује према свима, већ само међу странкама, да је за сва друга лица *res inter alios acta*.⁴⁵ Тако, он пресуђује у корист тужиље и у односу на општину Косовска Митровица, односно, пресудом "додељује" право својине и на парцели која је до тада била у својини Општине иако Општина није ни обухваћена тужбом у својству туженог у поступку !?! Такође, и у овом предмету, суд је само констатовао да боравишта Ђорђа С. и осталих тужених, нису позната и доделио им је привременог заступника, адвоката Османа Х, иако су се пребивалишта тужених налазила на свега неколико стотина метара од зграде суда! Према одредбама чл. 86. ЗПП, о одлуци да је странци у поступку, поставити привременог заступника, суд ће објавити оглас у републичком односно покрајинском службеном листу, као и на огласној табли суда. О

⁴³ Закон о парничном поступку, (у даљем тексту: ЗПП), "Службени лист СФРЈ", бр. 4/77, са изменама и допунама.

⁴⁴ Више о томе, в. Д. Челић, Нормативна делатност УНМИК-а – прилог владавини неправда на Косову и Метохији, Научно истраживачки пројекат "Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности", ур. В. Боранијашевић, Косовска Митровица, 2016, 147-162.

⁴⁵ Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска, парнично процесно право, Ниш, 2010, 474.

томе у образложењу пресуде нема никаквих података а чињеница је да су судови у поменутом периоду такве одлуке објављивали само у локалним комерцијалним писаним гласилима искључиво на албанском језику.⁴⁶ Према образложењу пресуде, поменути привремени заступник је у одговору на тужбу предложио "да суд одлучи на основу резултата доказа",⁴⁷ а по окончању првостепеног поступка, није нашао за сходно да уложи жалбу на пресуду, те је она, по протеклу рока за жалбу, постала правоснажна.

Када је реч о повредама материјалног права, као што смо указали, и *prima facie* је очигледно да материјално право није правилно примењено. Тужила није имала ни закониту нити савесну државину, те с тога нису могли бити испуњени законски услови за стицање својине одржајем. Уз то, суд и у овом случају не налази за сходно да утврди почетак рока за наводни одржај !?!

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Анализа неколико случајева у пракси судова, који делују у квазиправном оквиру УНМИК-а на Косову и Метохији, у предметима који се односе на одржај као начин стицања права својине на непокретностима, указује да је оваква "судска пракса" одражава не само на правну неукост (*curia non novit iuria* !), неразумевање онога што се догађало и догађа у конкретном времену и простору, већ и на (злу) намеру да се квазиправним насиљем настала стварност формално подведе под "правне норме" и тако постане део "правног поретка".

Злоупотребом института привременог заступништва у свим наведеним случајевима, тужена страна је онемогућена да учествује у поступку, чиме је доведена у битно неповољнији положај у односу на тужилачку страну. Судови су таквим поступањем драстично повредили право туженика на правично суђење.⁴⁸

⁴⁶ Тако у предмету Основног суда у Косовској Митровици П. бр. 598/2005, тужиоца Аљуша А против тужених Аврама А, Радосава А, Радована А, Олге Ј и Верице Ј, као првотужених и Мусе М, као друготуженог, сви из Косовске Митровице, у коме је такође суд из истих разлога туженима поставио привременог заступника – Хиљми А, установљено је да суд није објавио оглас оглас у неком од службених гласила, већ у дневним новинама које излазе искључиво на албанском језику – "Зери", који се у северном делу Косовске Митровице не дистрибуира, нити је информација објављена на језику који тужени разумеју. ("Решење Апелационог суда Косова – Одељења у Митровици, Гж. Бр. 3966/17", необјављено).

⁴⁷ Пресуда Општинског суда у Косовској Митровици, П. бр. 37/2007.

⁴⁸ Према устаљеној пракси Европског суда за људска права, равноправност странака претпоставља дужност суда да свакој од странака пружи разумну могућност да се користи процесним средствима, на начин који је не доводи у суштински неповољан положај у односу на супротну страну. У том погледу, он представља дериват начела

Како титулари права својине – лица прогнана са Косова и Метохије, по правилу, услед необавештавања "судова" на Косову и Метохији, немају сазнања о евентуално покренутим судским поступцима, број оваквих и сличних пресуда није познат. Имајући у виду катастрофално стање људских права на Косову и Метохији, нарочито када је реч о припадницима неалбанске заједнице а пре свега припадника српског народа, као и досадашња сазнања о поменутој "јудикатури", основано можемо предпоставити да широку распрострањеност ове праксе.

Недавно донета одлука "Апелационог суда Косова – Одељења у Митровици", којом је, сличним поводом, у једном предмету дозвољено понављање правоснажно окончаног поступка, "због битне повреде одредаба парничног поступка"⁴⁹, представља светлу тачку али сасвим недовољну у тамном вилајету, који пре подсећа на "суданију" Петра Кочића, него на поступак за заштиту субјективних грађанских права пред судом у Европи 21. века.

Duško ČELIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

UNMIK'S CASE LAW IN THE AREA OF ADVERSE POSSESSION Summary

In the paper, which represents a logical whole with the prior in the same research project, analyzing number of disputes on the acquisition of property rights through adverse possession, the procedures run against UNMIK Municipal Court in Kosovska Mitrovica.

It points to the numerous and gross violations of procedural and substantive law, which the Court did in this case and concluded that it was a gross misconduct of judicial authority by UNMIK, as indicated by the selective and discriminatory application of the law, which has resulted in the acquisition of property rights through adverse possession prosecutorial by ethnic Albanians, and on the other hand, the termination of ownership rights of the respondent serbian nationality.

The aforementioned practices further contributes to legal uncertainty, particularly in the field of real rights on real estate persons of Serbian nationality,

забране дискриминације. (В. Александар Јакшић, Европска конвенција о људским правима, коментар, Београд, 2006, 194.).

⁴⁹ В. "Решење Апелационог суда Косова – Одељења у Митровици Гж. Бр. 3966/17", необјављено.

who are mostly expelled from Kosovo and Metohija, and that is difficult or impossible, the right of access to court.

Keywords: United Nations Interim Administration in Kosovo (UNMIK). - Adverse possession. - Court practice. - The decision of the UNMIK Municipal Court in Kosovska Mitrovica.

ЛИТЕРАТУРА

Ж. Бујуклић, Правно уређење средњовјековне Будванске комуне, Никшић, 1988;

В. В. Водинелић, Одржај упоредноправно, докторска дисертација, Београд 1981. непубликована;

А. Јакшић, Европска конвенција о људским правима, коментар, Београд, 2006;

Ј. Даниловић, Предговор, Валтазар Богишић, Изабрана дела и Општи имовински законик за Црну Гору, Београд, 1986;

Гај, Институције, превод, О. Станојевић, Београд, 2009;

Р. Грујић, Протосеваст Прибо, властелин у Скопској области прве половине XIII в, Гласник Скопског научног друштва, књ. XII, 6 (1932), Скопље 1933;

Душанов законик, прир. Ђ. Бубало, Београд, 2010;

Закон о основама својинско-правних односа, "Сл. лист СФРЈ", бр. 6/1980, са даљим изменама и допунама;

Закон о парничном поступку, "Слижбени лист СФРЈ", бр. 4/77, са изменама и допунама;

N. Mole, C. Narby, The right to a fair trial, Council of Europe, Strasbourg, 2006;

"Решење Апелационог суда Косова – Одељења у Митровици, Гж. Бр. 3966/17", необјављено;

R. J. Smith, Property law, sixth edition, Harlow, 2009;

И. Пухан, Римско право, Београд 1974;

В. Станимировић, Нови поглед на Хамурабијев законик (I део), *Анали*, Београд, 1, 2011;

Д. Стојчевић, Римско приватно право, Београд, 1988;

Стратегија одрживог опстанка и повратка на Косово и Метохију – радни текст, Република Србија, Министарство за Косово и Метохију, Београд, 2009, стр. 8,

<http://www.kim.gov.rs/cms/view.php?id=102&start=50#archive>, 10. 6. 2018;

International Centre for Migration Policu Development&Regional consulting international, Преглед идентификованих практичних препрека повратку са посебним освртом на имовинска права и индиректну

дискриминацију у Хрватској и на Косову и Метохији, Београд, 2006, непубликовано;

OSCE Mission in Kosovo, Litigating Ownership of Immovable Property in Kosovo, Pristina 2009;

Пресуда "Општинског суда у Подујеву", С. No 587/2009, од 16. 7. 2012, необјављена;

Пресуда Општинског суда у Косовској Митровици, П. бр. 37/2007, необјављена;

Средњовековни статут Будве, прев. са италијанског Н. Вучковић, прир. М. Лукетић, Ж. Бујуклић, Будва, 1988;

Српски грађански законик (1844);

О. Станковић, М. Орлић, Стварно право, Београд, 1990;

Д. Попов, Појам и врсте државине, Нови Сад, 2002;

Т. Тарановски, Историја српског права у Немањинској држави, трећи део – историја грађанског права, Београд, 1934;

Француски грађански законик (1804)

Д. Челић, Нормативна делатност УНМИК-а – прилог владавини неправда 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;

ЗАСТАРЕЛОСТ КАО САНКЦИЈА АБУЗИВНОГ НЕВРШЕЊА СУБЈЕКТИВНОГ ПРАВА

Апстракт: Кроз правни институт забране злоупотребе субјективних права законодавац, као прво, признаје сопствену несавршеност, а затим исту настоји да коригује стварањем простора за судије да у конкретном случају створе, како диспозицију, тако и санкцију, за она понашања која су формално у складу с правном нормом, али не и са неким принципима вишим од саме норме. Ипак, када год је то могуће, законодавац претендује да судијама да јасне инструкције како да институт забране злоупотребе права користе. То чини, махом, кроз различите облике конкретизације овог правног института.

Према већинском становишту у правној теорији, један од таквих облика конкретизације забране злоупотребе права јесте и застарелост, стога ми, у овом раду, представљамо резултате самосталног истраживања о томе да ли је застарелост, уколико прихватимо да је она у основи грађанскоправна санкција, санкција абузивног вршења или невршења субјективног права.

Кључне речи: злоупотреба права, конституенси забране злоупотребе права, застарелост, санкција, абузивно невршење права.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Када се у правној литератури говори о забрани злоупотребе права, по правилу, о њој се говори као правном институту. Свакако, нема ничег погрешног у таквом означавању ове особене правне појаве. Међутим, сматрамо да је сувишно инсистирати на одређењу појаве као правног института¹. Нама се чини како је, барем када ствари посматрамо из угла грађанског права, приликом изградње категоријално-појмовне апаратуре упутније говорити о „начелу забране злоупотребе права“.

Више је разлога због којих стојимо на том становишту, ипак они се могу кратко сумирати. Као прво, одређење забране злоупотребе права као

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

¹ Наравно, другачије је када је реч о истраживању изричито усмереном на решавање сложених правносистематских питања или истраживању усмереном на дефинисање забране злоупотребе права у којем би одредба „правни институт“ играла улогу родног појма,

правног института тешко да може бити успешно оспорено. Иако појам „забрана злоупотребе права“ обухвата читав низ не сасвим хомогених појава које се срећу у различитим сегментима истог правног поретка, не чини нам се да има места њеном издизању са нивоа правног института на ниво гране права. Самим тим, такво одређење не открива нам готово ништа о самој злоупотреби права, сем оног најочигледнијег – да је реч о скупу норми који се односи на исту појаву. С друге стране, уколико ову појаву означимо као начело, стичемо далеко комплетнији увид у то како она функционише. Постајемо, наиме, потпуно свесни њеног места, значаја, а нарочито корективне природе која произлази из њене, на први поглед, противуречне двоструке улоге – генерализујуће у законским текстовима, а конкретизујуће у судској пракси.

Управо када говоримо о њеним потенцијалним улогама, то јест генерализујућим и конкретизујућим дометима, долазимо на терен у којем се преплићу намере законодавца и ефикасна судска пракса. Наиме, законодавац претендује да кроз опште правило о забрани злоупотребе права постави генерални корективни принцип понашања правних субјеката који ће судија, уз претпоставку његовог осећаја за правично, конкретизовати кроз појединачну норму садржану у пресуди. Са друге стране, међутим, законодавац не жели да, као прво, судију препусти самом себи без јасног упутства за употребу правног стандарда, нити да му, као друго, препусти превише слободе у попуњавању бланкетне норме и *de facto* га претвори у законодавца. Због тога законодавац тежи да, у мери у којој то његова далековидост допушта, различита начела на којим законски текст почива и сам конкретизује извођењем појединачних правних института из правног начела као оквира који је сам себи поставио.

Управо такав један особен облик конкретизације предмет је нашег рада. Прецизније, у раду ћемо се бавити застарелошћу као обликом конкретизације начела забране злоупотребе субјективних права и то његовог недовољно проученог пасивног облика који се састоји у злоупотреби права невршењем истог.

О ДЕЈСТВУ ЗАСТАРЕЛОСТИ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ

Субјективна права су средство за остваривање различитих циљева пројектованих кроз правну норму, а не циљ *per se*. Стога она, осим у изузетним случајевима које је и са чисто теоријског аспекта тешко поимати, теже сопственој реализацији, а не простом постојању и опстајању. Ово тврђење важи за сва грађанска субјективна права без изузетка, па чак и она која се традиционално сматрају делом „статике“ грађанског права попут, рецимо, стварних права. Свакако, тачност поменутог тврђења најлакше се уочава код оних субјективних права, попут облигационих, која су део

„динамике“ грађанског права. Она настају и служе задовољењу непосредног и на праву заснованог интереса и, осим у присуству особених околности, спонтано нестају са задовољењем или престанком постојања истог, будући да као правно средство нису у стању да га надживе.

Дакле, будући да сва права субјективног карактера теже сопственој реализацији, уколико се она врше и остварују на начин који се према пројекцијама законодавца сматра редовним, логично је, не постоји потреба за увођењем било каквих додатних правила од стране законодавца поред оних већ постојећих правних норми које прокламују конкретно субјективно право².

Међутим, дешава се и то да се једно субјективно право не остварује онако како је то првобитно замишљено. Разлози због којих одступања настају су бројни, но најчешћи случај је да титулар права исто у потпуности занемари. Може се учинити на први поглед да у том случају нема ничег спорног. Наиме, конкретно субјективно право установљено је, готово искључиво, у интересу његовог титулара. У том смислу може се рећи да му је оно у потпуности подређено, те да титулар права може самостално (пр)оцењивати да ли ће исто вршити или не; затим, уколико жели, када ће и на који начин то учинити; те уколико је оно повређено, оспорено или угрожено, да ли ће га штитити. Ово је потпуно логично, нарочито ако имамо у виду да титулар права нема обавезу вршења права, већ ексклузивну могућност његовог вршења.

И док у свери апсолутних права поменуто размишљање може наћи сасвим солидан ослонац због њихове усмерености *erga omnes*³, проблематика је битно другачија када се из свере апсолутних уђе у домен релативних, пре свега облигационих права. Код потоњих наспрам титулара права, то јест повериоца, стоји поименично одређено лице које према повериоцу има конкретну обавезу. Стога, када поверилац своје право не врши у неком дужем временском периоду, за другу страну која у односу на њега има обавезу, настаје правна неизвесност. Неизвесност у смислу да друга страна у облигационом односу није сасвим сигурна да ли је поверилац евентуално

² S. Lapajne, Zastaranje (po pravnih redih slovanskih držav), Ljubljana, 1933, 3; А. Шабић, Застарелост потраживања, Годишњак правног факултета у Сарајеву, 2006, 414.

³ О могућности застаревљања стварних права, најпре права својине, те о разликама између застарелости у ужем смислу и тзв. *praescriptio acquisitive*, детаљније видети код: А. Распор, Застара – систематски приказ по закону о обвезним односима и по другим законима, са судском праксом, Загреб, 1982, 5 и даље; В. Станковић, Застарелост, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, т. 3, Београд, 1978, 961; Л. Марковић, О незастаривости права својине, Архив за правне и друштвене науке, Београд, Књ. 12, 1911, 251-254; Р. Лоренц, Право својине и застарелост, Правни живот, бр.4, Београд, 1954, 276.

одустао од свог права или је при њему остао, али га не врши из неких објективних или субјективних разлога⁴.

Заправо, када говоримо о неизвесности на релацији дужник поверилац која настаје у случају када поверилац своје право не врши неко време, то је еуфемизам за двоструки правни сукоб. Наиме, у тим случајевима настаје, најпре, сукоб између правног и фактичког, јер се правно стање (постојање права установљеног ради остваривања интереса повериоца) не поклапа са фактичким (невршење права од стране повериоца које се да тумачити и као непостојање интереса што, подсетимо се, значи по аутоматизму и непостојање права које није у стању да надживи интерес чијем задовољењу служи). Сукоб, такође, настаје и између два интереса – повериочевог и дужниковог, при чему први жели да своје право врши без икаквих ограничења, па и оног временског, а други да се од њега не очекује да буде неразумно дуго спреман да одговори на повериочеве захтеве, како разумне, тако и оне који то по свом карактеру нису⁵.

Законодавац, по природи ствари, не може остати ван овог сукоба. Од њега се очекује да се у њега умеша и исти разреши на најправичнији начин. Нешто прецизније, законодавац, треба да, најпре, делује превентивно и да у највећем броју случајева учини да до неизвесности и правне несигурности која из ње произлази уопште не дође, а да у случају евентуалног сукоба, не преломи између правног или фактичког, то јест дужникових или повериочевих интереса, већ да исте помири кроз добро избалансирано решење. Дакле, од њега се очекује да интервенише и пре настанка сукоба тако што ће јасно и унапред кроз општу норму предвидети проблем, а онда и предочити решење с којим ће обе стране „у сукобу“ имати сасвим довољно времена и прилике да ускладе своје акције.

Управо ради решавања сукоба који проистичу из различитих интерпретација темпоралног домета субјективног права – теоријског на релацији између правног и фактичког, као и практичног на релацији између интереса повериоца и интереса дужника – законодавац је, с ослонцем на правнотеоријска промишљања и ставове судске праксе, изградио читав правних института који претендују да реше питања која се отварају увек када се право доведе у везу са протеклом времена⁶. У ред правних института кроз које законодавац, непосредно или посредно, испољава свој став према

⁴ Тако: С. Радуловић, Субјекти застарелости у грађанском праву, Бранич, бр. 1-2, Београд, 2012, 86.

⁵ Вид: М. Appio Giunio, Zastarijevanje tražbine, zastara i posledice, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 62, 5-6, Загреб, 1675-1676.

⁶ О вези права са временом детаљније видети: О. Антић, Време и право, Правни живот, бр. 14, Београд, 2009, 246 и даље.

протеку времена као правној чињеници, а кроз које успоставља баланс између различитих интереса правних субјеката спада и застарелост⁷.

Вероватно с пуним правом можемо рећи да се међу правним институтима који играју филтрирајућу функцију времена, застарелост⁸ издваја јер се једна, иначе врло спорна ситуација, разрешава на, како се чини, најправичнији могући начин⁹. Наиме, законодавац најпре покушава – чини нам се да у томе и успева увођењем различитих рокова застарелости за различита субјективна права као и различитих рокова у зависности од тога о којој врсти правних субјеката је реч – да нађе праву меру у погледу времена у којем се једно право може вршити, то јест невршити¹⁰.

Даље, законодавац предвиђа врло особену правну последицу невршења права која се састоји, не у губитку субјективног права¹¹, не чак ни у губитку правног захтева, већ на умањењу значаја¹² самог права које се огледа у томе да држава то право неће штитити безусловно¹³. Услов који се тражи за успешну заштиту субјективног права које није вршено у року застарелости је да друга страна, дужник, не користи приговор застарелости. Уколико се одлучи за коришћење овог средства, било у форми приговора,

⁷ Кажемо да кроз различите правне институте законодавац на непосредан или посредан начин испољава свој однос према протеклу времена. Непосредно то чини кроз правне институте који делују на конкретно субјективно право као што су застарелост, одржај, преклузија. Посредно то чини довођењем у везу протека времена са променама правног статуса једног лица, самим ти и читаваом целином права и обавеза, кроз правила о пословној, деликтној, радној, консултативној, тестаментарној способности, па и кроз правила о проглашењу несталога лица за умрло.

⁸ 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, чл. 360-393.

⁹ Тако: С. Радуловић, *Op. cit.*, 86.

¹⁰ Слично: М. Appio Giunio, *Op. cit.*, 1676.

¹¹ Законодавац је, приликом доношења ЗОО РС, супротно сазнањима и упозорењима правне теорије, застарелост сврстао у део којим регулише начине престанка облигација.

Критику с тим у вези видети: С. Перовић (ред.), Коментар Закона о облигационим односима, књ. 1, Београд, 1995, 770 и даље.

¹² Занимљива је као мета поређења и констатација да се услед застарелости мења „каковоћа тражбине“. Видети: М. Appio Giunio, *Op. cit.*, 1676.

Може се с правом говорити и о својеврсној дегенерацији права. О томе видети: С. Радуловић, Шта је то што застарева (предмет застарелости), Правна ријеч, 32, Бања Лука, 2012, 300.

Идеја о „гашењу мањег степена“ не чини нам се, међутим, нарочито блиском. Вид: Ј. Радишић, Облигационо право – општи део, Београд, 2004, 365.

¹³ Каже се да се услед застарелости, будући да је једно субјективно право лишено правне заштите, један, до тада правни однос, претвара у друштвени.

Вид: С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1976, 31.

противтужбе или тужбе за утврђење, и успе да докаже моменте од којих зависи његово успешно коришћење, дужник ће на материјалноправном терену издејствовати успех у парници који ће резултирати немогућношћу повериоца да принудно¹⁴ оствари своје потраживање¹⁵.

Законодавац, најзад, истовремено врши и кориговање сопственог, без такве корекције врло строгог става, уважавањем различитих околности значајних за остваривање права. То чини кроз правне институте застоја и прекида застарелости¹⁶.

На тај начин, кроз застарелост као институт облигационог права, остварује читав низ функција. Укратко, с једне стране, законодавац подстиче повериоца да се стара о својим правима и уредно их и на време врши, а са друге стране решава сложена питања која поткопавају правну сигурност стварањем неизвесности на страни дужника у погледу постојања своје обавезе и основаности повериочевих потенцијалних претензија¹⁷.

ЗАСТАРЕЛОСТ КАО ОБЛИК АБУЗИВНОГ ВРШЕЊА ИЛИ НЕВРШЕЊА ПРАВА?

Уколико смо успели да осетимо како институт застарелости функционише, нарочито на највишем нивоу апстракције, верујемо како није тешко осетити и везу са другим правним институтима који врше темпоралну локацију права, самим тим и његову корекцију. Међутим, може бити спорно где везу налазимо са правним институтом забране злоупотребе права. Прецизније, будући да је та веза поодавно уочена и описана и највећој мери,

¹⁴ Притом, посебну пажњу ваља обратити на израз „принудно“, јер застарело потраживање није нестало. То смо већ и нагласили. Оно се и даље може намирити, а оно што је примљено на име застарелог потраживања неће бити сматрано неоснованим богаћењем, под условом да је до испуњења дошло вољом дужника.

О томе како су грчка филозофија и природноправно учење утицали на римске правнике у процесу који је водио изградњи *obligations naturales* које су се могле извршити без права на доцнији захтев у виду *condicio indebiti* детаљније код: С. Перовић, *Натуралне облигације и моралне дужности*, Београд, 1969, 14 и даље.

Упоредити са могућношћу да се поверилац наплати из ствари која се затекла код њега. О томе детаљније: А. Распор, *Op. cit.*, 14.

¹⁵ Старија правна теорија сматрала је да су право на тужбу, следствено томе и право на принудно извршење, припатци уз субјективно право (Р. Д. Лукић, *Теорија државе и права*, Теорија права, Београд, 1976, 177), међутим данас преовлађује схватање да могућност утужења и принудног извршења чине типично, али не и нужно појмовно обележје тражбине (Ј. Радишић, *Op. cit.*, 47).

¹⁶ Слично: М. Appio Giunio, *Op. cit.*, 1676.

¹⁷ У том смислу и: М. Appio Giunio, *Ibid.*

по нама остаје отворено питање који облик злоупотребе права игра улогу родног појма за читав низ појава у које спада и застарелост.

Да бисмо до овог одговора дошли, неопходно је разумети како правни институт, то јест начело забране злоупотребе субјективних права функционише. Наиме, у правној литератури полемиче се око тога да ли је исправно лаичко схватање према којем је доношење „доброг закона“ једино што је потребно да би и правни поредак и друштвена заједница која оперише у оквиру тог поретка функционисали¹⁸. Без намере да се у раду бавимо питањем исправности овог става, не можемо да се у том контексту ипак не запитамо шта уопште можемо подвести под појам „доброг закона“.

„Добрим законом“, свакако, сматрамо потпуно свеобухватан и неупитно правичан акт. Међутим, готово опште је познато како несавршености законодаваца и законодавног процеса, непрецизност језика као медијума којим се заповести преносе и динамика друштвеног живота, практично гледано, искључују могућност доношења таквог акта. Идеја о могућности доношења таквог акта чини се утопистичком. Стога, нама је ближе становиште како „добар закон“ није савршен акт, већ акт који је у стању да се изнад сопствене несавршености издигне кроз ефикасне корективне механизме унапред уграђене у њега.

У ред изузетно ефикасних корективних механизма несумњиво можемо уврстити забрану злоупотребе субјективних права. Кроз ову забрану, када је она у правни акт инкорпорирана, законодавац признаје сопствену немогућност да, прво све правно релевантне ситуације заиста подведе под правну норму, а затим и да кроз донету норму исте уреди тако да правна свера једног не тангира правну сверу другог субјекта. Истовремено са признањем вишеструке сопствене несавршености, законодавац судији поверава ексклузивну могућност да границе претходно датих субјективних права коригује уколико му се по његовом слободном уверењу учини да су те границе превише уско или превише широко постављене. Другим речима, судија кроз забрану злоупотребе субјективног права може да понашање правног субјекта изједначи са противправним, иако оно то по слову закона није, уколико се таквим понашањем вређају неки виши принципи на којима сам закон почива. Када судија нађе да је субјективно право вршено на начин који није друштвено прихватљив, има овлашћење да такво понашање санкционише кроз читаву лепезу санкција које се крећу од обавезе надокнаде злоупотребом права проузроковане штете, преко уступања конкретног права другом лицу, до апсолутног или релативног ускраћивања правне заштите

¹⁸ Вид. Ј. Ћирић, Идеални закони и несавесни правници, Наука, безбедност, полиција, Београд, 2015, 56.

повређеном, оспореном или угроженом субјективном праву уколико се оно врши на друштвено неприхватљив начин

Везу између забране злоупотребе права и застарелости је сада лакше уочити, нарочито након што смо указали да судија може ускратити заштиту одређеном субјективном праву уколико је оно злоупотребљено. Наиме, на неколико места смо то већ и истакли, оба правна института – правни институт забране злоупотребе субјективних права и правни институт застарелости – врше корективну функцију у праву. Први, једном када је издигнут на ранг начела, врши општу корективну функцију, док други врши само један облик корекције, наравно реч је о темпоралној корекцији права. Дакле, однос између забране злоупотребе права и застарелости је однос између општег и посебног. Могло би се рећи и да се ове две појаве односе као *lex generali* и *lex specialis*. Ипак, нама се чини да је, иако су сви поменути искази и релације из њих изведне тачни, најпрецизније рећи како је правни институт застарелости облик конкретизације, а самим тим и коректив начела забране злоупотребе субјективних права као општег коректива.

Уколико узмемо за исправну релацију да је начело забране злоупотребе права конкретизовано кроз застарелост, а то сасвим основано можемо урадити на основу представљених индикатора тачности поменуте релације, поставља се питање који је то облик злоупотребе права кроз застарелост конкретизован заиста. Питање, заправо, исходи из тврдње домаћих аутора¹⁹, али и формулације за коју се законодавац определио²⁰, да је вршење права прерогатив злоупотребе, што значи да је злоупотреба права могућа само у једном облику и то оном активном који подразумева вршење права.

Но, да ли се може рећи да су застарелост, а нарочито њене последице, санкција за абузивно вршење права? Није ли застарелост санкција управо за пасивно држање повериоца кроз дужи, законом одређени период? Уколико јесте, да ли онда она може бити коректив и облик конкретизације забране злоупотребе субјективних права која се испољава у само једном облику и то активном? У потрази за одговором на ова, али и низ других питања неопходно је преиспитати, прво, да ли је застарелост санкција абузивног вршења или невршења права, поготово у контексту конституенаса који је одређују. Најзад, неопходно је, уколико се покаже као тачно да је застарелост санкција за невршење права, оценити да ли је злоупотреба права уопште могућа у том облику.

Од одговора на ова питања, а нарочито одговора датог на последње питање, зависи да ли заиста можемо рећи да је застарелост облик

¹⁹ В. В. Водинелић, Такозвана злоупотреба права, Номос, Београд, 1997, 179.

²⁰ Вид: ЗОО РС, чл. 13.

конкретизације забране злоупотребе права. С тим у вези нама се чини да је, упркос помало неспретној законској формулацији, злоупотреба права институт који има далеко шири домет него што се то из законског текста на први поглед може закључити. Норме којима је уређен овај правни институт морају, чврсто стојимо на том становишту, бити тумачене, не само са језичког, већ и са телеолошког апекта. Таквим тумачењем дошли бисмо до следећег резултата.

Наиме, циљ забране злоупотребе права није да спречи само абузивно вршење права. Циљ овог института, нарочито када је издигнут на ранг начела облигационог, самим тим и читавог грађанског права, је да спречи сваки облик злоупотребе субјективних права, активни или пасивни, субјективни или објективни. Свако другачије тумачење, то је битно нагласити, учинило би овај правни институт, упркос његовом неспорном потенцијалу, врло неефикасним. Дакле, иако је истина да су пасивни облици злоупотребе права далеко ређа појава, потпуно погрешан био би закључак да се такви случајеви не дешавају. Будући да је тако, по нама нема недоумица да се забрана злоупотребе права мора посматрати као забрана, како абузивног вршења, тако и абузивног невршења права.

Ако прихватимо горе, али и у претходном раду изнету аргументацију да се забрана злоупотребе права може и треба односити и на пасивно, не само активно понашање титулара права²¹, кључно питање је, дакле, да ли је застарелост, уколико у њој препознајемо остваривање идеје о спречавању злоупотребе субјективних права, санкција за вршење или невршење права. Потрага за одговором проблематизује се нарочито уколико имамо у виду да се код застарелости препознају оба облика понашања – најпре пасивно у законом предвиђеном року, а онда и активно по истеку тог рока²². Будући да се застарелост као правни институт казнене природе остварује у симбиози сукцесивног невршења и вршења права као противуречних понашања, три су могућа одговора на питање шта законодавац санкционише заиста.

Први могући одговор је да законодавац санкционише невршење права, други да санкционише вршење права по протеклу времена, а трећи да санкционише управо чињенични след невршења па вршења права. Делује као да се потоњи одговор може бранити с највише аргумената, те да се и ми

²¹ С. Радуловић, Абузивно невршење права избора код алтернативних обавеза, Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности, Тематски зборник, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 136-137.

²² То је главни разлог зашто аутори који у застарелости виде конкретизацију начела забране злоупотребе права тај институт повезују са тачно одређеним конституенсом забране – са противуречним понашањем, то јест вршењем права *contra factum proprium*.

са њим слажемо будући да смо застарелост и сами определили као симбиозу противуречних понашања. И заиста, застарелост као санкција наступа тек када се испуне обе правне чињенице – и невршење и вршење права. Постојање само једне или само друге чињенице, као и њихово остваривање обрнутим редоследом, не доводе до застарелости субјективног права. Ипак, то што се институт застарелости остварује на тај начин, по нама и даље не значи нужно да је последњи одговор тачан и да законодавац санкционише повериоца као титулара права због оба понашања у својој укупности.

Наиме, иако је неопходно да након периода невршења права од стране повериоца уследи покушај његовог вршења, законодавац не одриче заштиту субјективном праву због накнадног вршења права. Сматрамо да то пре чини због његовог пређашњег невршења. Другим речима, ако застарелост прихватимо као санкцију, законодавац исту не изриче због тога што поверилац захтева испуњење обавезе, већ због тога што испуњење није захтевао у за то остављеном року.

Наиме, да је накнадно вршење права спорно, законодавац се не би одлучио за увођење читавог низа последица након констатоване застарелости. Као прво, не би се одлучио за то да право опстане након успешног истицања приговора застарелости, а нарочито не да оно може да буде реализовано без подвођења на тај начин прибављене користи под богаћење без ваљаног правног основа. Законодавац се одлучио да остане на становишту да после застарелости правни основ постоји. Самим тим и право и даље постоји, из чега се као исправна може узети тврдња да вршење права није, нити то може бити, спорно. Остаје да је спорно, како смо и рекли, пређашње невршење права.

Додатни доказ исправности наведеног става можемо наћи и у чињеници да застарелост као санкција није апсолутна, већ релативна и то у смислу да зависи од воље дужника. И заиста, тек уколико дужник вршењу права супротстави приговор застарелости, судија ће одбити да стави на располагање апарат који повериоцу стоји на располагању иначе када је његово право повређено, оспорено или угрожено. Уколико дужник из било ког разлога не супротстави поменути приговор повериоцевом захтеву, поверилац ће с ослонцем на механизме принуде своје право реализовати, теоретски, без икаквих потешкоћа, без обзира на све околности које су вршењу права претходиле. То, још једном, указује да вршење права само по себи није спорно.

Вршење права је спорно, то јест то постаје, истицањем приговора застарелости. Противуречна понашања, дакле, о којима говоримо нису ништа друго до услови за наступање застарелости, међу којима као чињеница, по нама од посебног значаја, фигурира и приговор истакнут од стране дужника. Управо у томе шта је оно што дужник приговара повериоцу, можемо наћи одговор на питање које је пређашње понашање повериоца било

непримерено. И заиста, сам приговор конструисан је тако да се његовим истицањем указује, не да право не постоји или да се оно не може више вршити, већ да право није вршено у временском периоду који је законодавац определио, те да је невршењем истог створен несклад између правног и фактичког који се, опет по опредељењу законодавца, има решити у корист фактичког, а на уштрб правног. Правно стање би у редовним околностима морало да има превагу над фактичким, пре свега из разлога правне сигурности. Међутим, невршење права је то које је временом донело превагу фактичком, стога се опет, сада из трећег угла потврђује раније изнети став да се кроз застарелост санкционише, не садашње активно понашање повериоца, већ пређашње сувише дуго пасивно понашање повериоца према сопственом праву.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Институт забране злоупотребе субјективних права не престаје да интригира стручну правну јавност, нарочито последњих неколико деценија. Ипак, без обзира на сво показано интересовање, чини се да смо остали ускраћени за одговоре на читав низ питања, међу којима посебно забрињава отвореност оних која спадају у ред суштинских.

Једно од таквих питања јесте и питање у којим се све облицима овај институт појављује. Иако јесте тачан, није по нама довољан одговор да се он појављује у својој субјективној и објективној варијанти. Одговор неће бити потпун чак ни уколико исти допунимо излагањем о конституенсима забране злоупотребе права, пре свега оним који опредељују његову објективну варијанту. Тај одговор се може допунити тек уколико дамо одговор на питање да ли се под забрану злоупотребе субјективних права подводе само активна понашања титулара права или је право могуће злоупотребити и пасивним понашањем, то јест невршењем права у одеђеном периоду.

Иако чврсто стојимо на становишту да се норме од којих је институт забране злоупотребе субјективних права сачињен морају тумачити, не само са језичког, већ и телеолошког становишта, не чини нам се како је то довољан аргумент да се таквом тумачењу и приступи, а нарочито не да се изврши корекција прописа у будућем грађанском законнику у правцу који би недоумице решио већ на језичком нивоу тумачења. Управо зато определили смо се да истражимо институте који начело забране злоупотребе субјективних права конкретизују. Појединачном анализом чак четири такве правне појаве дошли смо до податка да је и творац ЗОО РС био свестан да се забрана злоупотребе субјективних права мора односити и на пасивна понашања.

У овом раду смо у том контексту анализирали застарелост. У оба случаја дошли смо до закључка да законодавац нема ништа против

санкционисања и пасивних конкретних облика абузивног понашања. Иако већ сада има довољно материјала за закључак да се забрана злоупотребе права односи на све, дакле и пасивне облике злоупотребе, сачекаћемо резултате истраживања оних норми које се односе на поверилачку доцњу и употребу дужникових права, које предвиђају врло јасну санкцију повериоцевог пасивног понашања према сопственом праву. Уколико и та истраживања укажу на исправност нашег тумачења норми које се на злоупотребу субјективних права односе, то може бити јасан сигнал у ком правцу би реформа овог института морала да иде.

Srđan Radulović, LL.D

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Priština temporarily settled in kosovska Mitrovica

STATUTE OF LIMITATIONS AS SANCTION OF ABUSIVE NON-PERFORMING OF RIGHT

Summary

When prohibiting abuse of rights, as first, legislator recognizes his own imperfections, and then corrects them through creating possibilities for judges to create both disposition and sanction when legal subjects act formally in line with legal norm if their behavior is not in correlation with some principles that are higher than norm itself. Still, whenever possible, legislator is trying to provide instructions for judges on how to use this legal institute through various forms of concretization of the institute. According to legal theory, one of those forms of concretization is legal institute of statute of limitations, so in this paper we present results of independent, both theoretical and empirical, research on matter if this legal institute is sanction for abusive performing or non-performing of civil rights.

Keywords: *Abuse of rights, Constituents of abuse of rights, Statue of limitations, Sanction, Abusive non-performing of right.*

ЛИТЕРАТУРА

- Оливер Антић, „Време и право“, Правни живот, бр. 14, Београд, 2009
Владимир В. Водинелић, Такозвана злоупотреба права, Номос, Београд, 1997
Miljenko Appio Giunio, „Zastarijevanje tražbine, zastara i posledice“, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 62, Загреб, 2012

Станко Лапајне, *Zastaranje* (po pravnih redih slovanskih držav), Љубљана, 1933

Лазар Марковић, „О незастаривости права својине“, Архив за правне и друштвене науке, Београд, Књ. 12, 1911

Слободан Перовић (ред.), Коментар Закона о облигационим односима, књ. 1, Београд, 1995

Слободан Перовић, *Натуралне облигације и моралне дужности*, Београд, 1969

Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1976

Јаков Радишић, *Облигационо право – општи део*, Београд, 2004

Срђан Радуловић, *Абузивно невршење права избора код алтернативних обавеза, Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности*, Тематски зборник, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017

Срђан Радуловић, „Субјекти застарелости у грађанском праву“, Бранич, бр. 1-2, Београд, 2012

Срђан Радуловић, „Шта је то што застарева (предмет застарелости)“, Правна ријеч, 32, Бања Лука, 2012

Андрија Распор, *Застара – систематски приказ по закону о обвезним односима и по другим законима, са судском праксом*, Информатор, Загреб, 1982

Обрен Станковић, *Застарелост*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, т. 3, Београд, 1978

Јован Ћирић, „Идеални закони и несавесни правници“, Наука, безбедност, полиција, Београд, 2015,

Алмедина Шабић, „Застарјелост потраживања“, Годишњак правног факултета у Сарајеву, 2006

Гордана ДАМЈАНОВИЋ*

347.771:602.9

ИНОВАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ПРОНАЛАЗАКА МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА

Апстракт: Патентна заштита проналазака је посвећена промовисању иновација и конкуренције, уз истовремено обезбеђивање заштите социо економских интереса. Финансијски аспекти биотехнолошких истраживања и недостатак алтернативне заштите за инвестиције, намеће потребу за њиховом патентном заштитом. Суштинску биотехнолошку област представља истраживање матичних ћелија. Истраживања ће омогућити откривање нових лекова, а могуће је да ће се захваљујући истраживањима, решити хронични недостатак ткива за трансплантацију која се користе у лечењу дегенеративних болести. С обзиром да прописи у овој области морају перманентно да се усклађују са узастопним променама у науци и да настоје да одрже корак са брзим развојем научних истраживања, створени су нови облици заштите. Отворени приступ (енгл. *open source*), као стратегија која се може применити и на матичне ћелије, требало би да омогући сарадњу научника, компанија, правника и политичара. Сарадњом истраживачких инситуција и заинтересованих компанија формирана су такозвана патентна удружења (енгл. *patent pools*), која функционишу тако што два или више титулара патента иступају заједнички у односу на трећа лица – кориснике. Чланство у удружењима јесте хетерогено, јер га чине различите биотехнолошке компаније (које могу бити и конкурентне), али и истраживачи из образовних институција. Такво обједињено поступање олакшава коришћење сложене технологије. Нови начини промовисања биотехнолошких проналазака потпуно су у складу са патентним системом заштите.

Кључне речи: биотехнологија, матичне ћелије, патенти, отворени приступ, патентни пулови.

1. УВОД

Еволуција и трансформација истраживања у области биотехнологије

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, gordana.damjanovic@pr.ac.rs.

одражава се и на патентна правила. Најпре је била одобрена патентна заштита гена, да би даљи развој биотехнологије, али и притисак мултинационалних биотехнолошких компанија иницирао прописивање патентне заштите матичних ћелија. Матичне ћелије, или плурипотентне ћелије, по први пут су из људског ембриона у стадијуму бластоциста, на Универзитету Висконсин изоловали истраживачи у Сједињеним Америчким Државама. У новембру исте године (1998), у америчкој истраживачкој институцији АСТ – Advanced Cell Technology, први пут је клониран људски ембрион. У фази бластоциста ембрион је заустављен у развоју да би се из њега добиле матичне ћелије и развиле ћелијске линије, попут нервних ћелија, ћелија коштане сржи, мишићних или крвних ћелија. За научнике је најбитније да матичне ћелије могу да расту и да се диференцирају у било коју врсту ћелија у људском телу. И управо те карактеристике обезбеђују огроман потенцијал за проучавање и лечење озбиљних болести, попут Алцхајмерове или Паркинсонове болести, као и дијабетеса. Могућности матичних ћелија практично су неограничене, јер могу оне да подстакну обнову органа или обнављање оштећеног имуног система. Требало би ипак нагласити да су истраживања на матичним ћелијама још увек у повоју и да научници настоје да боље разумеју улогу тих ћелија у нормалном људском развоју и развоју болести. Међутим, ставови англосаксонског и континенталног патентног система, у погледу патентне заштите матичних ћелија су супротстављени, што утиче и на стагнирање истраживања у овој области. Због тога се све више инсистира на алтернативним начинима промовисања биотехнолошких проналазака.

Уговор о лиценци је основни инструмент којим се остварује промет имовинско-правних овлашћења интелектуалне својине. Поред уговора о лиценци, поједини аутори наводе обавезно лиценцирање, патентне фондове (базене) и лиценце отворених кодова, као начине повећавања ефикасности иновација у области матичних ћелија.

2. УГОВОР О ЛИЦЕНЦИ

Џејмс Томсон, научник који је први изоловао матичне ћелије и тиме започео једну од најзначајнијих прекретница у историји науке, до резултата својих истраживања дошао је на Универзитету Висконсин. Патентне пријаве поднео је Истраживачки центар Универзитета (Wisconsin Alumni Research Foundation - WARF). Истраживачки центар WARF основао је непрофитну организацију Wi Cell, која је плаћала 600.000 долара годишње за коришћење патентом заштићених ембрионалних ћелијских линија. Организација Wi Cell је у периоду 2005-2010. године била и депозитар за 21 ћелијску линију, чије је финансирање одобрила Влада САД-а, односно НИН (у складу са ограничењима финансирања истраживања матичних ћелија у време

председника Буша). Након одлуке председника Буша, НИН је добила овлашћења да надгледа очување поштовања патената додељених WARF-у, уз истовремено обезбеђивање ограничавања патентних овлашћења WARF-а, у циљу развоја истраживања матичних ћелија. Wi Cell је дистрибуирала ћелијске линије у више од 360 истраживачких центара у 40 држава, што је „непрофитну“ организацију претворило у успешно комерцијално предузеће. Таква политика WARF-а је ометала рад истраживача у америчким истраживачким институцијама, јер су и оне морале да обезбеде ћелијске линије за своја истраживања.¹ WARF је заједно са својом компанијом Wi Cell, настојао да задржи водећу улогу у закључивању споразума са свим организацијама укљученим у истраживање и развој матичних ћелија.² И поред тога што је истраживање научника Томсона било подржано финансијским средствима не само приватних фирми, већ је подржано јавним финансирањем НИН, носиоци права на патент су ипак задржали „власништво над проналаском“, али се очекивало да њихове активности буду доступне научно истраживачкој заједници. Компанија Wi Cell је наплаћивала 1250 долара по једној ембрионалној ћелијској линији истраживачима ангажованим на некомерцијалним истраживањима, у академским и другим непрофитним институцијама.³ Од академских институција се захтевало (све до 2007. године) да закључе „меморандум о разумевању“, на основу којег су се одобравала некомерцијална истраживања.⁴ Заправо, меморандумом су били постављени услови под којима се резултати истраживања могу учинити доступним трећим лицима. Поред WARF а, НИН је потписала сличне споразуме и са другим истраживачким институцијама које су направиле ћелијске линије подобне за финансирање, попут Универзитета у Калифорнији, Кореји, Израелу и Шведској. Наведене истраживачке институције су добиле донације од 200 000 до 500 000 долара годишње, у циљу лакше дистрибуције својих ћелијских линија под лиценцом WARF а, али уз ограничења садржана у меморандуму. Будући да патенти WARF а важе само на територији САД а, за истраживања изван наведене територије, није

¹ Plomer A., “Patents, profit and The Public”, *Patents human right and access to science*, Elgar on line, 2014,16, https://www.researchgate.net/publication/283010094_Patents_Profit_and_the_Public, 21. 10. 2017.

² Bergman K., “Collaborative IP Management for Stem Cell Research and development”, April 2007, Centar for Intellectual Property Studies – CIP, Goteborg, Sweden,46. https://hinxtongroup.files.wordpress.com/2010/10/bergman_cip_pipa_2007.pdf, 12. 06. 2017

³ Plomer A., (2014), 18.

⁴ *Ibid.*

била потребна посебна дозвола.⁵ Таква „веома рестриктивна политика“ према образовним институцијама, успоравала је дистрибуцију ћелијских линија. У „комерцијалној сфери“, најзначајнији је Уговор о ексклузивној лиценци WARF-а са компанијом Герон (Geron Company) о уступању права коришћења ембрионалних ћелијских линија за развој терапеутских и дијагностичких производа.⁶ Герон компанија је приватна биотехнолошка фирма, која је такође спонзорисала на почетку истраживања Џејмс Томсона и која је захваљујући уговору о лиценци обезбедила дозволу за комерцијализацију производа на бази шест типова ћелија које је развио поменути научник. На основу свега изложеног, можемо закључити да су академска истраживања матичних ћелија у САД била ограничена првенствено због широких у обиму патената WARF-а, потом и због ограничавања финансирања истраживања матичних ћелија на савезном нивоу. Променом политике, као што смо видели, мењао се и однос према финансирању истраживања матичних ћелија.

3. SPIN OFF КОМПАНИЈЕ И МАТИЧНЕ ЋЕЛИЈЕ

Један од начина сарадње академских истраживача и приватног сектора је формирање spin-off компанија. Супсидијарна, или *spin-off* компанија је посебан облик предузетничке компаније, коју је претходно покренула и са њом била повезана нека друга компанија. По правилу, она је некада била основна компанија која се одвојила и постала независна компанија на тржишту. Посебан облик spin-off компанија представљају академске spin-off компаније, које су дефинисане као предузећа основана од стране групе научника. Главну имовину наведених компанија чине патентом заштићени проналасци. Интересовање за комерцијалну примену знања које креирају универзитети је нарочито изражено у области биотехнологије.⁷ Захваљујући овим компанијама, запослени на универзитету могу бити не само иноватори, односно оснивачи, већ и менаџери или директори spin-off компанија. Подаци Савета за високо образовање у Енглеској (Higher Education Funding Council for England) за 2012/2013. годину показали су да је основано 150 spin-off компанија. У истом периоду, интелектуална својина

⁵ Loring F. Jeanne, Campbell C., „Intellectual Property and H.E.S.C Research“, Policy Forum, Science and Law, 1716, https://www.library.wur.nl/webquery/file/cogen_145053261_001.pdf, 17.8.2017.

⁶ Plomer A., Taymor S. K., Scott T. Ch., „Challenges to Human Embryon Stem Cell Patents“, „Cell Stem Cell, Volume 2, Issue 1, 10 januaru, 2008.

⁷ Ниелсен – Ерић Ј., Алексић – Стојановић В., Николић Ј., „Улога предузетничких spin of подухвата у економском развоју Крагујевца“, 193, <https://ekjav.kg.ac.rs/sites/default/files/Zbornik>, 12. 06. 2017.

настала на универзитетима донела је 87 милиона фунти и 955 признатих патената.⁸ Ипак, треба нагласити да чак ни потенцијално тржишно успешне иновације, и добро развијена регулатива у вези са оснивањем и радом spin-off компанија, нису гарант успешне комерцијализације истраживачких резултата. Посебно је значајно питање финансирања ових подухвата. Често су потребна велика новчана средства како би се обезбедио излазак иновације на тржиште, много већа од финансијских могућности самих оснивача компанија, па и универзитета. Због тога је неопходно привлачење капитала за финансирање иновативних, високо ризичних подухвата.⁹

4. PATENT POOLS

У биотехнолошкој области уопште, па самим тим и у области истраживања и патентирања матичних ћелија, јако је важно коришћење патентних удружења (фондова, базена) и то како за приватни, тако и за јавни сектор. Патентни фонд је споразум између два или више носиоца права на патент, на основу којег они уступају право на међусобно коришћење заштићених права, или право на коришћење уступају заједнички - трећем лицу. Они су свакако корисни, јер предузећа захваљујући патентном фонду могу добити дозволе за коришћење патентом заштићене технологије од само једног ентитета. Патентни фондови такође елиминишу проблеме у вези са блокирањем патената, а и смањују трошкове лиценцирања. Захваљујући постојању патентних фондова елиминише се потреба за парницама, јер се спорови могу превазићи или решити кроз стварање патентних фондова (базена). Нарочито мала предузећа, која не би могла издржати трошкове судских спорова, чешће ће „преживети“ и напредовати ако у будућности буду ослобођена правних тужби. Затим, постојање патентних фондова омогућава заинтересованим странама да лиценцирају све патенте у фонду, који су неопходни за коришћење одређене технологије, а не да захтевају добијање лиценце од сваког титулара посебно. Због тога се патентни фондови дефинишу као „продавнице у којима се све налази на једном месту, где истраживачи могу добити лиценцу за сва даља истраживања“.¹⁰ Смањење трошкова трансакција, али и могућност дељења ризика у вези са

⁸ Бавите се истраживањем? Размишљајте о патентима, ЕПО, 2015, 25, www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Bavite%20se%20istrazivanjem.pdf, 9. 10. 2016

⁹ „Националне препоруке за универзитете у Србији за управљање интелектуалном својином у активностима трансферознања“, Београд, 2016, 67, https://erasmusplus.rs/wp-content/uploads/2016/06/Nacionalne-preporuke_web.pdf, 10. 03. 2018.

¹⁰ Gozmer M., “Innovation in Biomedicine: Can Stem Cell Research Lead the Way to Affordability”, <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.0030126>, 12. 10. 2017.

истраживањем и развојем, такође су битне користи патентних фондова. Један од услова за коришћење патентних фондова могао би бити и да сваки истраживач допринесе даљем развоју истраживања. У области лиценцирања, ово је познато као лиценца отвореног кода.¹¹ Потребно је нагласити да су патенти фондови у овој биотехнолошкој области углавном још увек само теоријске конструкције а веома ретка појава у пракси.¹²

5. ПОСЛОВНИ МОДЕЛ ОТВОРЕНОГ КОДА

Отворени извор (или код) је појам који се везује за рачунарске програме, и односи се на модел лиценцирања на основу којег интелектуалне творевине проналазача, односно аутора, постају доступне јавности и могу се слободно користити и модификовати у складу са условима „отвореног лиценцирања“. Проста употреба софтвера је потпуно слободна, али уколико корисник жели да изврши било какву интервенцију у изворни код или да даље располаже стеченим овлашћењем, мора да се сагласи са условима уговора о лиценци отвореног кода¹³. Отворени код је у супротности са Беј Дол Актом, на основу којег су Универзитети (у САД) у могућности да комерцијализују резултате истраживања у сарадњи са индустријом, што на крају доводи до развоја у корист истраживача и јавности. Отворени кодови, са друге стране, обезбеђују економски развој кроз дистрибуцију знања јавности, предлажући бржи развој на основу отворених (слободних) информација, а не на основу затворених „власничких“ модела.¹⁴ Отворени извори се разликују од јавног домена, јер када се једна интелектуална творевина налази у јавном домену, титулар права са својим радом предаје и сва права интелектуалне својине, док је отворени код облик лиценце којим се уступа право коришћења рада под одређеним условима и за одређене намене.¹⁵

Пословни модел отвореног кода у области биолошких истраживања има своје предности и недостатке. Низове база ДНК, на пример, можемо упоредити са изворним кодом софтвера. Биолошки системи се састоје од

¹¹ *Ibid.*

¹² Bakardjieva Engelbrekt A., “Stem cells patenting and competition law”, *Embryonic Stem Cell Patents, European Law and Ethics*, Oxford, 2009, 397.

¹³ Радовановић С., „Уговор о лиценци софтвера“, Београд, 2012, 120.

¹⁴ Dene T., Dimoh P., Ravi R., Ray D., Salvesen T., Wheeler A., “Research Project for Ny Star State Intellectual Property Policies”, *New York State Science & Technology Law*, 2007,47,

<https://nysstlc.syr.edu/wp-content/uploads/2014/09/Nystar-State-Intellectual-Property-Policies-Report-Spring-2007.pdf>, 10 12. 2017.

¹⁵ *Ibid.*

вишеструких делова, као што су у софтверској индустрији сложени рачунарски чипови и софтвер, састављени од више мањих делова. Путем система отвореног кода, академски истраживачи и компаније могу да истражују делове ДНК и да резултате истраживања слободно деле са другим истраживачима. Кључ успеха пословног модела отвореног кода би био стварање библиотека стандардних генских секвенци, које поуздано обављају једноставне функције, попут кодирања ензима или изградње протеина. Ови модулари делови-стандарди, користе се слободно. Тако, истраживачи стварају библиотеке делова, на исти начин на који софтверске компаније развијају програме како би покрили читав низ апликација.¹⁶ Присталице наведеног пословног модела истичу да за разлику од патентног система, који све више (због постојања широких по обиму патената у овој области) спречава стварање нових проналазака, модел отвореног кода подстиче стварање нових проналазака. Предност наведеног модела огледа се у заједничким трошковима истраживања и развоја, у бољим и јефтинијим производима и бржем стварању иновација. Основни недостатак наведеног модела пословања огледа се у страху истраживача да ће учествовањем у пројекту отвореног кода други истраживачи слободно користити резултате истраживања, јер веома често нису спремни да поделе резултате својих истраживања са потенцијалним корисницима.¹⁷

Модел отвореног кода би повећао транспарентност резултата истраживања матичних ћелија. Будући да регенеративне терапије засноване на матичним ћелијама обећавају преобликовање медицине, све више се осећа притисак што бржег превођења основних истраживања у терапије, што је резултирало порастом клиничких студија о матичним ћелијама.¹⁸ Размена података о резултатима истраживања је нарочито битна у фази развоја клиничких терапија заснованих на матичним ћелијама. На тај начин би било омогућено истраживачима да користе базе података у којима се депонују протоколи који се односе на терапије засноване на матичним ћелијама. Такве базе података би требало да садрже комплетне протоколе лечења које би истраживачи могли слободно да претражују. Потребно је истражити ту

¹⁶ Singh T., „Open source business models and synthetic biology”, *Chicago-Kent Journal of Intellectual Property*, Vol 14:2, 2015, 470, http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2015/08/02_14IntellProp4552015.pdf, 18. 12. 2017.

¹⁷ *Ibid*, 484.

¹⁸ Dekkers M. O., Mummery L. Ch, Rabelink J. T., „A case for Crowd Sourcing in Stem Cell Research“, *Stem Cell Transnational Medicine*, 3 (11) 2014, 1259, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4214850/pdf/sctm_20140125.pdf, 10. 10. 2017.

могућност у оквиру постојећих база података. Пример такве базе је Европско удружење за трансплантацију крви и коштане сржи (European Society for Blood and Bone Marrow Transplantation – ЕВМТ). Дељење података о процени ефикасности и сигурности терапија не онемогућава развој интелектуалне својине. Идеја о размени података би требало да буде подржана и у научним часописима, али и од стране влада и агенција које финансирају односна истраживања.¹⁹

6. ПРИНУДНА ЛИЦЕНЦА

У праву интелектуалне својине важи правило да ствараоцу припадају сва имовинска и морално правна овлашћена за његов рад. Али, титулар има не само право, већ и обавезу да искоришћава заштићени проналазак. Нису ретки случајеви да проналазач заштити проналазак али га економски не искоришћава, нити жели да уступи своје право трећем лицу путем уговора. Друштвени интерес захтева да се у таквим ситуацијама ограничи искључива права носиоца патента. Како би се избегле негативне последице патентне заштите ембрионалних матичних ћелија на даља истраживања, односно да би се избегло блокирање приступа третманима за лечење заснованим на матичним ћелијама злоупотребом патентног права, предлаже се примена принудних лиценци.

Принудна лиценца се може доделити из неколико разлога, који се сви у ширем смислу тичу заштите јавног интереса. То су неискоришћавање и недовољно искоришћавање патентираниог проналазак, зависност неког другог патента од патента који је предмет принудне лиценце, злоупотреба монопола, додељивање принудне лиценце у јавном интересу (у ужем смислу) и рестрикција у трговини.²⁰

Институт принудне лиценце је први пут установљен Париском конвенцијом у којој се у члану 5А, тачки 2 истиче да *„свака земља има могућност да прибегне потребним законским мерама којима се предвиђа давање принудних лиценци, да би спречила злоупотребе које би могле настати употребом искључивог права датог патентом, на пример некористићењем“*.

Одредбе Париске конвенције су знатно пооштрене Споразумом о трговинским аспектима права интелектуалне својине. Принудна лиценца ће се доделити само у појединачним случајевима, под условом да је потенцијални корисник покушао да добије сагласност носиоца патента (осим

¹⁹ *Ibid*, 1260.

²⁰ Дудах А., „Развој правне регулативе принудне лиценце у међународним и домаћим изворима патентног права“, *Зборник радова Правног факултета*, Нови Сад, 2 /2013, 464.

у ванредним ситуацијама, стању нужде или ради некомерцијалне употребе проналаска), при чему се обим и трајање коришћења проналаска ограничавају у складу са сврхом за коју се принудна лиценца издаје.²¹ Преузимајући решења TRIPS а, наш ЗОП а истиче да се обична лиценца може доделити у следећим случајевима. Прво, ако субјект сам не користи или недовољно користи проналазак заштићен патентом, а другим лицима одбије да га уступи или им поставља неоправдане услове за уступање. Затим, принудна лиценца се може одобрити и у случају када се без коришћења основног проналаска не може у целини или делимично економски искоришћавати други проналазак који је касније заштићен на име другог лица. Такође, принудна лиценца се може одобрити, када је неопходно исправљање поступка за који је у судском или управном поступку утврђено да се противи начелу слободе конкуренције.²² Актуелним Законом о патентима су поред оштег института, регулисани и посебни облици принудне лиценце, а то су, принудна лиценца за коришћење технологије полупроводника, принудна лиценца у корист оплемењивача биљних сорти и принудна лиценца за патенте који се односе на производњу фармацеутских производа ради извоза истих у државе које се суочавају са проблемом јавног здравља.

Наведени трећи посебни облик посебне принудне прописан је из разлога што је актуелни ЗОП а усклађен са TRIPS ом а то је нужни услов за обнављање чланства у СТО, јер ни једна земља не може бити чланица СТО, а да при том не буде чланица TRIPS а, па како је чланство у СТО од огромног значаја, економског пре свега, али и политичког, питање приступања TRIPS у се није ни постављало.²³

На рунди преговора која је у оквиру СТО одржана у Дохи 2001. године, донета је Декларација²⁴ којом је потврђено право свих држава чланица да заштите јавно здравље и издају принудне лиценце. Наиме, земљама чланицама је омогућено да у случају великих епидемија, принудним лиценцама омогуће производњу домаћих лекова. Међутим, проблем настаје када земља у развоју не поседује производне капацитете за

²¹ *Ibid.*, 466.

²² Чл. 26. ЗОП.

²³ Наша земља је имала статус посматрача од 1955. године, статус придруженог члана од 1959, статус пуноправног чланства од 1962, док од 1992. године нисмо били чланови ГАТТа. Данас Србија има статус кандидата за чланство... П. Шулејић, „Заједничка трговинска политика ЕУ и однос према СТО“, Скрипта за европске студије, Београд, 2004, 13.

²⁴ World Trade Organization, Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health of 14 November 2001, para. 4, WT/MIN(01)/DEC/2, [hereinafter Doha Declaration], http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm, 12.11.2015.

производњу лекова, док увоз генеричких лекова произведених по принудној лиценци није могућ, с обзиром да су принудне лиценце непреносиве, што онемогућава да се принудна лиценца пренесе привредном субјекту који располаже производним капацитетима. На састанку који је одржан у Канкуну 2003. године, донета је Одлука о имплементацији, којом је омогућено давање принудне лиценце за извоз у земљу која не поседује сопствене производне капацитете, с тим што Веће TRIPS а мора бити обавештено, и све произведене количине морају бити извезене, док земља увозница мора доказати да заиста не поседује производне капацитете.²⁵ Захваљујући наведеном институту онемогућени су несавесни титулари патената да злоупотребе своја права, тако што би наплатили прескупо лек у периоду озбиљног вандредног стања, јер омогућују флексибилност у вандредним ситуацијама.²⁶ Наведени посебан облик принудне лиценце, који је прописаним и нашим актуелним ЗОП а, представља резултат проналажења равнотеже између интереса корисника са једне и титулара права са друге стране. Могућност одобравања наведеног посебног облика принудне лиценце постоји само у случајевима јавног некомерцијалног коришћења и у случајевима вандредног стања у земљи, које може бити изазвано епидемијама.

И поред тога што се институт принудне лиценце веома ретко користи само постојање овог института је веома битно, зато што и могућност издавања принудне лиценце, делује превентивно на титулара права да свој проналазак искористи у производњи или да то своје право уступи заинтересованом лицу. Са друге стране, наш актуелни ЗОП а, прописујући јасне услове под којима трећа лица могу користити заштићени проналазак, а да тиме не чине повреду патената, штити интересе титулара права на патент.²⁷ Поједини аутори ипак сматрају да ће бити тешко применити институт принудне лиценце на основу TRIPS а, односно Споразума из Дохе, на терапије засноване на матичним ћелијама. Терапијска примена ембрионалних матичних ћелија, углавном се односи на дегенеративна стања тела и не уклапа се у перцепцију „пандемије“ која дозвољава земаљама да оправдају примену института принудних лиценци, тако да би носиоци права

²⁵ WTO-Intellectual Property, TRIPS and public health, <http://www.wto.org/english/trips/pharmpatent-e-htm>, 11.12.2010.

²⁶ Carer D., "Drug Production, Public Interest vs Intellectual Property rights", *Yale Journal of Medicine and Law*, Vol VI, Issue 2, <https://www.yalemed.law.com/2010-02-drug-production-public-interest-w-i-p-r>, 4.10.2011.

²⁷ Миладиновић З., „Ограничење патента као субјективног права интелектуалне својине“, *Правни живот* бр.11/2004, 828.

на патент могли да истакну приговор због примене наведеног института.²⁸ Због тога је потребно укључити већи број околности под којима се може дозволити примена наведеног института.

Закони у области интелектуалне својине морају перманентно да се усклађују са узастопним променама у науци и да настоје да одрже корак са брзим развојем научних истраживања.

GORDANA DAMJANOVIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

INNOVATIONS IN THE FIELD OF PROTECTION OF STEM CELLS INVENTIONS

Summary

Patent protection of inventions is dedicated to promoting innovation and competition, while ensuring the protection of socio-economic interests. The financial aspects of biotechnological research and the lack of alternative protection for investments impose the need for their patent protection. The essential biotechnology field is the stem cell research. The research will enable the discovery of new drugs, and it is possible, thanks to research, to resolve the chronic lack of tissue for transplantation used in the treatment of degenerative diseases. Considering that the regulations in this field must be permanently aligned with successive changes in science and that they strive to keep pace with the rapid development of scientific research, new forms of protection have been created. Open source, as a strategy that can be applied to stem cells as well, should facilitate the cooperation of scientists, companies, lawyers and politicians. Due to collaboration between research institutions and interested companies, so-called patent pools has been formed and it functions in a manner two or more patent holders jointly step forward in relation to third parties - users. Membership in associations is heterogeneous, because it is made up of various biotech companies (which can be competitive), but also researchers from educational institutions. Such unified treatment facilitates the use of complex technology. New ways of promoting biotechnological inventions are fully in line with the patent protection system.

²⁸ Jamil A., "Patent frame work for the human stem cells in Europe and USA : innovation, ethics and acces to therapy", Bologna, 2016, 60.

Keywords: Biotechnology, Stem Cells, Patents, Open source, Patent Pools.

ЛИТЕРАТУРА

A . Bakardjieva Engelbrekt, “Stem cells patenting and competition law”, Embryonic Stem Cell Patents, European Law and Ethics, Oxford, 2009;

K. Bergman, “Collaborative IP Management for Stem Cell Research and development”, April 2007, Centar for Intellectual Property Studies – CIP, Goteborg, Sweden, https://hinxtongroup.files.wordpress.com/2010/10/bergman_cip_pipa_2007;

Бавите се истраживањем? Размишљајте о патентима, ЕПО, 2015, 25, www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Bavite%20se%20istranzivanjem.pdf, 9. 10. 2016;

M. Goozmer, “Innovation in Biomedicine: Can Stem Cell Research Lead the Way to Affordability”, <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.0030126>, 12. 10. 2017.

Patents, European Law and Ethics, Oxford, 2009;

T. Dene, P. Dimoh , R. Ravi, D. Ray , T. Salvesen , A. Wheeler , “Research Project for Ny Star State Intellectual Property Policies”, New York State Science & Technology Law, 2007, <https://nysstlc.syr.edu/wp-content/uploads/2014/09/Nystar-State-Intellectual-Property-Policies-Report-Spring-2007.pdf>, 10 12. 2017;

M. O. Dekkers , L. Ch. Mummery, J. T. Rabelink, „A case for Crowd Sourcing in Stem Cell Research“, *Stem Cell Transnational Medicine*, 3 (11) 2014, https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4214850/pdf/sctm_20140125.pdf, 10. 10. 2017;

A. Дудаш, „Развој правне регулативе принудне лиценце у међународним и домаћим изворима патентног права“, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 2 /2013;

A. Jamil, ” Patent frame work for the human stem cells in Europe and USA : innovation, ethics and acces to therapy”, Bologna, 2016;

F..J. Loring, C. Campbell, „Intellectual Property and H.E.S.C Research“, Policy Forum, Science and Law, https://www.library.wur.nl/webquery/file/cogen_145053261_001.pdf;

З. Миладиновић, „Ограничење патента као субјективног права интелектуалне својине“, Правни живот бр.11/2004;

J. Ниелсен – Ерић , В. Алексић – Стојановић, Ј. Николић , „Улога предузетничких spin off подухвата у економском развоју Крагујевца“, <https://ekjav.kg.ac.rs/sites/default/files/Zbornik>, 12. 06. 2017;

„Националне препоруке за универзитете у Србији за управљање интелектуалном својином у активностима трансфера знања“, Београд, 2016, https://erasmusplus.rs/wp-content/uploads/2016/06/Nacionalne-preporuke_web.pdf, 10. 03. 2018;

A.Plomer, “Patents, profit and The Public”, *Patents human right and access to science*, Elgar on line, 2014, 16, https://www.researchgate.net/publication/283010094_Patents_Profit_and_the_Public, 21. 10. 2017;

A.Plomer, S. K.Taymor, T. Ch. Scott, “Challenges to Human Embryon Stem Cell Patents”, “ Cell Stem Cell, Volume 2, Issue 1, 10 januaru, 2008;

С. Радовановић , „Уговор о лиценци софтера“, Београд, 2012.

T. Singh T., Open source business models and synthetic biology”, Chicago-Kent Journal of Intellectual Property, Vol 14:2, 2015, http://studentorgs.kentlaw.iit.edu/ckjip/wp-content/uploads/sites/4/2015/08/02_14JIntellProp4552015.pdf, 18. 12. 2017;

D. Carer., “Drug Production, Public Interest vs Intellectual Property rights”, Yale Journal of Medicine and Law, Vol VI, Issue 2, <https://www.yalemed.law.com/2010-02-drug-production-public-interest-w-i-p-r>, 4.10.2011;

World Trade Organization, Ministerial Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health of 14 November 2001, para. 4, WT/MIN(01)/DEC/2, [hereinafter Doha Declaration], http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm, 12.11.2015;

WTO-Intellectual Property, TRIPS and public health, <http://www.wto.org/english/trips/pharmapatent-e-htm>, 11.12.2010;

Данијела ПЕТРОВИЋ*

347.771:602.9

ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ И ЊЕНА НАКНАДА

Апстракт: Економска анализа права има за циљ повећање ефикасности правног сиситема и стварање подстицаја који би то омогућили. У анализи штетних догађаја, настале штете и њене накнаде, односно у анализи одштетног права, основни циљ примене економије јесте смањење трошкова штете и примена подстицаја којима се тај циљ може остварити. Критеријум оцене ефикасности облика одговорности представљају укупни друштвени трошкови штета. У циљу утврђивања ефеката примене појединих подстицаја и утврђивања ефикасног нивоа пажње економија је развила економске моделе одговорности који се зависно од тога ко предузима мере пажње, починилац штете или оштећени, могу поделити на унилатералне и билатералне. Утврђивањем одговорности стварају се услови за накнаду штете и врши алокација последица штетног догађаја. Применом правила одштетног права омогућава се интернализација екстернализованих трошкова штете.

Кључне речи: одговорност, унилатерални и билатерални модел одговорности, накнада штете.

УВОД

Савремени услови живота и рада повећавају могућност настанка штета. Колико год свако од нас био опрезан и понашао се у складу са стандардом разумне пажње¹ неретко бивамо оштећени, али и починиоци штета. Поред напора и тежње законодавца да регулативом превентивно утиче на смањење броја штетних догађаја, односно смањење ризика настанка штете, присуство штете немогуће је потпуно елиминисати. Динамика живота, али и број фактора који могу да доведу до настанка штета, и поред интензивног ангажовања законодавца, бројне ситуације у којима штетни догађаји настају остављају недовољно уређеним и прецизно регулисаним.

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, danijela.petrovic@pr.ac.rs

¹ Стандард или дужност разумне пажње пореди стварну пажњу починиоца штете са пажњом разумног човека у истим околностима. Стандард је у примени у common law систему, а у нашем правном систему прихваћено је објективно мерило за нехат. Више о томе у: О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 469.

Због чињенице да је штету неопходно надокнадити, односно због неопходности да неко сноси трошкове настале штете правилима одштетног права² врши се алокација ризика и утврђује ко подноси терет настале штете. Правним правилима се превентивно делује на могућност настанка штетних догађаја, односно креирају подстицаји потенцијалним починиоцима шете, али и појединцима који се могу наћи у полагају оштећеног. Настанку штетног догађаја својим понашањем могу допринети једна или друга страна, односно и једна и друга страна. Колико је свака од њих својим чињењем или нечињењем утицала на то да до штетног догађаја дође и да ли је одговорна за то, може се увидети утврђивањем одговорности. Одговорност³ подразумева да свако ко се не понаша у складу са правилима која у су датом друштву прихваћена мора сносити последице. Бити одговоран значи бити подложен праву. Понашање које није у складу са правилима подразумева одговорност за ефекте које условљава. Управо су ефекти и последице које одређено понашање условљава од кључног значаја приликом утврђивања да ли је дато понашање било у складу са правом или не.

Из угла законодавца одговорност је средство којим се врши прерасподела последица штетног догађаја,⁴ а основни циљ одговорности и закона који је регулишу јесте обештећење жртава које су неправедно претрпеле штету и одвраћање од поновних повреда које би изазвале даље штете.⁵

1. ЕКОНОМСКИ МОДЕЛИ ОДГОВОРНОСТИ

Уколико је до штете дошло, а приватни договор између починиоца штете и оштећеног отежавају или спречавају високи трансакциони

² Одштетно право дефинише услове под којима је нека особа овлашћена да захтева накнаду штете, уколико захтев за накнадом није заснован на уговорној одговорности за штету. Више у: Више о томе у: Hans-Bernd Schäfer, „Tort Law General“ у: Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Civil Law and Economics*, Volume II. *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 807 p. ISBN 1 85898 985 X, 569.

³ У свакодневном животу одговорност се може јавити као морална, политичка, правна и слично. Правна одговорност подразумева да су прекршене правне норме, а зависно од права која су поврђена, односно од области у којој је дошло до повреде норми, правна одговорност се може посматрати као грађанска (коју посматрамо као уговорну или деликтну), кривична и друге. Кривична и грађанска одговорност су различите врсте одговорности које за основ могу имати исти догађај.

⁴ Више о томе у: М. Караникић, Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009, 25.

⁵ Видети више у: Julius Sher Xern Yee, *An Economic Analysis of the Liability of credit rating agencies: A positive inquiry from a Kaldor-Hicks efficiency perspective*, <http://discovery.ucl.ac.uk/1553296/1/1%20Yee%20FINAL.pdf>

трошкови, применом правила одштетног права ствара се обавеза починиоцу штете да трошкове које је екстернализовао интернализује.

У економији су развијени модели одговорности за штету у оквиру кога се анализира објективна и субјективна одговорност починиоца штете.⁶ *Објективна одговорност* представља одговорност која може бити заснована без обзира на кривицу одговорног лица. Израз објективна одговорност усталио се у правној теорији и пракси, иако законодавац говори о одговорности без обзира на кривицу. У правној теорији се може наићи на ставове да претпоставке на којима може бити заснована одговорност могу бити објективне, али да сама одговорност не може бити објективна.⁷ Објективна одговорност у нашем праву испољава се у свом основном виду као одговорност од опасне ствари или опасне делатности, као и у изведеним облицима одговорности за ствари са недостатком, одговорност ималаца власника моторних возила за коју су претрпела трећа лица у случају удеса, одговорност државе за штету од јавних демонстрација и манифестација, терористичких аката и сл. Облици објективне одговорности предвиђени су и регулисани ЗОО.⁸

Субјективна одговорност заснована је на кривици⁹ починиоца штете за насталу штету. Појам кривице није јасно дефинисан, ни законски одређен. Међу теоретичарима који за предмет своје анализе имају кривицу указано је на постојање свести о одговорности за сопствене поступке, али није јасно дата дефиниција шта све појам кривице обухвата.

Закон кривицу степенује према интензитету на *намеру* (умишљај) или *непажњу* (нехат). Када је штетна радња причињена свесно и намерно, са жељом да се причини штета у питању је *директна* намера. Ако је штетник свесно и намерно починио штетну радњу, али није за циљ имао и саму штету реч је о *евентуалној* намери. Непажња постоји када је штета настала као последица непажње или ненемерног поступања починиоца штете. Члан 154.

⁶ *Субјективна* одговорност, односно одговорност по основу кривице према Јакову Радишићу представља основно правило у савременом праву, док је *објективна* одговорност изузетак, без обзира на њен практичан значај и опсег. Више о томе у: Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004, 194.

⁷ Став Михајла Вуковића у: М. Караникић, Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, 10.

⁸ *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;

⁹ Кривица оштећеног се у нашој правној теорији посматра као околност за искључење или ограничење одговорности за причињену штету. Више о томе у: Ј. Радишић, *op. cit.* 233-235.

став 1. ЗОО предвиђа обавезу накнаде штете, уколико починиоц штете не докаже да је настала без његове кривице. Законом се кривица за штету претпоставља, што значи да је терет доказивања да кривица не постоји на самом штетнику. Доказивањем и утврђивањем кривице установљава се одговорност починиоца штете и оштећеног. Одговорност за штету може бити приписана починиоцу штете, оштећеном али може бити и сразмерна, односно пропорционална, што је основа за накнаду настале штете.

Теоретичари економске анализе права развили су економске модели одговорности који се могу посматрати као *унилатерални* и *билатерални*. У првом случају, код унилатералног модела одговорности, мере пажње може да преузима једна страна, починилац штете или оштећени. Да ли ће, и која од страна предузимати мере пажње којима би се штетни догађаји или настанак штета смањило, условљено је подстицајима, односно правилима одштетног права. У анализи унилатералног модела полазимо од претпоставке да мере пажње предузима починилац штете. Предузимање пажње подразумева ангажовање ресурса од стране починиоца штете чијим би трошењем остварена пажња била на вишем нивоу. Повећани ниво пажње води смањењу вероватноће настанка штете, али и величине, односно новчане вредности штете.

Суштина економских модела јесте у утврђивању врста одговорности којима се новчани износи штета могу смањити, чиме би се укупни трошкови штете минимизирали. Применом економских модела одговорности на поједностављен начин утврђују се ефекти примене појединих подстицаја и утврђује ниво пажње који условљава најниже укупне друштвене трошкове. Укупне друштвене трошкове чине трошкови предострожности, односно предузетих мера пажње и очекиване вредности штете. Очекивана вредност¹⁰ штете представља производ новчаног израза штете и вероватноће њеног наступања. Ако са $p(x)$ обележимо вероватноћу настанка штете, са $A(x)$ новчани износ настале штете, очекивана вредност штете $D(x)$ једнака је њиховом производу, односно $p(x) \cdot A(x)$. Укупни трошкови чијој се минимизацији тежи могу се изразити

$$\min TC = x + D(x).$$

У условима билатералног модела обе стране могу да предузимају пажњу, што значи да могу да улажу у своју безбедност, односно повећање нивоа пажње и предострожности и тиме смање могућност настанка штетних

¹⁰ Примена појма очекивана вредност указује на то да се не може са сигурношћу знати да ли ће до штете доћи и колика ће она бити. Појам очекивана не указује на то да се штети надамо и очекујемо је, али да у складу са тим колико пажње предузимамо, може увидети вероватноћа њеног настанка, као и њен обим и новчани израз.

догађаја. Повећан ниво пажње подразумева повећана улагања времена, новца и других ресурса. Претпоставка од које се пошло у унилатералном моделу предострожности подразумевала је предузимање мера пажње само једне од страна у штетном догађају, починиоца штете или штетника. Утврђивање одговорности засноване на оваковој претпоставци јесте значајно, али су за насталу штету врло често одговорне обе стране, те је и предузимање пажње обеју страна реалније и прихватљивије. Коа пример може нам послужити реална животна ситуација. Ако пођемо од претпоставке да је до настанка штете дошло у саобраћајној незгоди у којој је аутомобил ударио пешака, за адекватну накнаду штете неопходно је утврдити одговорност возача (да ли је возио у складу са свим правилима која регулишу област саобраћаја и управљања моторним возилом, понашао се онакао као се понаша разуман човек), али и одговорност пешака који је због неправилног прелажења улице или других разлога такође, могао да допринесе настанку штетног догађаја. Утврђивањем одговорности сваке од страна утврђује се основа за алокацију трошкова који су поводом штетног догађаја настали.

Функција трошкова у билатералном моделу, који подразумева предузимање пажње од стране починиоца штете и оштећеног има облик

$$SC = w_v x_v + w_i x_i + p(x_v, x_i) A$$

Предузимање пажње обеју страна водиће смањивању укупних трошкова штетних догађаја. У случају не постојања одговорности починиоца штете не постоји разлика у односу на унилатерални модел одговорности.

Приликом предузимања пажње најпре се инвестира у мере које ће имати највећи ефекат на смањење ризика од настанка штета, а касније и у мере које су мање ефикасне. То указује да пажња има опадајућу маргиналну корист у смислу смањења ризика.

У односу трошкова и користи од предузетих мера пажње неопходно је утврдити ефикасан ниво. Ефикасан ниво пажње је ниво на коме је трошак повећане пажње (маргинални трошак) изједначен са смањењем трошка очекиване штете (маргинална корист).¹¹ Новчана јединица уложена у повећање нивоа пажње изнад нивоа ефикасне пажње, смањује очекивану штету за мање од једне новчане јединице, што води порасту укупних друштвених трошкова. *Израчунавањем првог извода укупних трошкова можемо добити математички израз ефикасног нивоа пажње.*

$$SC = wx + p(x)A$$

¹¹ А. Мојашевић, Економска анализа накнаде штете, Правни факултет Универзитета у Београду, *магистарска теза*, 2009, 114.

$$w = -p(x^*)A$$

Анализа унилатералног модела предострожности подразумева предузимање мера пажње од стране оштећеног (у случају када не постоји одговорност починиоца штете), али и починиоца штете, с обзиром на то да његово понашање одређује *вероватноћу* и *интензитет* настанка несреће.¹² Уколико не постоји одговорност починиоца штете за насталу штету, он неће имати подстицаја за предузимањем мера пажње. То указује на неопходност предузимања мера пажње од стране оштећеног, који ће предузимати пажњу све док се не изједначе гранични трошкови са граничним користима. Претпоставка да оштећени не може да оствари накнаду јер не постоји одговорност починиоца штете, указује на то да оштећени интернализује маргинални трошак предузимања мера пажње, што води постизању ефикасног нивоа пажње.

Поред не постојања одговорности анализом се утврђује накнада штете у случају објективне одговорности починиоца штете. У овом случају трошкове штете екстернализује оштећени, а интернализује починиоц штете. Због чињенице да сноси последице свог понашања што подразумева накнаду настале штете, починиоц штете предузима мере којима остварује ефикасан ниво пажње. Утврђивањем одговорности починиоца штете оштећени бива ослобођен одговорности, те је његов ниво пажње једнак нули, односно он не предузима никаква мере пажње којима би штета могла превентивно да буде смањена.

Примена правила које прописује објективну одговорност починиоца штете и право на потпуну накнаду оштећеног, води екстернализацији трошкова штете од стране оштећеног, и узрокује интернализацију трошкова штете од стране починиоца штете. У условима примене објективне одговорности оштећени с обзиром на то да не сноси губитке, не предузима никакве мере предострожности, док је починиоц штете суочен са одговорношћу и накнадом укупне штете, спреман на предузимање ефикасног нивоа пажње.¹³

Чињеница да снесе последице свога понашања и одговорност за насталу штету починиоца штете и оштећеног подстиче на повећање нивоа пажње и предострожности и обрнуто, уколико неће бити одговорни за насталу штету, ни сносити трошак њене накнаде, нико од њих неће бити спреман да превентивно улаже додатне напоре и ресурсе у циљу спречавања настанка штетног догађаја.

¹² А. Мојашевић, *op. cit.*, 2009, 117.

¹³ А. Мојашевић, *op. cit.*, 120 и даље.

2. НАКНАДА ШТЕТЕ

Причињену штету неопходно је надокнадити. Накнада се без обзира на то која је штета начињена (материјална, нематеријална) своди на њен новчани израз, односно новац. Материјална штета представља штету на имовини оштећеног, односно оном што оштећени има, док нематеријалном штетом бива повређено оно што оштећени јесте, његово име, част, углед, достојанство и сл.¹⁴ Материјална штета се може јавити као стварна штета или измакла добит. Накнада материјалне штете остварује се натуралном реституцијом и новчаном реституцијом, односно новчаном надокнадом штете. Суштина натуралне реституције је у враћање у пређашње стање, односно стање пре штетног догађаја. Нашим правом даје се предност натуралној реституцији, а уколико је немогуће стање вратити у пређашње, неопходно је проценити штету и надокнадити процењени износ.¹⁵ Процена и накнада штете једноставнија је у случају материјалне штете, док је у случају нематеријалне штете, због чињенице са су бол и страх субјективне категорије својствене сваком човеку, као и то даи људи различито доживљавају, тешко мерљиви и квантитативно одредиви. Накнада нематеријалне штете остварује се моралном и новчаном сатисфакцијом. Без обзира на облик и обим штете накнада треба да обезбеди оштећеном да после надокнаде оштећени буде у полошају каквом би био да до штет није ни дошло.

Од момента настанка штете до остваривања права на њену накнаду, односно исплату накнаде оштећенима, протекне одређено време у коме је новчани износ остварене накнаде под утицајем инфлације и затезних камата. Из тог разлога је нужно у условима инфлације извршити ревалоризацију¹⁶ вредности накнаде, односно обрачунати затезну камату¹⁷ уколико дође од

¹⁴ Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, 2004, 199.

¹⁵ О. Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 516.

¹⁶ У нестабилним привредама због присуства инфлације долази до смањења вредности новца. Ако је од настанка штете до пресуде и исплате накнаде штете протекао одређени временски период у коме је дошло до *пада* куповне вредности новца, неопходно је извршити *ревалоризацију* како би се одржала реална вредност новца. У циљу одржавања реалне вредности новца примењују је *златна* или *индексна* клаузула. Више о томе у: Ј. Радишић, *op. cit.*, 65.

¹⁷ Уколико је у исплати новчаног дуга из уговорног или вануговорног односа дошло до кашњења настаје обавеза дужника (починиоца штете) да повериоцу (оштећеном) исплати *затезну* камату. Функција затезне камате се различито тумачи. Према једном схватању затезна камата новчана казна за неуредне дужнике, те се сматра средством појачања уговорне дисциплине дужника, док је према другом тумачењу затезна камата накнада за штету која је настала због дужникове доцње. Затезна камата регулисана је Законом о затезној камати „Сл. гласник РС“ бр. 119/2012.

застоја у исплати накнаде.¹⁸ Затезна камата за правичну накнаду нематеријалне штете почиње да тече од дана доношења првостепене пресуде којом је накнада одређена. Из тог разлога је нужно да суд приликом одређивања правичне накнаде узме у обзир и време које протекне од настанка шете до доношења пресуде, како се не би догодило да због монетарних фактора и тржишних промена остварена накнада не буде у складу са насталом штетом.¹⁹

ЗАКЉУЧАК

Економским моделима економска анализа права испитује ефекте различитих облика одговорности за непажњу. Облици одговорности за непажњу разликују се у зависности од тога да ли се утврђује кривица починиоца штете или и кривица оштећеног. Свака од страна у штетном догађају може својим понашањем да допринесе настанку штете, или да спречи њен настанак и минимизира будућу штету. Одговорност за штету може бити приписана починиоцу штете, оштећеном али може бити и сразмерна, односно пропорционална, што је основа за накнаду настале штете. Различити облици одговорности имају различите ефекте на трошкове штете, а циљ економске анализе права и модела одговорности је минимизовање укупних друштвених трошкова штете. У том смислу инсистира се на превенцији штетних догађаја, али и примени облика одговорности у складу са захтевима сваког конкретног случаја.

¹⁸ Стопа затезне камате утврђује се на основу стопе раста цена на мало (изражене у коефицијентима а утврђене од стране статистичких организација) и фиксне стопе од 0,5% месечно примењене на стопу раста цена на мало. Примена затезне камате предвиђена је и чланом 277. ЗОО. Више о затезној камати у: З. Петровић, Н. Петровић, Накнада због смрти, телесне повреде или оштећења здравља, Југословенски преглед, 2008, 105.

¹⁹ Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Тридесет година примене Закона о облигационим односима у судској пракси, бр. 3/2008. 67 и даље.

Danijela PETROVIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Pristina temporarily settled in Kosovska Mitrovica

LIABILITY FOR THE DAMAGE AND ITS COMPENSATION

Summary

Economic models of economic analysis of law examine the effects of different forms of accountability for negligence. The forms of liability for negligence vary depending on whether the guilt of the perpetrator or the guilt of the injured party is determined. Each party in a harmful event can, by its behavior, contribute to the occurrence of the damage, or to prevent its occurrence and minimize future damage. Liability for damages can be ascribed to the perpetrator of the damage, the injured party, but it may also be proportional, which is the basis for compensation for the occurred damage. Different forms of liability have different effects on the cost of the damage, and the objective of economic analysis of rights and liability models is to minimize total social costs of the damage. In that sense, there is insisting on the prevention of harmful events, but also on the application of a form of liability in accordance with the requirements of each particular case.

Keywords: liability, unilateral and bilateral model of liability, compensation of damages.

ЛИТЕРАТУРА

О. Антић, Облигационо право, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012;

Ј. Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004;

Bouckaert, Boudewijn and De Geest, Gerrit (eds.), *Encyclopedia of Civil Law and Economics*, Volume II. *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, 807 p. ISBN 1 85898 985 X;

М. Караникић, Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2009;

М. Караникић, Мирић, *Објективна одговорност за штету*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2013;

А. Мојашевић, Економска анализа накнаде штете, Правни факултет Универзитета у Београду, *магистарска теза*, 2009;

З. Петровић, Н. Петровић, Накнада због смрти, телесне повреде или оштећења здравља, Југословенски преглед, Београд, 2008;

Билтен судске праксе Врховног суда Србије, Тридесет година примене Закона о облигационим односима у судској пракси, бр. 3/2008;

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;

Законом о затезној камати „Сл. гласник РС“ бр. 119/2012.

Горан ТИШИЋ*

347.425

НЕКЕ РЕФЛЕКСИЈЕ О КОНЦЕПТУ ПОВЕРИЛАЧКЕ ДОЦЊЕ

Апстракт: У овом прилогу аутор пружа осврт на теоретске и законодавне напоре у правцу концептуализације модерног појма поверилачке доцње. Еволуција овог концепта је демонстрирала тенденцију његовог ширења од тзв. доцње у пријему испуњења до поверилачке доцње засноване на тзв. несарадњи повериоца у испуњењу. У овом контексту, модеран концепт пружа широк оквир за примену института поверилачке доцње на случајеве несарадње повериоца у испуњењу, укључујући и случај непријема испуњења. Ипак, анализа је такође показала да неке нове тенденције у правцу даље ширења овог концепта нису оправдане.

Кључне речи: доцња, доцња повериоца, *Mora creditoris*.

1. УВОД

Опште начело правне сигурности, као једно од темељних принципа правног поретка у домену облигационог права и облигационих односа манифестује се кроз захтев за стабилношћу, извесношћу и нормалном одвијању ових односа. Како је сваки облигациони однос један процес и као такав имплицира извесну динамику и развој од настанка па до престанка, то током егзистенције сваког облигационог односа постоји и потреба за његовим несметаним (неспутаним) одвијањем (током) од његовог заснивања до окончања. При томе, имајући у виду да је суштина облигационог односа у испуњењу обавезе, тј. извршењу чинидбе (престације) на коју је поверилац овлашћен, а коју му дужник дугује, основни правац развоја сваког облигационог односа диктиран је циљем да се повериоцу обезбеди дугована чинидба (престација), односно њен резултат.¹ Сваки облигациони однос је утолико подређен овом циљу, код сваког облигационог односа се њему стреми, услед чега главни и најнормалнији начин престанка облигационих односа јесте испуњење. Путем испуњења поверилац долази до онога што је овлашћен да потражује (захтева) и тиме се остварује циљ (сврха) сваког

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, goran.tisic@pr.ac.rs.

¹ Да ли је циљ облигационог односа извршење саме чинидбе или остварење резултата чинидбе у директној је зависности од тога да ли је у питању тзв. обавеза средстава или је реч о тзв. обавези резултата.

облигационог односа. Утолико испуњење обавезе није ништа друго до према предмету, времену и месту уредно извршење дуговане чинидбе (престације) од стране дужника повериоцу.²

Да би дошло до испуњења, да би дужник испунио обавезу, односно извршио дуговану чинидбу (престацију) и тиме, с једне стране задовољио интерес повериоца, а с друге стране се ослободио обавезе и изашао из облигационог односа, понекад није потребно никакаво садејство или сарадња повериоца у испуњењу. Постоје наиме и такве облигационе чинидбе које се могу предузети и без садејства повериоца и које понекад не изискују чак ни повериочеву непосредну радњу пријема.³ Ово из разлога што је испуњење у ствари остварење одређеног подесног ефекта, при чему је у суштини небитно на који начин и којим средством се одговарајући ефекат постиже.⁴ Такав је нпр. случај код новчане обавезе где се исплата врши уплатом новчане суме на банковни рачун повериоца.⁵ Овде никакво садејство повериоца у испуњењу није потребно. Али такви случајеви, где уопште није неопходно садејство повериоца у испуњењу, у пракси су врло ретки. Далеко су бројнији и чешћи случајеви, где је за испуњење обавезе, односно реализацију дуговане чинидбе потребно и извесно садејство или сарадња повериоца. Међутим, на питање да ли поверилац код испуњења треба да сарађује није могућ универзалан одговор, већ то зависи од врсте обавезе која треба да се испуни. У теорији је широко заступљен став да се негативне обавезе (обавезе на нечињење или пропуштање) увек могу испунити без било каквог садејства или сарадње повериоца.⁶ Кад су, пак, у питању позитивне обавезе (обавезе давања или чињења) ситуација може бити различита: некад се такве обавезе испуњавају без било какве сарадње или садејства повериоца, али, у далеко већем броју случајева, односно чешће, кад су у питању обавезе давања и чињења, за испуњење обавезе од стране дужника је неопходно и извесно садејство или сарадња повериоца.⁷ Управо такви случајеви где је за испуњење обавезе неопходна и извесна партиципација, учешће, садејство или сарадња повериоца у испуњењу, представљају фактички контекст у којем се примењује правни институт познат под називом *поверилачка доцња*, *доцња повериоца* или *mora creditoris*.

² Theo Guhl, Hans Merz, Max Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972, 211.

³ Victor Hasenöhr, Das Osterreichische Obligationenrecht, II Bd., 2. Auflage, Manz, Wien, 1899, 348.

⁴ Josef Kohler, Annahme und Annahmeverzug, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. 17 = N.F Bd. 5, 1879, 261.

⁵ Богдан Лоза, Облигационо право, Општи дио, Службени гласник, Београд, 2000, 68.

⁶ T. Guhl, H. Merz, M. Kummer, op. cit. 211.

⁷ Исто.

2. О КОНЦЕПТУ ПОВЕРИЛАЧКЕ ДОЦЊЕ

Поверилачка доцња је правни институт који фигурира само код оних облигационих односа где постоји потреба за сарадњом повериоца у испуњењу дужникове обавезе. Тамо где никакве потребе за сарадњом повериоца у испуњењу нема, нема места ни примени правног института поверилачке доцње. Поверилачка доцња је у таквим случајевима незамислива.⁸

Код поверилачке доцње се феноменолошки ради о ситуацији где остварење циља због је заснован облигациони однос, тј. испуњење обавезе, односно извршење дуговане чинидбе (престације) од стране дужника бива осујећено радњом, држањем, односно понашањем самог повериоца, односно услед узрока који се налази на поверилачкој страни, тј. који је искључиво приписив повериоцу.⁹ До тога у најширем смислу долази кад изостане тзв. повериочева сарадња, односно учешће повериоца у испуњењу дужникове обавезе када је таква његова сарадња односно учешће у испуњењу потребно. Стога се може рећи да поверилац долази у доцњу кад са своје стране ускрати за остварење чинидбе потребно садејство или сарадњу.¹⁰

Ово осујећење испуњења дужникове обавезе од стране повериоца, те као последица тога повериочево долажење у доцњу, није, међутим, нешто што је уобичајено, типично, и што се често дешава. Напротив, у једном односу поверилац-дужник уобичајено је нешто друго: да поверилац удешава и обликује сопствени интерес на извршење престације и да евентуалне компликације у вези са испуњењем потекну махом од дужника.¹¹ Ова природна тенденција у облигационим односима је оно што оправдава већину институција облигационог права као што су принудно извршење, уговарање уговорне казне, разна друга средства обезбеђења испуњења обавезе, падање дужника у доцњу, и сл.¹² Међутим, понекад се може догодити да до осујећења испуњења дође из разлога који леже на поверилачкој страни. То

⁸ Упор: Friedrich Mommsen, *Die Lehre von der Mora*, Beiträge zum Obligationenrecht, 3. Abteilung, Schwetschke und Sohn, Braunschwig, 1855, 137.

⁹ Упор: Antonio Cabanillas Sanchez, *La mora del acreedor*, Anuario de derecho civil, n° 4, 1987, 1341.

¹⁰ Leo Rosenberg, *Der Verzug des Gläubigers*, Jherings Jahrbuch für die Dogmatik des bürgerlichen rechts, Bd. 43=2.F.Bd. 7, 1901, 141.

¹¹ Упор: Felipe Osterling Parodi, Alfonso Rebaza Gonzales, *Mora del Acreedor. Fundamentos y alcances sobre los mecanismos de liberacion*, 1. <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Mora%20del%20acreedor.pdf>.

¹² Исто.

осујећење испуњења за које је одговоран поверилац принципијелно може наступити на два начина: услед тога што поверилац у право време и на правом месту не прихвати (прими) уредну чинидбу коју му нуди дужник и тиме спречи да ефекат испуњења буде благовремено остварен или услед тога што поверилац ускрати његову сарадњу тако што пропусти извесне тзв. акте садејства где без ових дужник не може да започне или настави са започетим извршењем дуговане чинидбе, односно са испуњењем обавезе.¹³ Пошто се узрок неиспуњења дужникове обавезе, односно неизвршења дуговане чинидбе (престације) у оба случаја налази на поверилачкој страни, говори се у оба случаја о тзв. *поверилачкој доцњи (mora creditoris)*.¹⁴

Овако схваћен концепт поверилачке доцње новијег је датума. Све до друге половине 19 века, поверилачка доцња је била схваћена знатно уже. Према до тада важећем схватању, чији се темељи могу наћи још у римском праву, а које је разрађивано у пандектној теорији и које се отуда може назвати и традиционалним, поверилачка доцња се дефинисала и поимала као доцња повериоца у пријему понуђеног испуњења (мога accipiendi). Ово схватање је полазило од извесног паралелизма и симетрије између доцње повериоца и доцње дужника, те пошто је ова потоња била формулисана као доцња

¹³ Jörn Eckert, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2005, 168.

¹⁴ Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Auflage, C.H.Beck, München, 1976, 315. Заправо, кад се узрок неиспуњењу обавезе налази на страни повериоца, то, у начелу, зависно од специфичног чињеничног контекста, може водити примени двеју врста правила. Једну врсту представљају правила о немогућности испуњења (немогућност за коју је одговоран поверилац), док другу чине правила о тзв. поверилачкој доцњи (mora creditoris). По савременом схватању та два института функционишу под различитим претпоставкама, због чега се сматра да они стоје у међусобном односу искључивости. Где има места примени правила о немогућности ту се не могу применити правила о поверилачкој доцњи, и обрнуто. Наиме, услед понашања повериоца дужниково испуњење обавезе на чинидбу може или да буде учињено сасвим немогућим или да буде привремено спречено, односно одложено. Другим речима, понашање повериоца може представљати трајну или привремену препреку испуњењу. У првом случају, кад понашање повериоца има за последицу дефинитивну и трајну немогућност испуњења, односно трајну немогућност чинидбе, ступају у дејство правила о немогућности испуњења. У другом, пак, случају, кад понашање повериоца представља привремену препреку испуњењу, тј. кад има за последицу тек одлагање испуњења обавезе при чему дугована чинидба начелно остаје и даље накнадно могућа и остварива, примењују се правила која творе институт тзв. поверилачке доцње, тј. правила која изазивају особене правне последице, другачије (и по правилу блаже) од оних које наступају у случају немогућности испуњења. Упор: Helmut Koziol, Rudolf Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001, 59. За исцрпно разматрање овог односа видети до данас непревазиђену студију: Paul Oertmann, Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug, Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 116, 1918, 1-50.

дужника у испуњењу дуговане чинидбе (*mora solvendi*), резоновало се да поверилачка доцња не може значити ништа друго до повериочеву доцњу са пријемом понуђене чинидбе (*mora accipiendi*).¹⁵ Отуда се по овом традиционалном становишту феномен поверилачке доцње фактички исцрпљивао у случају повериочевог неприхватања, односно тзв. неоправданог одбијања понуђене чинидбе.¹⁶ По том погледу, држало се да поверилац долази у доцњу увек онда, али и само онда, кад он „без оправданог разлога“ (*sine iusta causa*) не прихвати (не прими) понуђену чинидбу дужника. При томе, претежно се узимало да ово повериочево неприхватање, односно „неоправдано одбијање“ понуђеног испуњења подразумева заправо кривицу повериоца, па је стога поверилачка доцња била дефинисана као повериочев скривљен непријем понуђене чинидбе, односно као скривљено неприхватање испуњења. Следствено, само у наведеном случају се и признавало да повериоца погађају типичне и особене последице које се везују за поверилачку доцњу.¹⁷

Дакле, две су кључне тезе обележавале ово традиционално поимање поверилачке доцње: 1) да се појавно (феноменолошки) доцња повериоца ограничава на повериочев непријем понуђеног испуњења, и 2) да непријем испуњења од стране повериоца мора бити скривљен.

Обе ове тезе су у другој половини 19. биле подвргнуте снажној критици и одбачене од стране немачког професора Јозефа Колера у два знаменитим студијама.¹⁸ Прву тезу, Колер је оборио скренувши пажњу навођењем бројних примера да се феномен поверилачке доцње не може свести само на ситуацију повериочевог ускраћивања учешћа у пријему чинидбе (испуњења), већ да се поверилачка доцња може појавити и у другим случајевима где услед ускраћивања сарадње повериоца може доћи до неиспуњења дужникове обавезе.¹⁹ И другу тезу, да је за доцњу повериоца потребна кривица, Колер је одбацио као „сасвим неодрживу“,²⁰ заступајући став да међу условима за наступање поверилачке доцње не мора нужно конфигурирати и кривица, те да се поверилачка доцња може и треба појмити

¹⁵ Вид: Carl Otto Von Madai, *Die Lehre von der Mora*, Schwescke und Sohn, Halle, 1837, 227-230.

¹⁶ Овај приступ је одликовала с једне стране недовољна издиференцираност поверилачке доцње у односу на доцњу дужника, те утолико и тежња да се ова дефинише по принципу симетричности и извесне аналогije са доцњом дужника, а с друге стране, редукција њене примене те идентификовање само са једним видом њеног испољавања.

¹⁷ Упор: С. Madai, *op. cit.* 227. и даље.

¹⁸ Вид: J. Kohler, *op. cit.* 261 - 424; Josef Kohler, *Der Gläubigerverzug*, *Archiv für burgerlichen Recht*, Bd. 13, 1897, 149-295.

¹⁹ Упор: J. Kohler, *Annahme und Annahmeverzug*, 261-264.

²⁰ J. Kohler, *op. cit.* 400.

чисто објективно.²¹ Тиме је он, уистину, трасирао пут за изградњу модерног концепта поверилачке доцње, које је заступљено у многим савременим законодавствима. Велики део његових ставова о институту поверилачке доцње нашао је израз у одредбама Немачког Грађанског Законика (BGB), који је усвојио једну нову, ширу и уз то објективну концепцију поверилачке доцње. Благодареви, пак, непосредном и посредном утицају овог законика на друга савремена законодавства и теорију, обликовала се и тзв. „модерна“ концепција поверилачке доцње.

Модерно схватање концепта поверилачке доцње у основи се базира на Колеровим истраживањима и налазима. Оно за темељну пропозицију има тврдњу да се феномен поверилачке доцње не може свести на ситуације неприхватања пријема понуђене чинидбе од стране повериоца, јер би такво поимање овом институту поставило сувише уске оквире. Отуда се ни појмовно уобличење (концептуализација) поверилачке доцње не може свести на случај повериочевог неприхватања испуњења тј. непријема дуговане чинидбе, (премда тај случај несумњиво представља и данас као и прошлости најтипичнији вид несарадње повериоца која спречава дужника у извршењу дуговане чинидбе, тј. испуњењу обавезе). Фактичке ситуације у облигационим односима које институт поверилачке доцње (треба да) покрива и где (треба да) долазе до изражаја специфичне последице поверилачке доцње шире су од поменутих. Отуда, у савременом праву не може важити релација поверилачка доцња = доцња у пријему понуђене чинидбе. *Mora creditoris* и *mora accipiendi* нису синоними; први израз је појмовно (садржински) шири од другог. Сагласно томе, модерно становиште је да при дефинисању, односно концептуализацији поверилачке доцње треба узети у обзир не само случај повериочевог непријема чинидбе, као типичан случај несарадње повериоца у испуњењу који доводи до доцње повериоца, него и друге случајеве несарадње повериоца који спречавају дужника да испуни обавезу, а где такође наступају последице поверилачке доцње. Управо на темељу оваквог промишљања, односно полазног становишта, у модерном праву, тј. у новијем законодавству, конструисан је тзв. модеран појам или концепт поверилачке доцње, који се у најширем смислу своди на неку „несарадњу повериоца“, тј. изостанак сарадње повериоца у испуњењу дужникове обавезе када је такво његово учешће потребно.²² Ова нова

²¹ J. Kohler, *Annahme und Annahmeverzug*, 268-269. О томе нарочито: J. Kohler, *Der Gläubigerverzug*, 150.

²² Питање потребе за сарадњом повериоца у испуњењу је, међутим, врло комплексно, услед чега се и објашење правне природе ове сарадње, али и правно оправдање и објашење саме доцње повериоца као израза те несарадње компликује и усложњава. Његово дубље разматрање овом приликом није могуће, јер би нас одвело изван оквира овог рада. Ипак, треба напоменути да је реч о материји која је и у

теоријска перцепција института поверилачке доцње дошла је до изражаја у многим модерним законодавствима европских земаља. При томе, у неким је она имлицитно исказана, тј. може се уочити кроз системско сагледавање различитих законских одредби којима се уређује институт поверилачке доцње, док је у другима оваква шира конструкција поверилачке доцње и експлицитно законски формулисана.

По модерним законским формулацијама, поверилачка доцња се појмовно профилише с обзиром на два вида повериоачеве несарадње у испуњењу. Наиме, до доцње повериоца долази услед: 1) повериоачевог неприхватања (непријема), односно (неоправданог) одбијања понуђеног испуњења; и услед 2) повериоачеве несарадње у испуњењу у ширем смислу. Оваква „модерна“ конструкција института поверилачке доцње, при пут је дошла до изражаја у немачком BGB-у, који се у нормативном смислу, упоредноправно, може сматрати родоначелником овог концепта. Ипак, у овом законику овај концепт није у потпуности сублимисан, односно до тог степена апстрахован да би био и исказан кроз сажету законску формулацију. У овом законику модерно схваћен концепт поверилачке доцње, истина, није испољен непосредно, у виду једне експлицитне законске одредбе у којој би била дата дефиниција поверилачке доцње. односно формулисани случајеви у којима она наступа, али је, неспорно и несумњиво, да је такав концепт прихваћен, с тим што је он имплицитан, тј. системски концептуализован и

прошлости изазивала опречна и чак дијаметрално супротна мишљења, а и у савременој теорији се о томе још увек одвија жива дискусија. Дијапазон различитих мишљења одсликавају нпр. ставови да несарадња повериоца представља легитиман израз вршења његовог права; да је у питању кршење повериоачеве обавезе да се прими испуњење; да је у питању кршење особене обавезе – тзв. обавезе у сопственом интересу; да се код несарадње која доводи до доцње ради о кршењу нарочите дужности, односно терета (Obligenheit) која извире из начела савесности и поштења; да је у питању повреда дужности поступања у складу с начелом коректности страна у уговору; да се несарадњом повређује право или правно заштићени интерес дужника на либерацију; да се код несарадње ради о злоупотреби права; да је у питању абузивно невршење права; и сл. У основи ових различитих погледа леже заправо различита поимања самог облигационог односа и његове сложене природе и садржине, те улоге коју у њему имају његови субјекти, поверилац и дужник. За савремена становишта, са упућивањем, вид: Lilian C. San Martin Neira, *Sobre la naturaleza juridica de la cooperacion del acreedor al cumplimiento de la obligation*, (La posicion dinamica del acreedor en la relacion obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino tambien de cargas y deberes), *Revista de Derecho Privado*, n° 21, 2011, 273-325; Pamela Prado Lopez, *La inobservancia al deber de colaboracion del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual*, *Revista de derecho(Valdivia)*, Vol. XXIX, no 2, 2016, 59-83; Juan Espinoza Espinoza, *La mora*, *THEMIS – Revista de derecho*, no 68, 2016, 229-244; Ricardo Geldres Campos, *La cooperacion de los sujetos de la obligacion*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Winter, 2014, available at: https://works.bepress.com/ricardo_geldres/9/

уграђен у законик кроз неколико његових одредаба, што се особито да закључити пажљивијим анализирањем одредби §293. BGB и §295. BGB. У неким другим, доцнијим европским законодавствима тај концепт је и непосредно формулисан. Тако нпр. швајцарски OR изричито предвиђа да поверилац пада у доцњу када без оправданог разлога одбије пријем чинидбе која му је уредно понуђена, или када не изврши припремне радње које на њега падају, а без којих дужник не може да изврши своју обавезу.²³ Слично се изражава и италијански СС, по коме је поверилац у доцњи када без оправданог разлога не прихвати испуњење које му је уредно понуђено или не учини што је потребно да би дужник могао да испуни обавезу.²⁴ Такође, и по бугарском Закону о обавезама и уговорима (ЗЗД), поверилац је у доцњи кад неоправдано не прими од дужника предложено испуњење или не пружи неопходно садејство без којег дужник не може да испуни своју обавезу.²⁵ Занимљиво је да француско право дуго времена, практично све до недавно, није познавало слично уређење поверилачке доцње.²⁶ Тек најновијом реформом француског облигационог права из 2016. године,²⁷ у Француски Грађански Законик је унета посебна савремено формулисана одредба стилизована у духу других модерних кодификација. По тој формулацији кад поверилац по доспелости и без оправданог разлога одбије да прими испуњење које му се дугује или га спречи својом радњом, дужник га може

²³ Чл 91. Швајцарског OR. Упор: art.91. OR: „Le creancier est en demeure lorsqu’il refuse sans motif legitime d’accepter la prestation qui lui est regulierement offerte, ou d’accomplir les actes preparatoires qui lui incombent et sans lequeles le debiteur ne peut axecuter son obligation.“

²⁴ Чл. 1206. Италијанског СС. Упор: art. 1206. Codice Civile: „Il creditore e in mora quando, senza motivo legittimo, non riceve il pagamento offertogli nei modi indicati dagli articoli seguenti o non compie quanto e necessario affinche il debitore possa adempiere l’obbligazione (att.160).“

²⁵ Чл. 95. Бугарског ЗЗД. Упор: чл. 95. Закона за задлженита и договорите: „Кредиторт е в забава, когато неоправдано не приеме предложеното му от длжника изплнение или не даде необходимото сдествие, без което длжник не би могл да изплни задолжението си.“

²⁶ Још увек је у овом погледу незадовољавајућа ситуација и у шпанском праву, чији је Грађански Законик код уређења поверилачке доцње следио пример француског права, те исту уредио посредно, тј. једино у вези са консигнацијом. Упор: чл. 1176. Шпанског Грађанског Законика. Art. 1176. Codice Civile: „Si el acreedor a quien se hiciera el ofrecimiento de pago se negare sin razon a admitirlo, el deudor quedara libre de responsibilidad mediante la consignacion de la cosa debida.“

²⁷ Упор: Clement Francois, „Presentation des articles 1345a 1345-3 du nouveau paragraphe 2 „La mise en demeure du creancier“,La reforme du droit des contrats presentee par L’IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect3/para2-demeure-creancier/> приступљено: 18/09/2018.

ставити у доцњу са прихватањем или допуштењем извршења.²⁸

Сагласно овим модерним концепцијама и тенденцијама и наш Закон о облигационим односима (даље:ЗОО)²⁹ концептуализује поверилачку доцњу у сличном „дуалистичком маниру“. тј. настојећи да покрије поменута два вида испољавања повериочеве несарадње у испуњењу, акцентујући при том као примарни вид повериочеве несарадње (неоправдано) одбијање пријема испуњења, а потом наводећи и спречавање испуњења од стране повериоца као други вид поверилачеве несарадње. У том смислу, ЗОО прописује: „Поверилац долази у доцњу ако без основаног разлога одбије да прими испуњење или га својим понашањем спречи.³⁰ Ипак, чини се да наш ЗОО. код уређења поверилачке доцње није довољно прецизан. При појмовном одређењу поверилачке доцње ЗОО. недовољно јасно експлицира оба вида несарадње повериоца у испуњењу, односно фактичке ситуације где доцња повериоца може наступити. Ово се пре свега односи на други вид несарадње, коју ЗОО. и не именује као несарадњу повериоца, како се то претежно чини у савременој теорији и упоредном законодавству. Међутим, нема сумње да је и домаћи законодавац, нормирајући да поверилац долази у доцњу и ако својим понашањем спречи испуњење, управо под тиме мислио на тзв. несарадњу повериоца у ширем смислу као тзв. други вид повериочеве несарадње у испуњењу.³¹

Сходно наведеним модерним законским решењима може се на један уопштен начин констатовати да поверилац доспева у поверилачку доцњу у двама хипотезама: 1) када неоправдано (без оправданог разлога) одбије пријем испуњења обавезе (извршење дуговане чинидбе, престације) које му је понуђено или 2) када са своје стране спречи испуњење тиме што не предузме потребне радње (радње сарадње), а без којих дужник не може да испуни своју обавезу. Разликовање ове две ситуације заснива се на изгледу и степену повериочеве сарадње у испуњењу услед чијег изостајања долази до доцње. У првој хипотези, захтевана сарадња повериоца се састоји једино у пријему понуђене чинидбе, док се у другој хипотези садејство, односно сарадња повериоца појављује у ширем обиму и огледа у предузимању тзв. припремних или помоћних радњи. У оба случаја, пак, изостајање ових радњи, односно ускраћивање сарадње од стране повериоца доводи до његове доцње.

²⁸ Art. 1345. Al. 1. Code Civil: „Lorsque le creancier, a l'echange et sans motif legitime, refuse de recevoir le paiement qui lui est du ou l'empêche par son fait, le debiteur peut le mettre en demeure d'en accepter ou d'en permettre l'execution.“

²⁹ Закон о облигационим односима - ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 28/78, 39/85, 45/89, као и Службени лист СРЈ, бр. 31/93.

³⁰ чл. 325. ЗОО.

³¹ У поређењу са страним законодавством у питању је тек нешто другачије редигована и стилизована одредба.

Међутим, сарадња повериоца у испуњењу је широк појам, услед чега и институт доцње повериоца покрива различите ситуације где изостаје повериочева сарадња у испуњењу, тј. где поверилац ускрађује његово неопходно учешће у извршењу чинидбе дужника.³² Наиме, код облигационих односа, где је ради испуњења обавезе потребно (и) садејство или партиципација повериоца, ова партиципација повериоца у извршењу обавезе дужника може имати различит изглед и степен, односно обим, што зависи од врсте облигационог односа и природе обавезе која терети дужника (тачније од природе и карактера саме чинидбе која је предмет обавезе). Сходно томе, како захтевано саучешће, садејство, односно сарађивање повериоца у испуњењу може варирати, тако се и несарадња повериоца која може довести до његове доцње може испољити у различитим видовима.

Најтипичнији, најчешћи и најочигледнији вид несарадње повериоца у вези са испуњењем обавезе од стране дужника огледа се у повериочевом неприхватању или одбијању дужникове понуде испуњења обавезе, тј. дуговане чинидбе (престације) чије извршење му дужник нуди. Неприхватање (непријем) испуњења (исплате) обавезе, односно дуговане чинидбе (престације) постоји кад поверилац не прихвата од дужника понуђену престацију. Зато кад поверилац не прихвати понуђену чинидбу, односно неоправдано (неосновано) одбије њен пријем, он запада у доцњу са пријемом, односно у поверилачку доцњу. Тако нпр. ако је у питању новчани дуг где се обавеза дужника састоји у исплати одређене новчане суме, поверилац ће пасти у доцњу одбијањем да прихвати новчану исплату.

Осим ове несарадње повериоца која се практично јавља у финалној фази испуњења обавезе, односно извршења чинидбе, у виду непријема понуђене чинидбе, повериочева несарадња у испуњењу се може испољити и у ранијој фази, пре саме радње прихватања дуговане чинидбе, а због које несарадње се поверилац такође може наћи у доцњи.³³ Поверилац се, наиме, може наћи у доцњи и кад не предузме одређене тзв. припремне радње које су неопходне да би дужник уопште могао да започне са ефективним испуњењем. Наиме, у многим и значајним случајевима је већ за саму радњу извршења чинидбе, а не тек за пријем извршене чинидбе, потребна више или мање обимна сарадња повериоца.³⁴ Код различитих уговорних односа и у зависности од природе дуга те радње могу имати различит изглед. У сваком случају оне претходе времену кад је потребно да дужник изврши дуговану

³² Cecile Robin, *La mora creditoris*, *Revue trimestrielle du droit civil*, no. 3, 1998, 610.

³³ Ангел Калаиджиев, *Облигационно право*, *Обшца част*, 7 издание, Сиби, Софиа, 2016, 412.

³⁴ Упор: P. Oertmann, *op. cit.* 18.

чинидбу и имају за циљ да припреме и омогуће дужнику испуњење, тј. извршење дуговане чинидбе. Због овакве њихове сврхе, такве повериочеве радње представљају тзв. *припремне радње* или *помоћне радње*. Другим речима, саучешће, садејство или сарадња повериоца се може састојати и у томе да се предузму извесне радње које припремају и омогућују испуњење.³⁵ Примери таквих радњи су, рецимо, кад се дужник обвезује на предузимање одређеног рада или одређене услуге на непокретности или по упутствима повериоца при чему поверилац треба да му обезбеди приступ непокретности или да му да потребна упуства да би овај могао да започне са радом, односно пружањем услуге. Тако рецимо адвокат не може да заштити интересе свога клијента, ако му овај није обезбедио потребна документа.³⁶ Ту спада и вршење права избора код алтернативних обавеза или издвајање предмета који се дугују из једне веће количине, кад право на избор или издвајање припада повериоцу, и сл.³⁷ Све док ове и сличне радње од стране повериоца изостају, не може ни испуњење обавезе од стране дужника да започне или ако је започето не може да напредује или да се оконча. Такав може бити случај нпр. код уговора о делу кад наручилац одеља треба да се појави код кројача на прву или другу пробу, па то не учини.³⁸ Отуда је код таквих чинидби са неопходном сарадњом повериоца замислива једна повреда чинидбе, тиме што изостајање поверичеве сарадње већ спречава радњу испуњења дужника или спречава за испуњење потребно „дејство“ чинидбе.³⁹ Према томе, због значаја ових радњи за испуњење обавезе од стране дужника, и њихово непредузимање од стране повериоца такође може имати негативне реперкусије на извршење дуговане чинидбе од дужника, као што може имати и сам непријем чинидбе, а то оправдава принципијелно становиште модерног права да и њиховим непредузимањем, поверилац такође може пасти у доцњу. У домаћој и страној теорији се понекад у радње или акте сарадње, чије непредузимање од стране повериоца може довести до поверилачке доцње, убрајају и случајеви кад поверилац не изда признаницу или не врати обвезницу.⁴⁰ Такво проширено становиште о феномену поверилачке доцње дошло је до изражаја и у неким најновијим кодификацијама на простору Евроазијске Уније, нпр. у Грађанском Законику Руске Федерације (ГК РФ),

³⁵ V. Hasenöhr, op. cit. 347.

³⁶ А. Калаиджиев, op. cit. 412.

³⁷ V. Hasenöhr, op. cit. 347.

³⁸ P. Oertmann, op. cit. 18.

³⁹ Dieter Medicus – Stephen Lorenz, *Shuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 20. Auflage, C.H.Beck, München, 2012, 260.

⁴⁰ Упор: Јаков Радишић, Коментар чл 325, Коментар Закона о облигационим односима (гл. Редактор: Слободан Перовић), књига I, Савремена Администрација, Београд, 1995, 727; T. Ghul, H. Merz, M. Kummer, op. cit. 232.

Грађанском Законику Републике Белорусије (ГК РБ) и Грађанском законнику Републике Казахстан (ГК РК). Ово становиште одражава шири поглед на институт поверилачке доцње од оног који је усвојен у теорији и законодавству већине земаља евроконтиненталног правног круга. Тиме се заправо испољава једна нова тенденција у савременом законодавству, али и у теорији. По овој конструкцији поверилачке доцње, она се јавља у три вида, односно до ње може доћи у три случаја и сходно томе допушта се да у сва три случаја наступе специфичне последице поверилачке доцње. У тој конструкцији поверилац долази у доцњу: 1) ако је одбио да прими уредно испуњење понуђено од дужника; или 2) ако није извршио радње предвиђене законодавством или уговором или које проистичу из обичаја пословног промета или из природе обавезе, а без којих дужник не може да испуни своју обавезу; или 3) ако одбија да уредно потврди, односно изда признаницу да је дужник испунио обавезу.⁴¹ Међутим, теоретски гледано сврставање и таквих случајева у круг аката сарадње чији изостанак може довести до поверилачке доцње, по нашем мишљењу, не изгледа оправдано. Издавање признанице или враћање обезнице нису радње повериоца за које се може тврдити да су неопходне за испуњење, тј, да омогућују или припремају испуњење (исплату), нити се може узети да њихово изостајање доводи до онемогућавања, спречавања односно одлагања испуњења, што је битна одлика код осталих случајева који доводе до доцње повериоца. Овде су пак у питању само тзв. *пропратне радње* повериоца, тј. такве радње повериоца у вези са испуњењем које следују након испуњења а које дужнику треба да омогуће, односно олакшају доказивање уредно извршеног испуњења (исплате).⁴² Другим речима, овакве радње повериоца треба да омогуће дужнику погодна доказно средство у случају да се касније од њега захтева испуњење исте престације. Њихова је је сврха дакле, битно другачија од осталих радњи сарадње повериоца. За овакве радње се може рећи да су то радње које прате испуњење, повериочеве акти сарадње *у вези са испуњењем*, али се не може узети и да су то повериочеве радње сарадње *у испуњењу*, односно *ради испуњења*.⁴³ За само испуњење ово нису неопходне радње повериоца, због чега услед њиховог изостанка испуњење неће бити ништа

⁴¹ Упор: чл. 366. ст. 1. ГК РК; чл. 406. ст 1. и чл. 408. ст. 2. ГК РФ; чл. 377.ст.1. и 379.ст.2. ГК РБ.

⁴² У том смислу упор: Peter Gauch, Walter Schluemp, Peter Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. II, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991, 66.

⁴³ У истом смислу: Lamarca Marques, El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestacion, Publicaciones del Real Colegio de Espana, Bolonia, 2001, 53.

мање перфектно.⁴⁴ Из угла (не)остварења испуњења у питању је битна разлика, а то мора имати одраза и на питање наступања поверилачке доцње. Имајући речено у виду, консеквентија изгледа теоретска позиција по којој изостанак ових радњи не повлачи поверилачку доцњу.

3. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Скицирани развој концепта поверилачке доцње од традиционалног до модерног концепта је показао тенденцију ширења овог концепта од тзв. доцње у пријему до поверилачке доцње базиране на повериочевој несарадњи у испуњењу. У том контексту модерна концептуализација поверилачке доцње заснована на несарадњи повериоца представља широк оквир за примену института поверилачке доцње у случајевима повериочеве несарадње у испуњењу, укључујући како сам непријем испуњења, тако и остале случајеве где изостају тзв. припремне радње сарадње повериоца. Ипак, анализа је показала да нека новија теоријско-практична настојања у правцу даљег ширења овог концепта нису оправдана.

Goran TIŠIĆ

Assistant, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

SOME REFLECTIONS ON THE CONCEPT OF THE CREDITORS' DEFAULT Summary

In this contribution, the author gives overview of the theoretical and legislative efforts in the way of the conceptualisation the modern notion of the creditors' default. The evolution of this concept demonstrated tendency of the its enlargement from the default in reception of the performance to default based on creditors' non-cooperation in performance. In this context, the modern concept gives large framework for application of the institute creditors' default in cases non-cooperation in performance, including nonreception of the performance. Yet, analysis also demonstrated that some new tendencies towards further expansion of this concept are not justified.

Keywords: late, late creditor, mora creditoris.

⁴⁴ Pietro Rescigno, *Incapita naturale e adempimento*, Jovene, Napoli, 1950, 140. наведено према: Lilian C. San Martin Neira, op. cit. 283.

ЛИТЕРАТУРА

Монографије и чланци:

Eckert Jörn, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2005.

Espinoza Espinoza Juan, „La mora“, *THEMIS – Revista de derecho*, n° 68, 2016, 229-244.

Gauch Peter, Schlupep Walter, Jäggi Peter, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II, 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1991.

Guhl Theo, Merz Hans, Kummer Max, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 6. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1972.

Hasenöhrl Victor, *Das Oesterreichische Obligationenrecht*, Band. 2, Manz, Wien, 1899.

Калаиджиев Ангел, *Облигационо право, Обица част*, 7. издание, Сиби, Софиа, 2016.

Kohler Josef, „Annahme und Annahmeverzug“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, Bd. 17 = N.F Bd. 5, 1879, 261 – 424.

Kohler Josef, „Der Gläubigerverzug“, *Archiv für burgerlichen Recht*, Bd. 13, 1897, 149-295.

Koziol Helmut, Welser Rudolf, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*, 12. Auflage, Manz, Wien, 2001.

Larenz Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil*, 11. Auflage, C.H.Beck, München, 1976.

Lopez Pamela Prado, La inobservancia al deber de colaboracion del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual, *Revista de derecho (Valdivia)*, Vol. XXIX, no 2, 2016, 59-83.

Лоза Богдан, *Облигационо право, Општи дио*, Службени гласник, Београд, 2000.

Madai Carl Otto Von, *Die Lehre von der Mora*, Schwecke und Sohn, Halle, 1837.

Marques Lamarca, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestacion*, Publicaciones del Real Colegio de Espana, Bolonia, 2001.

Medicus Dieter, Lorenz Stephen, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 20. Auflage, C.H.Beck, München, 2012.

Mommsen Friedrich, *Die Lehre von der Mora, (Beitrage zum Obligationenrecht, 3. Abtheilung)*, Schwetschke und Sohn, Braunschwig, 1855.

Neira Lilian C. San Martin, „Sobre la naturaleza juridica de la cooperacion del acreedor al cumplimiento de la obligacion“, (La posicion dinamica del acreedor

en la relacion obligatoria, como sujeto no solo de derechos, sino tambien de cargas y deberes), *Revista de Derecho Privado*, n^o 21, 2011, 273-325.

Oertmann Paul, „Leistungsunmöglichkeit und Annahmeverzug“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 116, 1918, 1-50.

Радишић Јаков, „Доцња повериоца“, *Коментар Закона о облигационим односима* (гл. редактор: Слободан Перовић), књига I, Савремена Администрација, Београд, 1995, 727-729.

Rescigno Pietro, *Incapita naturale e adempimento*, Jovene, Napoli, 1950.

Robin Cecile, „La mora creditoris“, *Revue trimestrielle du droit civil*, (RTD civ). n^o 3, 1998, 607-632.

Rosenberg Leo, „Der Verzug des Gläubigers“, *Jherings Jahrbucher für die Dogmatik des bürgerlichen rechts*, Bd. 43=2.F.Bd. 7, 1901, 141-298.

Sanchez Antonio Cabanillas, „La mora del acreedor“, *Anuario de derecho civil*, fasc. 4, 1987, 1341-1422.

Законски извори:

Закон о облигационим односима – ЗОО, Службени лист СФРЈ, бр. 28/78, 39/85, 45/89, као и Службени лист СРЈ, бр. 31/93.

Швајцарски законик о облигацијама – OR (Loi federale completant le Code civil suisse, Livre einqieme: Droit des obligations) du 30.mars 1911.

Немачки Грађански Законик – BGB, 1900 са изменама из 2002.

Италијански Грађански Законик - Codice Civile R.D. 16 marzo 1942.

Француски Грађански Законик - Code Civile 1804. са изменама из 2016.

Бугарски Закон о обавезама и уговорима – ЗЗД (Закон за задолжениата и договорите), издавач Сиби, Софија, 2015.

Шпански Грађански Законик – Código Civile, 1889.

Грађански законик Руске Федерације - ГК РФ, 1994.

Грађански законик Републике Казахстан – ГК РК. 1994.

Грађански законик Републике Белорусије, - ГК РБ. 1994.

Интернет ресурси:

Ricardo Geldres Campos, La cooperacion de los sujetos de la obligacion, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Winter, 2014, available at: https://works.bepress.com/ricardo_geldres/9/

Clement Francois, „Presentation des articles 1345a 1345-3 du nouveau paragraphe 2 „La mise en demeure du creancier“, La reforme du droit des contrats presentee par L'IEJ de Paris 1, <https://iej.univ-paris1.fr/openaccesc/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/sssect3/para2-demeure-creancier/>

Osterling Parodi Felipe, Rebaza Gonzales Alfonso, Mora del Acreedor. Fundamentos y alcances sobre los mecanismos de liberacion, <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Mora%20del%20acreedor.pdf>

ОДСТУПАЊЕ ОД РЕСТИТУЦИЈЕ И ОДУЗИМАЊЕ ПРЕДМЕТА У КОРИСТ ДРЖАВЕ

Апстракт: Реституција је основна последица поништења правног посла који је био извршен. Међутим, код забрањених правних послова реституција није увек најправичније решење. Забрањени правни послови су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, па је неопходно строже санкционисање правних субјеката који су знали да закључују један овакав правни посао. У ту сврху је предвиђено одступање од реституције, као одбијање реститутивног захтева тужиоца, али и одузимање предмета у корист општине, односно државе, добротворне или неке сличне организације.

Аутор у раду настоји да оправда овакво решење које предвиђа и наш Закон о облигационим односима, и укаже на потребу чешће примене и еластичнијег тумачења датих законских прописа. Забрањеним правним пословима се масовно крше, како законска, тако и морална начела, па је с тога оправдано њихово посебно регулисање и предвиђање јасних мерила за одступање од реституције, односно одузимање предмета чинидбе. „Кажњавањем“ несавесних правних субјеката, одбијањем реститутивног захтева или одузимањем предмета у корист државе, указује им се на потребу савесног и поштеног поступања приликом закључења правних послова. Ко поступа несавесно треба да трпи последице своје несавесности.

Кључне речи: забрањени правни послови, реституција, несавесност, одступање од реституције, одузимање предмета чинидбе.

УВОД

Грађанско право регулише човекову свакодневицу. У току једног дана човек закључи велики број грађанскоправних уговора, а да тога често није ни свестан. Закључивањем грађанскоправних уговора правни субјекти остварују различите интересе, и све док су ти интереси допуштени, правила грађанског права им у томе помажу. Међутим, уколико правни субјекти

* Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, jovana.milovic@pr.ac.rs.

својим правним пословима повређују јавни поредак, принудне норме или правила морала, овакво понашање треба санкционисати. Грађанско право у том погледу нуди одговарајућу санкцију. Сврха грађанскоправне санкције јесте „довођење личних неимовинских добара и имовине у оно стање у ком би се највероватније налазили да није дошло...“¹ до закључења ништавог правног посла. У одређеним ситуацијама, код појединих ништавих правних послова ова сврха је неостварива. Основна санкција неважећих правних послова је ништавост, а њена основна последица је реституција уколико је ништав правни посао био извршен, којом се и остварује општа сврха грађанскоправне санкције, успоставља се стање које је постојало пре закључења правног посла. Међутим, када су у питању правни послови којима се повређују принудни прописи, јавни поредак или добри обичаји², реституција не представља увек најправичније решење. Лица која су свесно закључивала правне послове којима се крше најважније моралне и друштвене вредности, треба „казнити“ на неки начин. Сврха грађанскоправне санкције није кажњавање, али ни подстицање несавесног понашања у приватноправним односима. Зато већина савремених правних система предвиђа могућност одступања од реституције, ради покушаја да се правни субјекти дисциплинују и не закључују правне послове којима се вређа јавни поредак, принудне норме или правила морала.

Питање могућности одступања од реституције је једно од оних на које теорија још увек није дала јасан одговор. Оно за собом повлачи и друга питања попут оних да ли ова могућност уопште треба да спада у област грађанског права, јер је одступање од реституције приближније казни него класичној грађанскоправној санкцији. Основно питање ипак остаје оно о примерености³ ускраћивања реституције.

1. НИШТАВИ ПРАВНИ ПОСЛОВИ

Грађанска субјективна права заснивају се, мењају и престају правним пословима. Правни послови, као једна врста правних радњи, производе жељено правно дејство само ако су пуноважни. Уколико правни посао

¹ Д. Ж. Николић, *Грађанскоправна санкција – генеза, еволуција и савремени појам*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1995, 144

² Правни послови који су пртивни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима су ништави забрањени правни послови. Закон о облигационим односима предвиђа „стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, да своје односе уреде по слободној вољи“ (чл. 10), чиме јасно поставља границе у закључивању правних послова.

³ Вид. И. Симоновић, *Реституција у грађанском праву-домашај примене*, Докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2012, 187, 188.

садржи неки недостатак он је неважећи и не производи правно дејство. У зависности од врсте недостатка, правни посао је или апсолутно ништав (ништав) правни посао или релативно ништав (рушљив) правни посао. Најстрожа санкција неважећих правних послова, било ништавих или рушљивих, је ништавост. „Ништавост се састоји у томе што правни посао који су стране закључиле не производи никакво правно дејство од самог почетка. *Quod nullum est nullum producit efectum* - Што је ништаво, не производи правно дејство“⁴. Ништав уговор не производи правно дејство од самог почетка, па се у теорији често каже да он представља једно „правно ништа“⁵. Ништавост правног посла јесте недостатак у његовом настајању, недостатак при рођењу који је спречио његов правни живот. Ништав правни посао не производи правно дејство од самог почетка, те тако не постоји обавеза уговорних страна таквог уговора на његово испуњење. Уколико су пак уговорне стране извршиле дуговане чинидбе настале на основу ништавог правног посла, „дужне су да једна другој врате оно што су на основу таквог правног посла примиле“ (реституција).⁶ Ништавост правног посла повлачи за собом реституцију, како би се поново успоставило право (стање) онакво какво је било пре закључења таквог правног посла. Редовно свака страна враћа другој оно што је на основу ништавог правног посла примила, „...а ако то није могуће, или ако се природа оног што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке, уколико закон што друго не одређује“.⁷ Кад наступи ништавост, наступа и реституција. Међутим, да ли увек и код свих ништавих правних послова долази до реституције? Први који даје одричан одговор на ово питање јесте наш Закон о облигационим односима, који предвиђа могућност одступања од реституције. Он у члану 104 даје могућност за одступање од реституције, тако што дозвољава одбијање реститутивног захтева али и одузимање предмета чинидбе, код забрањених правних послова.⁸ Забрањени правни послови јесу таква врста ништавих

⁴ Р. Ковачевић, Куштримовић, М. Лазић, *УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО*, ПУНТА Ниш, Ниш, 2008, 309

⁵ Вид. И. Симоновић, *op. cit.* 193.

⁶ Закон о облигационим односима – ЗОО, 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, чл. 104. ст. 1

⁷ Чл. 104. ст. 1. ЗОО

⁸ Чл. 104. ст. 2. ЗОО – „Али, ако је уговор ништав због тога што је по својој садржини или циљу противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, суд може одбити, у целини или делимично, захтев несавесне стране за враћање оног што је другој страни дала а може и одлучити да друга страна оно што је примила по основу забрањеног уговора преда општини на чијој територији она има седиште, односно пребивалиште, или боравиште“.

правних послова који не повлаче нужно реституцију. Забрањеним правним пословима се повређују најважније друштвене и моралне норме, чиме се и оправдава одступање од реституције.

1.1. Судбина забрањених правних послова

Забрањени правни послови јесу они апсолутно ништави правни послови, који су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.⁹ У питању су ништави правни послови што значи да не производе никакво правно дејство од самог почетка, нити се могу оснажити (конвалидирати). *Quod ab initio vitiosum est non potest temporis convallescere* - што је ништаво од самог почетка, не може се временом исправити. Или, како је то Богишић навео у свом Општем имовинском законик у "Што се грбо роди, вријеме не исправи". Ништавост се само мора констатовати судском одлуком која је декларативног карактера. Након тога суд по правилу налаже реституцију.¹⁰ Када се констатује ништавост, разликујемо две ситуације у зависности да ли је посао извршен или не. У случају да забрањени правни посао није био извршен пре констатације ништавости, стране више и нису дужне да изврше обавезе које су настале по основу таквог правног посла. Међутим, уколико је правни посао извршен, логична последица би била реституција.

Забрањени правни послови јесу такви ништави правни послови код којих реституција не би увек била најправичније решење. Најчешћи пример забрањеног неморалног правног посла је онај о давању одређене суме новца оцу девојке, како би се девојка удала за одређено лице.¹¹ У оваквом, и многим сличним случајевима не би било правично наложити повраћај у пређашње стање. Реституцијом би свако добио оно што је дао по основу

⁹ Под забрањеним правним пословима подразумевамо противзаконите, неморалне и зеленашке правне послове.

¹⁰ Вид. Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *op. cit.*, 270, 310.

¹¹ У нашем праву правило *Nemo auditur* законски је регулисано тек Законом о облигационим односима из 1978. Међутим, наша судска пракса га је и раније спораично примењивала. Тако је Врховни суд Србије још 1957. поводом наведеног примера донео одлуку по угледу на принцип *Nemo auditur* иако он у то време није био кодификован у нашем праву. Наведено према: С. Перовић, *Облигационо право*, Правни факултет у Београду, Београд, 1973. „...С обзиром да се овде ради о потраживању које потиче из једног неморалног правног посла, то се тужиоцу не може пружити правна заштита, односно тужилац не може тражити повраћај новца и ствари које је дао туженику по основу таквог правног посла...“ (пресуда Врховног суда Србије, Гж 2940/56 од 20. Јануара 1957. Збирка судских одлука, књ. II, св. 1, бр. 76). Или, нпр. „лице које другоме да на зајам новац ради коцке, нема право да тражи тужбом повраћај дуга“. Вид. Ј. Радишић, *ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО*, Номос Београд, Београд, 2008, 175.

зобрањеног правног посла. Међутим, реч је о правним пословима којима се нарушавају друштвене и моралне норме, па лица која знају да закључују један овакав правни посао ипак треба строже санкционисати. Ова потреба је постојала још од римског права, и уобличена је тек кроз максиму *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*-неће се слушати онај ко се позива на сопствену срамоту¹². Оспоравана и слављена, кодификована или игнорисана ова максима егзистира све до данас.

Дословна примена ове максиме значи да тужилац који се позива на своју срамоту, односно онај тужилац који је знао какав правни посао закључује, нема право на повраћај датог по основу таквог правног посла. Овде долазимо до прве замерке овом принципу, а то је да се њиме кажњава само несавесни тужилац, док тужени остаје ван домашаја овог принципа. Може се десити да је и тужени несавестан, па се на овај начин његова несавесност “награђује“. Поред тога, и основ чинидбе, забрањени правни посао, је отпао па нема основа по ком тужени треба да задржи примљено. Увидевши низ неправичности које ствара строга примена принципа *nemo auditur*, неки правни системи су покушали да је ублаже увођењем могућности одузимања предмета престације у корист државе. У случају да је у питању двострано обавезујућ забрањени правни посао и да су стране испуниле чинидбе пре његовог поништења, а при том биле и несавесне, суд под одређеним условима може наложити одузимање предмета престације у корист државе. Ипак, и оваква могућност је наишла на критике оних који истичу да је у питању кажњавање својствено кривичном а не грађанском праву.¹³

2. ИСТОРИЈСКИ И УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ ИНСТИТУТА NEMO AUDITUR

Настанак правила *Nemo auditur* везује се за римско право и доводи се у везу са кондикцијама¹⁴, тужбама за повраћај користи која је без основа

¹²Р. Ковачевић Куштримовић, М.Лазић, *op. cit.* 312.

¹³ Професор Николић истиче да се уговорима могу повредити најважније друштвене вредности и да свакако уговараче таквих уговора треба казнити. Међутим, реституција или пак ускраћивање права на повраћај датог, били би неприхватљиви са стеновишта заштите јавног поредка. Предмете престација треба одузети, али нема оправдања да се то чини по правилима грађанског права, нарочито ако се има у виду да за постоје одговарајуће кривично правне мере. Вид. Д. Ж. Николић, *op. cit.* 152.

¹⁴ “*Condictio* је, у ствари, варијанта тужбе, уведена у II веку пре н. е. законма који су Римљани хтели да спрече неке злоупотребе. Кондикције се примењују када се у туђој имовини нађе нека ствар без правног основа. Онај који тужи није више власник, али нема ни уговор на основу кога би покренуо тужбу. Стога покреће кондикцију да му

прешла у имовину другог лица. На настанак овог правила је ипак већи утицај остварило правило „in pari causa turpitudinis cessat repetitio-ако обе стране наводе властиту срамоту, отпада повраћај, или in pari delicto melior est conditio possidentis-ако обе стране наводе своју срамоту, јача је она која има државину ствари“.¹⁵ Тек је радом канониста уобличено правило „Nemo auditur- неће се слушати онај ко се позива на сопствену срамоту: суд ће из моралних разлога одбити тужиочев захтев да му се врати испуњено из забрањеног уговора, јер се он позива на свој нечасни поступак“¹⁶. У појединим савременим кодификацијама ово правило није било кодификовано, пример за то је један од најзначајнијих грађанских законика Француски Code civil (1804.). У Француској судској пракси се он ипак спорадично примењивао и поред ћутања законодавца. Француски судови су примењивали овај принцип онда када су сматрали да је његова употреба корисна. Правило се примењивало на све уговоре који имају за циљ стварање, одржавање или искоришћавање јавних кућа, уговор о брачном посредовању у коме посредник уговара хонорар сразмерно висини мираза који ће примити будући супруг или ако је унапред фиксиран хонорар који би се дуговао само у случају да дође до закључења брака, уговор којим се постиже драматуршки, спортски или сличан успех на тај начин што ће се једна група лица одушевљавати за време представе или спортске приредбе и тиме утицати на стварање одређеног јавног мњења итд.¹⁷ Ипак, правило Nemo auditur је заживело и било предвиђено Аустријским грађанским закоником¹⁸, Немачким грађанским закоником.¹⁹ Ови законици су предвиђали круту примену принципа Nemo auditur.²⁰ Међутим, оваква примена је оставила туженог изван његовог домашаја, јер тужени задржава

се врати ствар или сума новца која је sine causa (без основа) прешла у туђу имовину.“ Вид. О. Станојевић, *РИМСКО ПРАВО*, Службени лист СЦГ, Београд, 2003, 200.

¹⁵ И. Симоновић, *op. cit.* 198.

¹⁶ *Ibid.* 200.

¹⁷ Наведено према: С. Перовић, *ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО*, Правни факултет у Београду, Београд, 1973. 322.

¹⁸ „Аустријски грађански законик предвиђа јасно одступање од општих реститутивних правила само када су у питању такви забрањени уговори у којима је једна уговорна страна свесно другој дала одређену накнаду ради извршења недопуштене радње, док за остале забрањене уговоре, којима се супротно закону или моралу, уговара извршење допуштене радње, важи правило о успостављању пређашњег стања. Вид. И. Симоновић, *op. cit.* 294.

¹⁹ Д. Д. Стојановић, *УВОД У ГРАЂАНСКО ПРАВО*, Савремена администрација, Београд, 1976. 193.

²⁰ Према Немачком грађанском законнику, могућност успостављања пређашњег стања, зависила је од тога да ли је пријем испуњења или само испуњење обавезе недопуштено, и којој уговорној страни се може упутити приговор несавесности. Опширније: И. Симоновић, *op. cit.* 201. 202.

предмет престације. Логично, поставља се питање по ком основу, јер је основ престације био забрањен уговор који је ништав. У том случају долази до неоснованог обogaћења сауговорача несавесног тужиоца. Поред тога, строга примена принципа *Nemo auditur* отвара још једно питање: шта ако је и тужени несавестан? Уочивши ове проблеме, законодавци одређеног круга земаља су увели још једну могућност, а то је могућност одузимања предмета престације у корист државе или неке друге организације.²¹ Међутим, ни ова могућност се не може широко примењивати већ само онда када су у питању правни послови којима се повређују најважније моралне и друштвене вредности уз свест уговорних страна о томе.²² Као пример законика који је међу првима кодификовао одступање од реституције, и то не само као одбијање реститутивног захтева, које пропагира принцип *Nemo auditur* већ и могућност одузимања предмета престације јесте грађански кодекс РСФСР из 1922. године.²³ Таква одредба предвиђена је и Основама грађанског законодавства и грађанског судског поступка из 1964, који предвиђа „ако је правни посао закључен са циљем који очигледно противречи интересима социјалистичке државе и друштва, ако постоји обострана зла намера у случају кад су правни посао извршиле обе стране – све што је примљено по основу правног посла одузеће се у корист државе, а у случају кад је посао извршила само једна страна – од друге стране одузеће се у корист државе све што је она примила и што је дужна да преда првој страни као противвредност за оно што је од ње примила, ако пак постоји зла намера само једне стране све што је она добила по основу правног посла има бити враћено другој страни, док ће се оно што је друга страна примила или тек треба да прими као противвредност одузети у корист државе“ (чл. 14).²⁴ Одузимање предмета у корист државе поред совјетског предвиђали су и законици Мађарске, Пољске.²⁵ Чак је и Општи имовински законик за Црну Гору предвиђао у

²¹ Увођење могућности одузимања предмета у корист државе, ипак је резултат схватања источноевропских земаља о значају општих интереса.

²² Одступање од реституције као и одузимање предмета у корист државе дозвољено је код забрањених правних послова, али под одређеним условима. „Приликом одлучивања суд ће водити рачуна о савесности једне, односно обеју страна, о значају угроженог добра или винтереса, као и о моралним схватањима“. Чл. 104. ст. 3. ЗОО

²³ Вид. С. Перовић, *op. cit.* 324.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Мађарски грађански законик из 1959. године предвиђао је само могућност одузимања предмета у корист државе, а не његово обавезно одузимање које је предвиђало совјетско право. Пољски грађански законик од 1964. Године предвиђао је да „оно што је свесно дато за извршење радње која је забрањена законом или је у супротности са друштвеним нормама или пак у извршењу правног посла чији је циљ противан закону или друштвеним нормама, одузима се у корист државе. У случају када је предмет чинидбе потрошен или изгубљен, одузима се његова вредност“. У Пољском

свом члану 600 да се „може тражити натраг оно што је ко примио, да би настојао око каква недопуштена дјела или га сам извршио, и то без разлике да је дјело извршено или није. Ипак, ко бива само кад је таки примац недопуштено радио што је примио, а с даваочеве стране није никако било такога непоштења.- Кад су пак обојица непоштено радили, тада давалац не може више тражити повраћаја, него ће примац у црквну касу дати то што је примио“.²⁶

Већина савремених правних система предвиђа могућност одступања од реституције, попут Немачке, Аустрије, Швајцарске, Италије, Србије али је дозвољава под различитим условима и као изузетак. У нашем праву је могућност одступања од реституције кодификована Законом о облигационим односима из 1978. године. У Српском грађанском законнику је постојала одредба да „уговорач који је „што немогуће или што недозвољено и срамно или забрањено од кога за награду захтевао“ не може накнадно захтевати награду, а онај који је награду примио није дужан да учини оно због чега је примио“.²⁷ Оваквом одредбом се подстицало нелојално понашање. Период након аброгације предратног права карактерише спорадична примена правила о одступању од реституције од стране наших судова. Кодификовањем одступања од реституције Законом о облигационим односима, предвиђена је још једна могућност, која нпр. није предвиђена у Немачком праву, а то је могућност одузимања предмета у корист државе. Одступање од реституције уопште није предвиђено у суседним земљама, попут нпр. Закона о обвезним односима Републике Хрватске²⁸, и такав став законодавца је предмет бројних критика у тамошњој правној теорији.

праву је за примену правила о одузимању предмета у корист државе било довољно само да је реч о уговору чија се садржина противи моралним или правним нормама и да су уговорне стране свесно извршиле такав уговор. Вид. Ibid.

²⁶ Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. чл. 600.

²⁷ И. Симоновић, *op. cit.* 214.

²⁸ „У случају ништетности уговора свака уговорна страна дужна је вратити другој све оно што је примила на темељу таква уговора, а ако то није могуће, или ако се нарав онога што је испуњено противи враћању, има се дати одговарајућа накнада у новцу, према цијенама у вријеме доношења судске одлуке, ако закон што друго не одређује. Уговоратељ који је крив за склапање ништетног уговора одговоран је своме сууговоратељу зан штету коју трпи због ништетности уговора ако овај није знао или према околностима није морао знати за постојање узрока ништетности.“ Чл. 323. Закон о обвезним односима, НН 35/05,41/08,125/11, 78/15,29/18. Из наведеног се види да Хрватски Закон о обвезним односима предвиђа само две последице ништавости уговора, реституцију и накнаду штете.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Реституција је основна последица поништења правног посла, који је пре констатације ништавости био извршен. Међутим, да ли је реституција увек и код свих ништавих правних послова најправичније решење?! Сврха реституције јесте враћање у пређашње стање које је постојало пре закључења ништавог правног посла. Међутим, када су у питању правни послови који су противни јавном поретку, принудним прописима или добрим обичајима, реституција није увек најправичније решење. Оваквим правним пословима се повређују најважније друштвене вредности па је с тога потребно њихово строже санкционисање. Ову потребу су увидели и канонисти који су формулисали принцип *Nemo auditur*. Строга примена принципа *Nemo auditur* подразумева одбијање реститутивног захтева несавесног тужиоца, односно оног тужиоца који се позива на свој нечасни поступак. Примена овог принципа није условљена само природом ништавог правног посла већ и свешћу уговорне стране о томе какав правни посао закључује. Основно питање које се поставља у вези са применом принципа *Nemo auditur* је питање правичности одбијања реститутивног захтева несавесне стране, док друга уговорна страна задржава предмет престације без обзира на своју савесност/несавесност. Одбијањем реститутивног захтева тужиоца предмет престације остаје код туженог. Међутим, правни основ, односно забрањен правни посао, је отпао па долази до неоснованог обогаћења туженог. Поред тога, може се десити да је и тужени несавестан. Да ли несавесност једне стране треба казнити, а несавесност друге „наградити“? Одступањем од реституције не може се у потпуности остварити принцип правичности, јер друга уговорна страна задржава оно што је примила по основу забрањеног правног посла јер је одбијен реститутивни захтев несавесне стране. У случају несавесности и тужиоца и туженог, закон предвиђа могућност одузимања предмета у корист општине. На овај начин се отклања недостатак строге примене принципа *Nemo auditur*, који се састоји у занемаривању туженог. Предмет се одузима у корист државе без обзира на то ко је истакао реститутивни захтев, јер су и једна и друга страна биле несавесне. Овакво решење је предмет бројних критика у којима се истиче да се на овај начин уговорне стране кажњавају, што је својствено кривичном праву. Сврха грађанскоправне санкције није кажњавање, али ни подстицање свесног кршења најважнијих друштвених вредности. Одузимањем предмета у корист државе остварује се и превентивни и васпитни утицај. Правни субјекти се ређе одлучују за закључивање оваквих правних послова. Одузимањем предмета у корист државе се остварује и принцип правичности, јер несавесне уговорне стране ипак погађају одређене последице њиховог несавесног понашања, којих не би било да је дошло до реституције. На овај начин се остварује идеал правде, и оповргава она стара „да право и правда нису исто“.

Свако ко је знао да закључује правни посао који је противан јавном поретку, принудним прописима или добрим обичајима, треба бити спреман на могуће последице. Кажњавање треба да постоји и онда када закључење правног посла не садржи елементе бића неког кривичног дела, односно када није предвиђено правилима кривичног права. Давањем овакве могућности, несавесно поступање не бива награђено нити игнорисано „под изговором да се тиме треба бавити неко други“. Реституцијом би се успоставило стање које је постојало пре закључења забрањеног правног посла, и у том случају несавесне стране не би трпеле никакве последице. Грађанско право на овај начин штити своје основне принципе попут савесности и поштења, односно остварује свој основни циљ а то је остваривање правде. Остваривање правде јесте савремени идеал права, који као примарни циљ поставља праведност а не ефикасност.

Савремено право не сматра спорним постојање одступања од реституције као и одузимање предмета у корист државе, али је спорна његова примена. Строга примена принципа *nemo auditur* значи одбијање реститутивног захтева само несавесног тужиоца док тужени остаје ван његовог домашаја. Тужени задржава предмет престајације и ако је правни основ отпао. Међутим, тужилац не би могао да тужбом из неоснованог обogaћења тражи повраћај датог, јер је његов реститутивни захтев већ одбијен. Одговор на ово питање тек треба дати Владина Комисија за израду Грађанског законика, јер је и по радној верзији Преднацрта ово питање спорно.

Jovana MILOVIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

DEVIATION FROM RESTITUTION AND CONFISCATION OF OBJECTS IN FAVOR OF THE STATE

Summary

Restitution represents most common legal works, which was already executed, annulment consequence. However, when we are talking about forbidden legal works restitution isn't always the rightest solution. Forbidden legal works are not in line with compulsory regulations, public order or good customs, and because of that more strict sanctioning of legal entities, that knew that they are making this kind of deal, is necessary. For this reason exception from restitution is made, as in refusing prosecutors restitution request, but also as taking away given case for the benefit of municipality, in other words country, charity or some other kind of organisation.

Writer in this paper attempts to justify this kind of solution, which is given by our Law of Contract and Torts, and point out that more open, elastic, interpretation of other law regulations should be used more often. By creating forbidden legal works we are breaking not only law, but also moral principles, and for that reason special regulation processes, as well as creating distinct measurement for deviation from restitution, in other words taking the case away, is well justified. By „punishing“ legal entities, by refusing their request for restitution or by taking away case in favor of country, we are pointing out, to them, the need for conscientiously and fair behaving when concluding legal works. If someone acts, in a way that neglects pointed needs, that entity should bear consequences of its behavior.

Keywords: forbidden legal works, restitution, deviation from restitution, conscientiously, confiscation of objects in favor of the State.

ЛИТЕРАТУРА

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

Обрен Станковић, Владимир В. Водинелић, Увод у грађанско право, Номос Београд, Београд, 2007.

Владимир В. Водинелић, Грађанско право, Увод у грађанско право и општи део грађанског права, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Јавно предузеће Службени гласник, Београд, 2014.

Ивана Симоновић, Реституција у грађанском праву – домаћа примена, Докторска дисертација, Универзитет у Нишу Правни факултет, Ниш, 2012.

Јожеф Салма, Начело „Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” и ништавост уговора, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3-4/2004, стр. 487-495.

Јожеф Салма, Недопуштена реституција и одузимање предмета престације у корист друштвене заједнице код забрањених уговора у практичној примени права, Гласник Адвокатске коморе Војводине, часопис са правну теорију и праксу, vol. 53, број 10, стр. 7-26.

Душан Ж. Николић, Грађанскоправна санкција – генеза, еволуција и савремени појам, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1995, 144

Закон о облигационим односима – ЗОО, 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

Јаков Радишић, Облигационо право, Номос Београд, Београд, 2008, 175.

Обрад Станојевић, Римско право, Службени лист СЦГ, Београд, 2003.

Драгољуб Д. Стојановић, Увод у грађанско право, Савремена администрација, Београд, 1976.

С. Перовић, Облигационо право, Правни факултет у Београду, Београд, 1973.

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Владимир В. ВЕКОВИЋ*

351.759.6:504.4(497.11)
551.583

РЕПУБЛИКА СРБИЈА ПРЕД ИЗАЗОВИМА КЛИМАТСКИХ ПРОМЕНА

Апстракт: Република Србија доприноси глобалној борби против климатских промена у складу са својим капацитетима, националним околностима и утврђеним развојним циљевима. Наша национална политика у области климатских промена хармонизована је са релевантним документима Уједињених нација (Оквирна конвенција УН о промени климе, Кјото протокол, Доха Амандман, Споразум из Париза итд.) и правним тековинама Европске уније.

Адекватним одговором на законодавне, институционалне, економске и друге изазове, као и предузимањем делотворних акција које доприносе успешнијем дугорочном глобалном одговору на претње узроковане климатским променама, Република Србија ће успешно испунити обавезе које пред њу постављају Уједињене нације и Европска унија, чијем чланству тежимо. Те обавезе међусобно се не искључују; напротив, тесно су повезане и комплементарне. Такође, преузимање одговарајућег удела у климатском деловању омогућиће и смањење ризика од виктимизације у овој области, који је данас неспорно висок.

Кључне речи: климатске промене, Република Србија, Уједињене нације, Европска унија, виктимизација.

1. КЛИМАТСКЕ ПРОМЕНЕ – ГЛОБАЛНИ ИЗАЗОВ И ЗАЈЕДНИЧКА БРИГА ЧОВЕЧАНСТВА

Климатске промене изазива глобално загревање које је последица ослобађања угљен-диоксида (CO₂) из вештачких извора у количинама које до 200 пута премашују угљен-диоксид из природних извора. Због концентрације угљен-диоксида и отровних гасова, Земља није у стању да апсорбује краткоталасно зрачење Сунца које се уобичајено враћа у космос, па инфрацрвени зраци остају под слојем гасова и наша планета их упија. Тако долази до ефекта стаклене баште (GHG), тј. повећања температуре на

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

Земљи, што може имати погубне последице по живот и цивилизацију. Према прогнозама Међународног панела о климатским променама (Intergovernmental Panel on Climate Change – IPCC) одржаног 2001. године, температура на Земљи би до 2100. могла да порасте од 1,4 до 5,8°C и прозрокује отапање ледника и арктичког поларног прекривача, појаву олуја, дестабилизацију и нестанак животињских станишта, салинизацију питких вода, масовно уништење шума и катастрофалне суше.¹ Климатске промене представљају и претњу опстанку малих острвских држава, држава са ниским приобалним зонама,² аридним и семиаридним областима, подручјима у којима су шуме изложене пропадању, подручјима подложним сушама, ширењу пустиња итд.

Генерална скупштина Уједињених нација (УН) крајем осамдесетих и почетком деведесетих година прошлог века низом резолуција указала је на забрињавајуће последице климатских промена, квалификујући питање климе као заједничку бригу човечанства. Посебан значај припада Оквирној конвенцији УН о промени климе (Конвенција/UNFCCC),³ која је усвојена на Конференцији УН о развоју и животној средини 1992. године у Рио де Жанеиру.⁴ Под „неповољним утицајима промене климе“ Конвенција подразумева промене у физичкој животној средини или „биоти“, које имају значајне штетне последице на састав, способност обнављања или продуктивност природних и контролисаних екосистема или на функционисање друштвено-економских система или здравље људи и благостање. Промена климе коју Конвенција има у виду, директно или индиректно је условљена људским активностима.

Крајњи циљ Конвенције и са њом повезаних правних инструмената је да се постигне стабилизација концентрације гасова стаклене баште у

¹ Вид. Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012, 707; IPCC http://www.hidmet.gov.rs/ciril/ipcc/info_ipcc.php, 29. август 2018.

² Наиме, постоји реална опасност да, због глобалног загревања, ниво светских мора у XXI веку порасте за 53 cm, па би највећи део ланца од 1.192 корална острва, која чине територију Малдива (298 km²) био угрожен, јер је њихова надморска висина око 1 m, а највиша тачка је свега 2,4 m висок брежуљак. Малдиви имају посебан фонд за куповину територија у иностранству и пресељење становништва, за случај потапања острва. Додатну опасност по опстанак Малдива представљају и азијски цунамији, који су већ нанели огромну штету. <http://www.novosti.rs/vesti/turizam.90.html:419289-Maldivi---rajska-ostrva-u-Indijskom-arhipelagu>, 30. август 2018.

³ United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) adopted on 9 May 1992 and opened for signature at the Earth Summit in Rio de Janeiro from 3 to 14 June 1992; entered into force on 21 March 1994.

⁴ Закон о потврђивању Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе, са анексима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, број 2/97.

атмосфери на нивоу који би спречавао опасне антропогене утицаје на климатски систем. Такав ниво требало би постићи у временском периоду који би омогућио екосистемима да се природно прилагоде промени климе, обезбедио да не буде угрожена производња хране и остваривање даљег стабилног економског развоја.

Обавезе свих страна Конвенције, између осталог, обухватају: разраду и објављивање националних катастара антропогенних извора и емисија свих гасова стаклене баште који нису регулисани Монреалским протоколом; формулисање, остваривање и редовно ажурирање националних и, у одговарајућим случајевима, регионалних програма за ублажавање климатских промена и олакшавање прилагођавања на те промене; сарадњу на развоју метода и процеса којима се ограничавају, смањују или спречавају антропогене емисије гасова стаклене баште у свим релевантним секторима, укључујући енергетику, саобраћај, индустрију, пољопривреду, шумарство и уклањање отпада, као и спровођење релевантних друштвених, економских и еколошких политика и акција ради ублажавања или прилагођавања промени климе, а у циљу минимизирања штетних утицаја на привреду, здравље становништва и квалитет животне средине.

С обзиром да највећи део глобалних емисија гасова стаклене баште потиче из развијених земаља, то су, у складу са принципом заједничке али диференциране одговорности, обавезе страна асиметрично постављене, тако да развијене земље, поред већ наведених општих обавеза заједничких свим странама, имају и посебне обавезе. Специфичне обавезе развијених земаља, наведених у Анексу I Конвенције, подразумевају: спровођење националне политике и предузимање одговарајућих мера за ублажавање промене климе ограничавањем антропогенних емисија гасова стаклене баште и заштитом и повећањем апсорбера и резервоара тих гасова; достављање (у року од шест месеци од ступања Конвенције на снагу, а затим периодично) детаљних информација о својој политици и мерама у циљу свођења емисије CO₂ и других гасова стаклене баште које не регулише Монреалски протокол на ниво из 1990. године, као и идентификовање и периодично разматрање сопствене политике и мера подстицања активности које доводе до већих нивоа антропогене емисије гасова стаклене баште у поређењу са нивоима који би иначе постојали. Сем тога, развијене земље набројане у Анексу II обезбедиће нове и допунске изворе финансирања за покривање свих трошкова страна – земаља у развоју. Та финансијска подршка у крајњој линији, омогућава земљама у развоју спровођење одредаба Конвенције.

Највиши орган Конвенције је Конференција страна којој у раду, поред Секретаријата, помажу Помоћни саветодавни орган за научна и технолошка питања и Помоћни орган за спровођење Конвенције.

Начин постизања крајњег циља Конвенције утврђен је Кјото протоколом из 1997. године.⁵ Њиме су квантификоване обавезе смањивања емисије гасова са ефектом стаклене баште за 38 индустријски развијених земаља, у просеку за 5,0% у односу на референтну 1990. годину, у првом обавезујућем периоду од 2008-2012. Земљама у развоју, у смислу одредаба Конвенције, Кјото протоколом нису уведене квантификоване обавезе смањења емисија GHG. С обзиром да су протоколом биле дефинисане обавезе смањења емисија GHG за период до краја 2012, као и да је неопходно континуирано наставити активности на смањењу ових емисија, усвајање новог правно обавезујућег међународног споразума којим ће бити утврђене обавезе за период после 2012. године, наметало се као императив. После дугог и интензивног преговарачког процеса о обавезама страна Конвенције и Кјото протокола за период после 2012, на Конференцији у Дохи, 2012. године, усвојен је пакет од 39 одлука под називом „Климатски портал из Дохе“ ("Doha Climate Gateway").⁶ Између осталог, овај пакет укључује и Одлуку 1/СМР8 о Амандману на Кјото протокол,⁷ који је усвојен 8. децембра 2012. (Доха Амандман). Основни циљ Доха Амандмана је потврђивање другог обавезујућег периода Кјото протокола и то у осмогодишњем трајању, од 1. јануара 2013. до 31. децембра 2020. године. Тиме је омогућен наставак борбе против климатских промена на међународном и глобалном плану. За земље из Анекса I Кјото протокола, Доха Амандман садржи нове обавезе смањења емисија GHG у другом обавезујућем периоду, док за земље у развоју нису уведене квантификоване обавезе смањења емисије гасова са ефектом стаклене баште.

Од 30. новембра до 11. децембра 2015. године у Паризу је под окриљем UNFCCC одржана Конференција УН о промени климе. Циљ

⁵ Kyoto Protocol to the United Nation Framework Convention on Climate Change; Закон о потврђивању Кјото протокола уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 88/07 и 38/09 – др. закон.

⁶ Преговори о обавезама за период после 2012. године започети су на Конференцији одржаној 2007. на Балију, настављени у Познању (2008), Копенхагену (2009), Канкуну (2010), Дурбану (2011), да би били успешно окончани тек 2012. на Конференцији у Дохи. Изузетна сложеност преговаране проблематике, као и оклевање развијених земаља, по правилу највећих загађивача, да се обавезу таквим споразумом, пролонгирани су преговарачки процес. Њихова неспремност да преузму одговорност за своје поступке озбиљно доводи у сумњу декларативно залагање за заштиту климатског система на добробит садашњих и будућих генерација.

⁷ Doha Amendment to the Kyoto Protocol to the United Nation Framework Convention on Climate Change; Закон о потврђивању Доха Амандмана на Кјото Протокол уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 2/17.

Конференције у Паризу био је постизање договора и усвајање новог правно обавезујућег документа који ће дефинисати обавезе страна Конвенције после истека другог обавезујућег периода Кјото протокола 31. децембра 2020, и на тај начин спречити пораст температуре на глобалном нивоу преко 2°C, а у складу са захтевима науке. Конференција је завршена усвајањем Споразума из Париза⁸ (Споразум) и сета пратећих одлука. Споразум је усвојило 195 страна Конвенције, и њиме је предвиђено да ступа на снагу када најмање 55 страна које су одговорне за најмање 55,0% укупне глобалне емисије гасова са ефектом стаклене баште, депонује своје инструменте ратификације, прихватања, одобрења или приступања.

Споразумом дефинисане обавезе за период после 31. децембра 2020. године првенствено су засноване на тзв. Намераваним национално одређеним доприносима смањења гасова са ефектом стаклене баште (Intended National Determined Contribution – INDC) које су стране доставиле Конвенцији. Оне су у обавези да спроводе активности на смањењу емисија GHG које ће обезбедити ограничење раста глобалне средње температуре значајно испод 2°C, са тенденцијом повећања амбициозности смањења емисија, што ће довести до ограничења пораста глобалне средње температуре на 1,5°C. Повећање амбициозности смањења емисија GHG реализоваће се кроз ревизије достављених циљева (наредни циљ представљаће увек напредак у односу на до тада актуелан) сваких пет година, а у складу са могућностима стране уговорнице. Споразум одражава принцип једнакости и заједничке, али диференциране одговорности, као и различите националне околности.

Између осталог, у Споразуму се: наглашава значај Варшавског међународног механизма за спречавање, минимизирање и суочавање са губицима и штетама насталим услед промена климе, укључујући екстремне временске прилике и догађаје који се дешавају у дужем временском периоду; дефинишу могући облици сарадње и помоћи у овој области, и потврђује обавеза развијених земаља да обезбеде финансијску помоћ земљама у развоју за предузимање мера ублажавања и адаптације као наставак њихових постојећих обавеза према Конвенцији.

⁸ Paris Agreement; Закон о потврђивању Споразума из Париза, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 4/17.

2. ХАРМОНИЗАЦИЈА НАЦИОНАЛНЕ ПОЛИТИКЕ У ОБЛАСТИ КЛИМАТСКИХ ПРОМЕНА СА ДОКУМЕНТИМА УН И ПРАВНИМ ТЕКОВИНАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Усвајањем Споразума из Париза 2015. године и његовим ступањем на снагу 2016, стране Конвенције потврдиле су одређеност за економски раст праћен смањењем емисија гасова са ефектом стаклене баште. Успостављење система за смањење GHG и прилагођавање на измењене климатске услове на нивоу сваке стране Конвенције и Споразума, представља *condition sine qua non* одрживог економског развоја и смањења ризика, штета и губитака од елементарних и природних непогода и катастрофа. Остваривање тог циља нераскидиво је повезано са испуњењем обавеза према Конвенцији и Споразуму. Истовремено са испуњавањем тих обавеза, Републику Србију очекује и усклађивање националног законодавства из ове области са правним тековинама Европске уније (ЕУ), чијем чланству тежимо.⁹ Отварање Поглавља 27, посвећеног животној средини и климатским променама,¹⁰ тек следи.

2.1. Други извештај Републике Србије према UNFCCC

У Другом извештају Републике Србије према Оквирној конвенцији УН о промени климе из августа 2017. године (Извештај),¹¹ наша земља изнела је низ алармантних података о осмотреним и очекиваним променама климе (тзв. климатски сценарији) и њиховом негативном утицају у областима:

1. хидрологије и водних ресурса – у Републици Србији идентификовано је 99 значајних поплавних подручја лоцираних у приобаљу Дунава, Тисе, Саве, Дрине, Велике Мораве, Јужне Мораве и Западне Мораве. Поплавама из маја 2014. било је угрожено око 1,6 милиона становника, а штете и губици процењени су на више од 1,5 милијарди €. Узимајући у обзир очекиване промене климе у будућности, са умереном до високом

⁹ Република Србија је, у статусу земље у развоју, чланица UNFCCC од 10. јуна 2010, Споразума из Париза од 24. августа 2017, док је преговоре о приступању ЕУ отпочела 21. јануара 2014. године.

¹⁰ Борба против климатских промена уведена је као посебан циљ ЕУ реформом оснивачких уговора у Лисабону 2009. године, тј. Уговором о функционисању ЕУ (Лисабонски уговор), којим је замењен Уговор о оснивању Европске заједнице (Уговор из Мастрихта).

¹¹ *Second National Communication of the Republic of Serbia under the United Nations Framework Convention on Climate Change*, Ministry of Environmental Protection, Belgrade, August 2017.

поузданошћу може се очекивати даље интензивирање ерозионих процеса, бујица и поплава на малим рекама, али и пораст поплава на рекама средње величине, док се пораст поплава на великим рекама и великим површинама у непосредној будућности може очекивати са малом вероватноћом;¹²

2. шумарства – у периоду 2003-2012. године штете од шумских пожара настале су на површини од 36.095 ha, што чини око 1,6% шума у нашој земљи. У преко 80,0% случајева, до појаве шумских пожара долазило је током марта, априла, јула и августа. Предвиђени пораст температуре, као и чешћи и дужи сушни периоди допринеће бржем ширењу и повећању шумских површина које ће бити захваћене ватреним стихијама. Негативном утицају промена климе највише су изложени храст лужњак – *Quercus robur* L. (његова рањивост проистиче из чињенице да је зависан и од подземних вода, које доживљавају општи пад у последњих неколико деценија) и буква – *Fagus sylvatica* L. (до краја XXI века, око 50,0% букових шума наћи ће се у зони у којој се очекује масовни морталитет). Најзаступљенији негативни фактор у шумским екосистемима током посматраног периода биле су штеточине и болести. Највеће штете причинио је губар (*Lymantia dispar*), који је 2013. био детектован на 175.000 ha, док је наредне године та површина удвостручена (више од 340.000 ha). Напади губара у будућности резултираће значајним економским губицима у овом сектору и редуковати број и количину екосистемских услуга које шуме пружају;¹³

3. пољопривреде – очекивано смањење приноса кукуруза за период 2071-2100. године, креће се од -52,0% до -22,0% за целу територију Републике Србије. Уз адекватно наводњавање, губитак приноса кукуруза до половине XXI века може да се умањи до 32,0%. Ерозија (водна и еолска) утиче на приближно 80,0% пољопривредног земљишта. Дугорочно, ефекти екстремних временских прилика могу смањити плодност земљишта и у значајној мери нарушити његове функције;¹⁴ и

4. здравља људи – утицај климатских промена (пре свега, топлотних таласа, лошег квалитета ваздуха и пораста нивоа угљен-диоксида, екстремних падавина и поплава, пожара, суша и повећања просечне температуре) испољава се кроз све већу учесталост векторски преносивих заразних болести (лајмска болест – *Lyme borreliosis*, маларија – *Malaria tropica* и вирус Западног Нила – *Encephalitis Nili occidentalis*),¹⁵ ширење

¹² Извештај, 85-90.

¹³ *Ibid.*, 90-95.

¹⁴ *Ibid.*, 95-101.

¹⁵ У периоду од 2012-2017. године на територији Републике Србије регистрована су 574 случаја грознице Западног Нила, као и 61 смртни исход који се може довести у везу са њом. На основу података достављених Институту за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић Батут” од 1. јануара до 16. октобра 2018. у

заразних болести које се преносе путем воде (колера – *Cholera* и дијареја – *Diarrhea*) и пораст смртности вулнерабилног дела популације (кардиоваскуларни болесници, лица са респираторним обољењима,¹⁶ дијабетичари, сиромашни, стари, деца итд.).¹⁷

Такође, у Извештају се наводе мере и активности које наша земља предузима или, по утврђеној динамици, намерава да предузме у циљу прилагођавања угрожених сектора и система кроз изградњу адаптивних капацитета, јачање отпорности и смањење рањивости на климатске промене. По свом доприносу остваривању циљева Конвенције, издвајају се следеће активности:

Републици Србији регистровано је 385 случајева оболевања од грознице Западног Нила, са 36 смртних исхода. Случајеви грознице Западног Нила су пријављивани са Јужнобачког (53 особа), Јужнобанатског (52), Браничевског (22), Подунавског (17), Сремског (10), Колубарског (8), Западнобачког (7), Севернобанатског (6), Средњебанатског (6), Поморавског (2), Мачванског (1), Златиборског (1), Рашког (1), Борског (1), Шумадијског (1) и Расинског (1) округа, као и са територије Града Београда (196). Изложени подаци указују да број оболелих и умрлих расте геометријском прогресијом. Од 1. јануара до 11. октобра 2018. године у хуманој популацији ЕУ пријављено је 1.402 случаја оболевања од грознице Западног Нила (у Италији 536, Грчкој 294, Румунији 268, Мађарској 203, Хрватској 45, Француској 22, Аустрији 18, Бугарској 11, Словенији 3 и Чешкој Републици 2) и 119 смртних исхода који се могу довести у везу са овим обољењем (у Италији 43, Румунији 38, Грчкој 35, Бугарској 1, Чешкој Републици 1 и Мађарској 1). Грозница Западног Нила је сезонског карактера, највише заступљена у периоду највеће активности вектора – комараца. Први оболели региструју се у другој половини јула, док њихов број достиже максимум у августу. Вирус се преноси убодом зараженог комарца. Главни резервоар заразе су различите врсте птица, у којима се вирус одржава, док је човек слепи домаћин, јер се инфекција са њега даље не преноси. Информација о актуелној епидемиолошкој ситуацији грознице Западног Нила на територији Републике Србије у 2018. години. <http://www.batut.org.rs/download/aktuelno/Informacija%20o%20aktuelnoj%20epidemioloskoj%20situaciji%20GZN%2016.10.2018.pdf>, 19. октобар 2018.

¹⁶ Да Република Србија не представља изузетак, потврђују и подаци из недавно објављене заједничке студије Светске банке и Института за мерење и евалуацију здравља. Од последица загађења ваздуха током 2013. године превремено је преминуло 5,5 милиона људи широм планете, што је глобалну економију коштало преко 225 милијарди US \$ у изгубљеном приходу од рада. Један од десет смртних случајева те године, директно је узрокован болестима које се приписују загађењу ваздуха. То је четири пута више људи него што је умрло од последица заразе HIV вирусом. Вид. Nacionalna strategija za borbu protiv klimatskih promena – doprinos lokalnih samouprava i privatnog sektora; https://rs.boell.org/sites/default/files/res_fondacija_elektronska_brosura_projekta_monitoring_klimatskepolitike_republike_srbije.pdf, 18. август 2018.

¹⁷ Извештај, 101-103.

1. Влада Републике Србије је у јуну 2015. UNFCCC доставила Намераване национално одређене доприносе смањењу емисија гасова са ефектом стаклене баште, предвидевши смањење емисија GHG за 9,8% до 2030. у односу на емисије из 1990. године;¹⁸

2. у Министарству заштите животне средине 2008. формиран је Одсек за климатске промене, са циљем обезбеђења потребне институционалне структуре за испуњење обавеза према UNFCCC, али и у процесу приступања ЕУ. Исте године, успостављен је Подрегионални виртуелни центар за климатске промене за Југоисточну Европу у оквиру Републичког хидрометеоролошког завода Србије, као и Национално тело за спровођење пројеката Механизма чистог развоја Србије, састављено од представника министарстава надлежних за енергетику, саобраћај, грађевинарство, пољопривреду, управљање отпадом, шумарство и воде. Коначно, ради ефикасније размене информација у области климатских промена између релевантних институција извршне власти, научне и стручне јавности и локалних заједница, као и подизања свести о сложености ове проблематике на националном нивоу, Влада је 2014. године формирала Национални савет за климатске промене;¹⁹

3. учињени су значајни напори на унапређењу законодавног оквира и политика које утичу на реализацију активности у вези са климатским променама. У складу са стратешким циљевима земље, започет је процес хармонизације националног законодавства са законодавством ЕУ, који значајно доприноси и испуњењу обавеза према Конвенцији. Национална стратегија одрживог развоја (2008) и њен Акциони план за период 2009-2017, Национални програм заштите животне средине за период 2010-2019. (из 2010. године), Национална стратегија за укључивање у механизам чистог развоја за секторе пољопривреде, шумарства и управљања отпадом (2010), Стратегија развоја шумарства (2006), Стратегија управљања отпадом 2010-2019. (2010), Стратегија биолошке разноврсности за период 2011-2018. (2011), Национална стратегија смањења ризика од катастрофа и заштите и спасавања у ванредним ситуацијама (2011), Стратегија одрживог коришћења природних ресурса и добара (2012), Стратегија развоја енергетике до 2025. (2015), Први национални план енергетске ефикасности (2010), Национални акциони план за обновљиве изворе енергије (2013), Национална стратегија руралног развоја (2015) и други документи препознају проблем климатских промена и указују на активности које доприносе његовом решавању. Сем тога, уз експертску и финансијску помоћ ЕУ, јула 2016. године започета је израда Националне стратегије борбе против климатских промена са

¹⁸ *Ibid.*, 107.

¹⁹ *Ibid.*, 107-108.

акционим планом. Циљ стратегије је дефинисање дугорочног оквира борбе против климатских промена и конкретних активности за његово постизање и то за период 2020-2050. на сваких пет година, као и процена смањења емисија до 2070. године. Тиме ће се омогућити и испуњење захтева из Споразума;²⁰

4. остварена су бројна и изузетно значајна истраживања и систематска осматрања климатских промена, првенствено захваљујући учешћу научних, државних и других институција и појединаца у научно-техничким програмима Светске метеоролошке организације, развојно-истраживачким програмима ЕУ, као и програмима финансираним и реализованим по принципу билатералне и мултилатералне сарадње;²¹

5. Стратегија развоја образовања у Републици Србији до 2020. препознала је значај заштите животне средине, климатских промена и трендова развоја нових технологија неопходних за одржив развој, тако да су садржаји о животној средини који се на директан или индиректан начин баве климатским променама постали саставни део наставних планова, програма и уџбеника за ученике основних и средњи школа, као и студенте. Министарство заштите животне средине идентификовало је потребу да се побољшају знања заинтересованих страна, као једну од кључних у области климатских промена, па је организовало велики број радионица, семинара и конференција за државну администрацију, локалне органе власти, медије, пословни сектор, инвеститоре итд. Догађајима чији је циљ подизање свести јавности о овом проблему значајну пажњу посветили су и Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре, Министарство унутрашњих послова (Сектор за ванредне ситуације), Дирекција за воде, Привредна комора Србије, Канцеларија за европске интеграције, Програм УН за развој (UNDP), Програм УН за животну средину (UNEP), Организација за економску сарадњу и развој (OECD), Светска банка, институције ЕУ и њених чланица, итд.;²²

6. наша земља је предходних година континуирано улагала напоре за унапређење сарадње са странама и телима UNFCCC. С обзиром на статус кандидата за чланство у ЕУ, сарадња са Европском комисијом и институцијама чланица ЕУ значајно је побољшана, што, због преношења искуства у примени законодавства ЕУ, има посебан значај. Захваљујући томе, највећи број активности из ове области остварује се кроз пројекте и различите видове билатералне, регионалне и међународне сарадње. Након катастрофалних поплава које су 2014. захватиле регион, број регионалних пројеката чији је циљ смањење ризика од катастрофа значајно је повећан.

²⁰ *Ibid.*, 108-110.

²¹ *Ibid.*, 110-111.

²² *Ibid.*, 111-112.

Пројекти се спроводе у сарадњи са различитим међународним, регионалним организацијама и имплементационим агенцијама, као што су: UNDP, UNEP, Организација УН за смањење ризика од катастрофа (UNISDR), Светска банка, Светска метеоролошка организација, Организација за европску безбедност и сарадњу (OSCE) и др. Из перспективе регионалне сарадње, посебно је значајан ECRAN пројекат (Environment and Climate Regional Accession Network) финансиран од стране ЕУ, који има за циљ јачање сарадње и капацитета земаља кандидата и потенцијалних кандидата за чланство у њој;²³ и

7. кроз процес израде Извештаја према UNFCCC започето је успостављање система за континуирани мониторинг, извештавање и верификацију (MRV) података и информација од значаја за борбу против климатских промена. MRV систем у делу који се односи на инвентаре GHG функционише од 2009. године, када је Законом о заштити ваздуха надлежност за израду инвентара додељена Агенцији за заштиту животне средине. Обавезу достављања улазних података имају државни и локални органи власти, јавне институције, привредни субјекти и друга правна лица повезана са облашћу заштите животне средине, која прикупљају и имају податке потребне за припрему инвентара гасова са ефектом стаклене баште. Кључни краткорочни изазови у будућем развоју инвентара GHG тичу се институционалних и људских ресурса, јачања и управљања протоком информација, укључујући информациону инфраструктуру, с обзиром да су постојећи капацитети недовољни. Иначе, почетак функционисања комплетног MRV система, који подразумева и MRV мера смањења GHG, планиран је за 2019. годину.²⁴

2.2. Нацрт закона о климатским променама

Правне празнине у области климатских промена указале су на неопходност усвајања законских решења која ће омогућити смањење емисија GHG. У складу с тим, припремљен је и 2018. године јавности представљен Нацрт Закона о климатским променама (Нацрт). Нацрт је настао као резултат рада у оквиру два Твининг пројекта финансирана од стране ЕУ – „Успостављање система за мониторинг, извештавање и верификацију неопходног за успешну имплементацију Система трговине емисијама ЕУ (EU-ETS)“ (2013-2015) и „Успостављање механизма за спровођење Уредбе ЕУ о механизму мониторинга (MMR)“ (2015-2017). За потребе спровођења пројеката и израде Нацрта формиране су радне групе од представника

²³ *Ibid.*, 113.

²⁴ *Ibid.*, 113-114.

Владиних институција, привреде и невладиног сектора. Паралелно са радом на Нацрту и подзаконским актима, реализоване су и активности на јачању административних и институционалних капацитета.

Циљеви Нацрта су стварање правног основа за успостављање система мониторинга и извештавања о емисији GHG ради смањења њихове емисије и прилагођавања на измењене климатске услове у складу са потребама и могућностима Републике Србије, али и обавезама према UNFCCC, Кјото протоколу, Доха амандману и Споразуму из Париза. Постизање ових циљева истовремено је предуслов за увођење тржишно оријентисаног инструмента, тј. система трговине емисијама као кључног инструмента ЕУ у борби против климатских промена, а који омогућава да се смањење емисија постигне на исплатив и економски ефикасан начин. У складу с тим, Нацрт транспонује релевантне директиве, уредбе и одлуке ЕУ из области климатских промена.

Нацрт (који има 86 чланова сврстаних у једанаест поглавља) регулише најважнија питања климатских промена. Њиме су обухваћене и уређене политике и мере које доприносе смањењу емисија GHG и њиховом уклањању, а чија је реализација могућа кроз: Механизам чистог развоја Кјото протокола; подизање опште свести о доприносу емисија из сектора друмског саобраћаја и то искључиво везано за нова возила, као и сагледавање доприноса емисија из сектора индустрије, енергетике и ваздухопловних активности искључиво кроз мониторинг, извештавање и верификацију емисија GHG из ових сектора. Инструменти политике и планирања у области климатских промена су: Стратегија нискоугљеничног развоја; Програм прилагођавања на измењене климатске услове, и Акциони план за спровођење Стратегије.

У циљу прикупљања примедба, сугестија и коментара који ће додатно унапредити квалитет постојећег Нацрта, у организацији Министарства заштите животне средине од 15. марта до 20. априла 2018. године спроведена је јавна расправа у Новом Саду, Крагујевцу, Нишу, Београду, Пироту и Пријеполу. Доношењем Закона о климатским промена до краја 2018. године, као и пратећих подзаконских аката, извршиће се усклађивање домаће регулативе са следећим правним прописима ЕУ:

1. Директивом 2003/87/Европске заједнице (ЕЗ) Европског парламента и Савета од 13. септембра 2003. о успостављању система трговине емисионим јединицама гасова са ефектом стаклене баште у Заједници и о измени Директиве Савета 96/61/ЕЗ, са свим допунама (CELEX 02003L0087-20140430);

2. Уредбом Комисије (ЕУ) бр. 600/2012 од 21. јуна 2012. о верификацији извештаја о емисијама гасова са ефектом стаклене баште и извештаја о тонским километрима и акредитацији верификатора у складу са Директивом 2003/87/ЕЗ Европског парламента и Савета (CELEX 3201P0600);

3. Уредбом Комисије (ЕУ) бр. 601/2012 од 21. јуна 2012. о мониторингу и извештавању о емисијама гасова са ефектом стаклене баште у складу са Директивом 2003/87/ЕЗ Европског парламента и Савета (CELEX 32012P0601);

4. Уредбом (ЕУ) бр. 525/2013 Европског парламента и Савета од 21. марта 2013. о механизму за праћење и извештавање о емисијама гасова са ефектом стаклене баште и за извештавање о другим информацијама од значаја за климатске промене на националном нивоу и на нивоу ЕУ (CELEX32013P0525);

5. Делегираном Уредбом Комисије (ЕУ) бр. 666/2014 од 12. марта 2014. о успостављању суштинских захтева за систем инвентара ЕУ и узимања у обзир промене потенцијала глобалног загревања и међународно договорених смерница за инвентаре у складу са Уредбом (ЕУ) бр. 525/2013 Европског парламента и Савета (CELEX 3201P0666);

6. Уредбом Комисије (ЕУ) бр. 749/2014 од 30. јуна 2014. о структури, формату, поступцима подношења и прегледу информација које државе чланице достављају у складу са Уредбом (ЕУ) бр. 525/2013 Европског парламента и Савета (CELEX 32014P0749);

7. Одлуком бр. 406/2009/ЕЗ Европског парламента и Савета од 23. априла 2013. о напорима које предузимају државе чланице ради смањења емисија гасова са ефектом стаклене баште због остварења циљева Заједнице у вези са смањењем емисија гасова са ефектом стаклене баште до 2020. (CELEX 32009D0406); и

8. Директивом 1999/94/ЕЗ Европског парламента и Савета од 13. децембра 1999. о доступности информација за потрошаче о економичности потрошње горива и емисија CO₂ у вези са продајом нових путничких возила (CELEX 31999D004).

3. ДИСКУСИЈА И ЗАКЉУЧЦИ

Као страна UNFCCC и Кјото протокола, Република Србија доприноси глобалној борби против климатских промена у складу са својим капацитетима, националним околностима и утврђеним развојним циљевима. Ипак, статус земље у развоју подразумева много „лабавији“ скуп обавеза у вези са смањењем емисија гасова са ефектом стаклене баште у поређењу са развијеним земљама (наведеним у Анексу I Конвенције), нарочито чланицама ЕУ. Споразум из Париза, чија је страна и наша земља, формално је поништио поделу на развијене земље и земље у развоју, захтевајући од свих делотворне акције на сузбијању климатских промена. Такође, и процес приступања ЕУ, налаже Републици Србији да се у потпуности усклади са

климатском политиком ЕУ и преузме на себе одговарајући удео у климатском деловању.²⁵ Дакле, приступни преговори и почетак примене Споразума из Париза (после 31. децембра 2020. године) намећу нашој земљи знатно већу одговорност и сложеније обавезе у области климатских промена, него што је то случај данас. Те обавезе међусобно се не искључују; напротив, тесно су повезане и комплементарне.

Мада су приступни преговори зашли у пету годину, Поглавље 27 – Животна средина и климатске промене, још увек није отворено. Реч је о поглављу које спада у једно од 35 преговарачких области у оквиру којих ЕУ прати наше напредовање у испуњавању трећег критеријума из Копенхагена (преузимање обавеза из чланства). У њему је заступљена приближно једна трећина свих тековина ЕУ. Искуство показује да је преговарачки процес у Поглављу 27 најзахтевнији због његове обимности и значајног заостатка у погледу стандарда заштите животне средине у односу на ЕУ.²⁶

ЕУ од наше земље очекује гаранције у вези са временским роком и начином на који ће бити обезбеђен потпун пренос (*transposition*), спровођење (*implementation*) и делотворна примена (*effective enforcement*) тековина ЕУ у овој области. Другим речима, преузимање обавеза из чланства подразумева преношење свих правила ЕУ, као и капацитете за њихово спровођење и примену. Подразумева се да пуна усаглашеност у сва три аспекта мора наступити пре чланства. Очигледно, реч је о изузетно обимном и сложеном задатку који Република Србија мора да оствари у циљу постизања пуне усклађености са прописима ЕУ. С тим у вези, три кључна изазова у преузимању обавеза из Поглавља 27 су:

1. законодавни изазов – мада је српско законодавство пренело принципе политике ЕУ из члана 191. Уговора о функционисању ЕУ и у значајном делу захтеве из већине сектора (нпр. хоризонтално законодавство, сектор отпада, сектор ваздуха, бука, хемикалије, заштита природе итд.), очигледан је недостатак одређених „меких“ знања и „политичке визије“. Транспоноване прописе ЕУ вршено је без предходне анализе адекватних институционалних аранжмана за њихово спровођење и примену, осмишљеног начина финансирања и сагледавања трошкова и добити. Недостаје критичка оцена учинка усвојених прописа – нпр. да ли доводе до побољшања еколошких перформанси друштва, доприносе унапређењу квалитета животне средине, избегавању или смањењу штета и сл. Позитивни

²⁵ Поглавље 27 у Србији: још увек у припреми, *Извештај из сенке за поглавље 27 – животна средина и климатске промене*, Млади истраживачи Србије, Београд, 2017, 39.

²⁶ Nacionalna strategija Republike Srbije za aproksimaciju u oblasti životne sredine; <http://www.misp-serbia.rs/wp-content/uploads/2010/05/EAS-Strategija-SRP-FINAL.pdf>, 5. септембар 2018.

ефекти политика, и када их има, нису присутни у јавности, што доприноси порасту скептицизма у погледу ауторитета самих прописа. Неадекватно позиционирање код доносилаца политичких одлука резултирало је одсуством дугорочног стратешког правца у овој области која превазилази мандат једне Владе;²⁷

2. институционални изазов – спровођење и делотворна примена законодавства из ове области, због његове специфичне природе, захтева обучене професионалце различитих профила на свим релевантним нивоима. Услед неадекватних административних, људских и инфраструктурних капацитета неопходно је формирати нове институционалне ресурсе, оснажити способности већ постојећих, и континуирано унапређивати знања и практична искуства запослених. Да би се јачање капацитета спровело, потребно је обезбедити стабилност институција и константно, сигурно и наменско финансирање политике, кроз примену принципа „загађивач плаћа“ и пуног повраћаја трошкова еколошких услуга (управљање отпадом, снабдевање водом и прикупљање и третман отпадних вода). С обзиром да је Република Србија у значајној мери децентрализовала спровођење транспонованих тековина ЕУ из ове области поверавањем послова из своје надлежности Аутономној Покрајини Војводини и јединицама локалне самоуправе, та подела надлежности мора бити јасна, а делотворно спровођење циљева директива обезбеђено на целој територији државе;²⁸ и

3. економски изазов – комунална и енергетска инфраструктура у Републици Србији драстично заостају за нивоом еколошких услуга и перформанси у ЕУ (близу 90,0% комуналних и индустријских отпадних вода у нашој земљи испушта се, без предходне обраде у реке; Београд, Нови Сад, Ниш и други велики градови немају системе за прераду комуналних отпадних вода; стопа рециклаже чврстог комуналног отпада је свега 4,0%, док је у ЕУ преко 40,0%; изложеност становништва емисијама сумпордиоксида је 5,5 пута *per capita* виша него у ЕУ итд.). Имајући у виду наведено, укупни трошкови Републике Србије (капитални, оперативни и административни) у погледу Поглавља 27 за период 2011-2030. процењени су на 10,6 милијарди €. Оперативни трошкови, који са око 4,6 милијарди € значајно партиципирају у структури укупних трошкова, неће бити финансирани из међународних извора, већ у складу са применом принципа „загађивач плаћа“ и принципа пуног повраћаја трошкова, из приватних извора, накнада за коришћење услуга и буџета.²⁹

Адекватним одговором на наведене изазове, Република Србија ће успешно испунити своје обавезе према UNFCCC и Споразуму из Париза, тј.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

допринети успешнијем дугорочном глобалном одговору на претње изазване климатским променама. Предузимањем делотворних активности, наша земља ће такође, поспешити и остваривање приоритетних циљева ЕУ у овој области – очување, заштита и унапређење квалитета животне средине; заштита здравља људи; одговорно и рационално коришћење природних ресурса, као и промовисање мера на међународном плану које чине ефикаснијим решавање регионалних и глобалних проблема животне средине, а нарочито борбу против климатских промена. Коначно, допринос глобалној борби против климатских промена, омогућиће и смањење ризика од виктимизације у овој области, који је данас неспорно висок.

Vladimir V. VEKOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE REPUBLIC OF SERBIA FACING THE CHALLENGES OF CLIMATE CHANGE

Summary

The Republic of Serbia contributes globally to the fight against climate change in the warehouse with its own capacities, national circumstances and determined developmental cycles. Our national climate change policy harmonized with the relevant United Nations documents (the UN Climate Change Convention, the Kyoto Protocol, Doha Amandman, the Paris Agreement, etc.) and the European Union legal framework.

Adequate response to the legislative, institutional, economic and other issues, as well as the assumption of effective actions that contribute to a successful long-term global response to the erosion of climate change, the Republic of Serbia will successfully respond to the demands that are before the United Nations and the European Union, whose work is difficult. Those banners do not isolate me internally; on the contrary, they are close to being complementary. Similarly, making an appropriate contribution to climate business enabling and eliminating the risk of victimization in this area, which is undoubtedly high.

Keywords: climate change, Republic of Serbia, United Nations, European Union, victimization.

ЛИТЕРАТУРА

Дреновак-Ивановић, М., Ђорђевић, С., Важић, С., *Правни инструменти еколошке заштите: грађанскоправна и кривичноправна заштита*, Министарство пољопривреде и заштите шивотне средине, Београд, 2015.

Крећа, М., *Међународно јавно право*, Правни факултет – Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012.

Поглавље 27 у Србији: још увек у припреми, Извештај из сенке за поглавље 27 – животна средина и климатске промене, Млади истраживачи Србије, Београд, 2017.

Second National Communication of the Republic of Serbia under the United Nations Framework Convention on Climate Change, Ministry of Environmental Protection, Belgrade, August 2017.

ЗАКОНИ

Закон о потврђивању Доха Амандмана на Кјото Протокол уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 2/17.

Закон о потврђивању Кјото протокола уз Оквирну конвенцију Уједињених нација о промени климе, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 88/07 и 38/09 – др. закон.

Закон о потврђивању Оквирне конвенције Уједињених нација о промени климе, са анексима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, број 2/97.

Закон о потврђивању Споразума из Париза, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 4/17.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Информација о актуелној епидемиолошкој ситуацији грознице Западног Нила на територији Републике Србије у 2018. години. <http://www.batut.org.rs/download/aktuelno/Informacija%20o%20aktuelnoj%20epidemioloskoj%20situaciji%20GZN%2016.10.2018.pdf>, 19. октобар 2018.

Nacionalna strategija za borbu protiv klimatskih promena – doprinos lokalnih samouprava i privatnog sektora; https://rs.boell.org/sites/default/files/res_fondacija_elektronska_brosura_projekta_monitoring_klimatskepolitike_republike_srbije.pdf, 18. август 2018.

Nacionalna strategija Republike Srbije za aproksimaciju u oblasti životne sredine; <http://www.misp-serbia.rs/wp-content/uploads/2010/05/EAS-Strategija-SRP-FINAL.pdf>, 5. септембар 2018.

Нацрт закона о климатским променама;
<http://www.ekologija.gov.rs/ministarstvo-zapocinje-postupak-javne-rasprave-za-zakon-o-klimatskim-promenama/?lang=lat>, 17. мај 2018.

<http://www.novosti.rs/vesti/turizam.90.html:419289-Maldivi---rajska-ostrva-u-Indijskom-arhipelagu>, 30. август 2018.

http://www.hidmet.gov.rs/ciril/ipcc/info_ipcc.php, 29. август 2018.

АЛТЕРНАТИВЕ КАЗНИ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У УПОРЕДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Апстракт: Имајући у виду различитост модела кривичноправног положаја малолетника једне земље, у литератури домаћег и упоредног малолетничког кривичног права уочавамо разноврсне облике прописивања и примене алтернативних санкција и мера. У првом реду указаћемо на оне санкције и мере које су највише заступљене у европском, англосаксонском и нашем правном систему, уважавајући њихову бројност и различитост, како бисмо на један свеобухватнији начин приказали значај и све већу примену у пракси.

Општи је став у теорији и пракси малолетничког кривичног права да се казна затвора изриче као крајња мера и *само ако се* не примени нека од других блажих, алтернативних материјално и процесноправних одредби. То даље значи да се казна као *ultima ratio* примењује у случају, када се превентивна сврха не може остварити неком од мера васпитног карактера

Кључне речи: кривичне санкције, алтернативне мере, казна затвора, малолетно лице.

УВОД

У савременом кривичноправном систему, компаративно посматрано, казна малолетничког затвора се одликује другачијим условима изрицања и третманом учиниоца приликом њеног извршења. Поред тога, што није једина казна у систему кривичних санкција које се односе на малолетнике, казна малолетничког затвора је различито регулисана у кривичном законодавству појединих држава. У многим европским земљама, законодавац не прописује на јединствен начин изрицање, одмеравање, трајање и извршење казне малолетничког затвора, већ све то у складу са својим особеностима нормативног система прилагођава адекватним друштвеним приликама.

У том смислу, савремено кривично право према малолетницима, све више показује тежњу, да се у односу на њих, када је то објективно могуће, уместо класичних кривичних санкција, реагује другим мерама - васпитним мерама, налозима, упутствима и сл. Тако је и данас предвиђено у многим

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

европским па и у неким англосаксонским земљама, да се најтеже кривичне санкције изричу *само изузетно*, док се посебна пажња посвећује изрицању мере помоћи, заштите и васпитања, имајући у виду узраст малолетника, њихову структуру и зрелост личности.

1. АЛТЕРНАТИВЕ КАЗНИ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У ЕВРОПСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Посматрајући у целини развој алтернативних мера и санкција у савременом малолетничком кривичном законодавству, може се јасно уочити све већа разноврсност у њиховој примени и потреба оваквог начина реаговања од стране друштвене заједнице. Поред примене наведених мера и санкција које се појављују као замена за кривичноправне облике реаговања, у њиховом систему разликујемо и одређене алтернативне мере као замену за казну лишења слободе. У првом реду се мисли на прописивање и примену различитих врста мера и санкција које по начину и циљу могу да замене казну лишења слободе, као једну од најтежих репресивних метода кривичноправног реаговања.¹

Малолетничко кривично законодавство данас све више предвиђа као законску могућност да се казна лишења слободе малолетника у појединим ситуацијама не изриче, већ се применом одређених мера и санкција на другачији начин решава питање кривичне одговорности малолетника. Сходно томе, у евроконтиненталном и англосаксонском кривичном законодавству препознајемо различите облике алтернативног поступања према малолетницима, како би се избегла примена казна лишења слободе и вођење класичног кривичног поступка.

Примена алтернативних мера и санкција уместо казне малолетничког затвора у кривичном законодавству Немачке у чл. 21. JGG прописује да уколико је малолетнику изречена казна до једне године за учињено кривично дело (изузетно и казна до две године), судија ће донети одлуку о одлагању њеног извршења, које не може бити краће од две ни дуже од три године. Дакле, ради се о *условном одлагању извршења казне (Strafaussetzung)* где суд приликом доношења одлуке о одлагању извршења казне малолетничког затвора, узима у обзир личност малолетника, његов ранији живот, околности под којима је извршено кривично дело, понашање након извршеног дела као и утицај који се применом условног одлагања извршења изречене казне очекује у конкретном случају. Између осталог, судија може у времену проверавања малолетнику давати одређена упуства и налоге, које може

¹ Н. Мрвић – Петровић, „Алтернативне санкције и ново законодавство Републике Србије“, *Темид*, Београд, 2006., 56.

мењати или укидати у зависности од успеха у даљем понашању малолетника.²

Овакав начин реаговања подразумева примену судске процедуре, с тим да се изречена казна малолетничког затвора одлаже за одређено време у коме се очекује побољшање у понашању малолетног преступника. За време проверавања од две до три године, активно се утиче на његову васпитну запуштеност и посебно залаже за васпитање и правилан развој личности малолетника, како би се отклониле штетне последице. Судија ће у току проверавања малолетника ставити под надзор тзв. службеног помоћника за извршење условне осуде у виду пружања помоћи и подршке у свакодневним школским, породичним и другим животним приликама (чл. 23. и 24. JGG).³

Надаље, у малолетничком кривичном праву Немачке прописана је у члану 27. JGG посебна врста одлагања која се односи на условно одлагање изрицања казне затвора за малолетнике (*Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe*). Наведеном одредбом прописује се да постоји могућност, после истраге, да када није са сигурношћу могуће утврдити да ли је кривично дело имало штетан утицај на малолетника, тј. да је неопходно изрећи казну, онда се у том случају утврђује казна и одређује време проверавања, чиме се одлаже изрицање и извршење утврђене казне. У овом случају судија ће *утврдити постојање кривице и одредити период проверавања од најмање једне, а највише две године, уз могућност стављања малолетника под надзор помоћника надлежног за извршавање условне осуде* (29. JGG). Овакав начин одлагања изрицања казне, заправо омогућава малолетнику да се на изванредан начин, ако је могуће, уздржи од даљег противправног понашања и испуни очекивања која се од њега захтевају од стране лица задужених за надзор.⁴ Дакле, у овом случају се не изриче казна малолетничког затвора, већ се само утврђује кривица малолетника и одређује време у коме се води рачуна да се поново не изврши кривично дело и преиспитује његово понашање, од чега зависи да ли ће се касније изрећи наведена казна затвора.

У оквиру алтернативних санкција, такође разликујемо одређене варијанте лишавања слободе у краћем трајању као различите модалитете

² K. Laubenthal, H. Baier, N. Nestler, *Jugendstrafrecht*, 2. Auflage, Würzburg, 2010., 337.

³ G. Nothacker, *Jugendstrafrecht*, (Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld), 81.

⁴ У том смислу, уколико се пође од опште поставке да је кажњавање малолетника последње средство у сузбијању њиховог преступништва, онда би примена било које мере васпитног карактера била основно правило у даљем решавању његове васпитне запуштености. Стога се одлука примене васпитних мера у односу на казну затвора, а у циљу што бољег утицаја на личност малолетника, сматра целисходнијом и хуманијом. U. Eisenberg, *Jugendgerichtsgesetz - Kommentar*, München, 2009., 295.

извршења казне малолетничког затвора. Лишење слободe може бити у трајању од неколико сати, дана или недеља, углавном ноћу, док се током дана осуђено лице налази ван затворске установе, како би обављало свакодневне активности. Као пример, можемо опет узети малолетничко кривично законодавство Немачке према коме се у члану 16. JGG предвиђа одредба која се односи на различите модалитете лишења слободe (*Jugendarrest*) у смислу дужине њеног трајања.

Малолетнички затвор (*Jugendarrest*) је најтежа врста дисциплинске санкције тј. васпитног средства која се може извршити на три начина. Као прво, затвор у слободно време односно затвор у време викенда (*Freizeitarrrest*) не може трајати дуже од два викенда. Затим, затвор у кратком трајању (*Kurzarrrest*) се изриче уместо затвора у слободно време, ако је то из васпитних разлога сврсиходно и ако не би дошло до ометања школовања и рада малолетника. Два дана затвора у кратком трајању замењују једну меру затвора у слободно време, при чему трајање затвора не може бити дуже од шест дана. И на крају затвор у дугом трајању (*Dauerarrrest*) одређује се најмање једну, а највише четири недеље, при том се одмерава на пуне дане и недеље.⁵ Као новина која се предвиђа у закону о судском поступку према малолетницима у чл. 16а JGG (*Jugendarrest neben Jugendstrafe*) јесте могућност да се уз казну малолетничког затвора (*Jugendstrafe*) чије се изрицање одлаже за одређени период (чл. 27. JGG *AussetzungderVerhängungderJugendstarfe*) може изрећи један од модалитета лишења слободe у краћем трајању (*Jugendarrest*).

За остваривање ове законске могућности наводе се услови у смислу неопходности да се малолетнику за време проверавања пружи потребна помоћ и подршка у виду краћег третмана боравком у заводској установи. Надаље се захтева потреба што бољег васпитног деловања током краћег боравка малолетника у одређеној заводској установи за време проверавања односно одлагања изрицања казне малолетничког затвора. У случају да је малолетник већ раније био на издражавању малолетничког затвора (*Jugendarrest*) у трајању од једне до четири недеље, онда није неопходно да се опет изриче уз казну малолетничког затвора (*Jugendstrafe*) чије се изрицање одлаже за одређени период.⁶

Као што немачко кривично законодавство предвиђа условно одлагање извршења и изрицања казне, тако је и у *аустријском Закону о судском поступку према малолетницима* прописано да постоји могућност доношења одлуке о кривици малолетника без изрицања казне затвора (чл. 12.

⁵ M. Eltern, *Jugendstrafrecht, Delinquenz und Normorientierung Jugendlicher, Eine empirische Überprüfung des Zusammenhanges von Sozialisation, Wertebildung, Sanktionseinstellung und Delinquenz*, Hamburg, 2002., 16 - 17

⁶ Видети : 09/ 2012 (BGBl. I, S. 1854).

Schuldspruch ohne Strafe). Да би се применило ово законско решење, неопходно је да се ради о лакшем кривичном делу, за које је забрањена казна до три месеца, где суд образложе да се у овом случају малолетник само оглашава кривим без изрицања казне затвора. Још један од модалитета казне затвора предвиђен је у чл. 13. (*Schuldspruch unter Vorbehalt der Strafe*) који се односи на условно одлагање извршења казне у коме је период проверавања у трајању од једне до три године, ако се претпостави да ће претња казном уз друге мере надзора одвратити малолетника од даљег извршења кривичних дела.⁷

Поред наведених алтернативних законских могућности, поједина европска законодавства прописују *новчану казну* као један од начина замене за казну лишења слободе. Тако је у *аустријском Закону о судском поступку према малолетницима* у члану 6. (*Jugendgerichtsgesetz*) превиђено да се може изрећи новчана казна у дневном износу за кривична дела за које се може изрећи казна затвора од шест месеци до пет година. Новчана казна може се изрећи као замена за казну затвора према малолетнику, с тим да се води рачуна о његовим финансијским могућностима и свакодневним потребама у породици и школи.⁸ Слична решења наилазимо у кривичном законодавству Француске (*Ordonnance*) у коме се прописује новчана казна (*L'amende Art. 20-3, 21*) и услови изрицања, затим Шведске, (чл. 25. *Swedish Penal Code*), Русије (чл. 88), Грчке (чл. 122. *Greek Penal Code*) и других земаља.⁹

Још један начин кривичноправног реаговања у односу на малолетнике огледа се у примени формалне санкције у виду рада у јавном интересу или друштвено корисног рада. Суштина ове кривичне санкције се односи на могућност замене казне малолетничког затвора, тако ште се малолетнику дају одређени послови у корист друштвене заједнице или да тиме надокнади проузроковану штету оштећеном. Најчешће се изриче са још неким обавезама које малолетник треба испунити према оштећеном (медијација, посебни образовни курсеви и друго) и тиме се омогућава замена тзв. краткотрајних казни затвора за друштвено користан рад. За ову законску могућност можемо навести поједина европска кривична законодавства, као на пример, аустријско, према коме рад у јавном интересу (*Gemeinnützige Leistungen*) дневно не може бити дужи од 6 сати, нити недељно од 20 сати, с тим да највише може трајати до 120 сати. У немачком малолетничком кривичном законодавству друштвено користан рад се може изрећи само као

⁷ Lösching, M. G., *Jugendstrafrecht in Europa*, Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 2002., 283.

⁸ O. Maleczky, *Österreichisches Jugendstrafrecht, Kommentar*, Wien, 2008., 19.

⁹ I. Pruin, *Sanctions Systems and Sentencing Practices in Europe*, University of Greifswald, Germany, 2010, 10.

мера односно упутство, а не као кривична санкција која се посебно не наводи у систему њиховог прописивања. Такође се у кривичном законодавству Француске, Русије, Шведске, Швајцарске, Грчке посебно наводи као формална кривична санкције која може бити алтернатива казни лишења слободе или се друштвено користан рад може изрећи уз новчану казну.¹⁰

2. АЛТЕРНАТИВЕ КАЗНИ МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА У АНГЛОСАКСОНСКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

У оквиру упоредноправног приказа алтернативе казни малолетничког затвора анализираћемо постојећа законска решења у англосаксонском малолетничком кривичном законодавству. Може се констатовати да је врло разноврсно по питању алтернативних тзв. интермедијарних санкција, чиме се указује на другачије кривичноправно реаговање, при кажњавању малолетника. Наиме, примена ових санкција све више долази до изражаја као начин избегавања класичног лишења слободе малолетника, тј, његовог затварања на дуже време.

Тако је у кривичном законодавству САД тзв. *Boot camp* једна од најпознатијих форми лишавања слободе у краћем трајању у виду кампова за преваспитавање малолетника. Као посебна варијанта лишења слободе омогућава да се малолетници издвајају из породице и смештају у кампове у краћем периоду од деведесет до сто двадесет дана у којима се пружају различити облици третмана у зависности од потребе личности малолетника. Углавном се ради о веома интезивним третманима психолошке подршке, помоћи, физичким тренинзима по узору на војничке кампове са строжом дисциплином, како би се постигли што бољи резултати у преваспитавању малолетника и ублажиле последице тзв. младалачког бунтовног духа.¹¹

Као други начин лишења слободе у краћем трајању који се може изрећи малолетнику уз неку меру васпитног карактера односи се на *sharp – short – shock* затварање. Ова врста затварања малолетника карактеристична је за кривично законодавство Енглеске и Велса, према коме се малолетници осуђују на шездесет дана интезивног третмана и програма. Дакле, говори се о једној врсти шок терапије која се примењује према малолетницима у виду

¹⁰ *Ibid*, 11.

¹¹ Међутим, због проблема које се јављају приликом спровођења ове санкције, поједине државе САД укинуле се ову врсту казне. Тако је на пример, 1997. године, Управа запоправљање државе Калифорније објавила да је у плану укидањелогора за обуку који је постојао у оквиру корекционог система, како за одрасле, тако и за малолетнике. Неколико случајева је у овим установама било са смртним исходом, што је био довољан разлог за њихово укидање. М. Peters, D. Thomas, Ch. Zamberlan, *Boot Camps for Juvenile Offenders*, Washington, DC, 1997., 12.

интезивнијег пробацијског надзора укључујући и друге мере психолошке подршке. Још једна варијанта затварања малолетника односи се на тзв. куће на пола пута (*Halfway house*) која је карактеристична и за пунолетна лица. Суштина ове формалне санкције односи на постојање посебних објеката у које се смешају малолетници, који се већ налазе на издржавању казне, али се пре пуштања на слободу, припремају у одређеним објектима у којима се према њима предузимају одговарајући третмани. Постоје различити облици третмана и подршке који се пружају малолетницима, при чему, они ван тих завода похађају школу или одређене курсеве, па се тако постепено привикавају за будући живот на слободи. Формирање тзв. кућа на пола пута започето је још у почетком 19. века у Енглеској, с тим да касније у другој половини 20. века почиње са применом и у САД, где је данас веома заступљена. Истраживања која се спроводе поводом примене ове кривичне санкције указују на постојање различитих резултата у смислу њене успешности. Сходно томе, у литератури се могу видети подаци који указују на честу заступљеност у САД и позитивне резултате током примене према малолетницима, јер тзв. куће на пола пута омогућују и интезивне психолошке програме према лицима који имају проблема са злоупотребом алкохола и опојних дрога. На тај начин целисходно се пружају третмани у виду њиховог лечења и одвикавања од разних опијата, како би се малолетници вратили у породицу у којој могу нормално да живе и похађају школу.¹²

Малолетничко кривично законодавство у англосаксонском правном систему такође се одликује једном посебном кривичном санкцијом, која се примењује према малолетницима у погледу избегавања класичних затворских установа и увођењу другачијег начина кажњавања. Говори се о тзв. кућном затвору (*Home detention, House arrest*) који се примењује по пристанку малолетника и коме се омогућује да борави у својој кући, редовно похађа школу, јавља поверенику социјалне службе и активно учествује у осталим предвиђеним програмима. Приликом изрицања ове санкције, узимају се у обзир лична својства, као и тежина кривичног дела, па се примењује према учиниоцима (малолетницима) лакших кривичних дела која не садрже елементе насиља. Кућни затвор (*Home detention, House arrest*) најчешће се примењује са електронским надзором у оквиру осуде на пробацију, где се одређује обавеза малолетнику да у одређеном периоду не сме напуштати кућу у току слободног времена или ноћним часовима. Међутим, судском одлуком су прецизирани одређени услови под којима осуђени може да напусти одређени простор, даљина на коју се може

¹² F.E. Zimring, "The Common Thread: Diversion in Juvenile Justice", *California Law Review*, Vol. 88, 2000. 247.

удаљити, као и трајање кућног затвора. За свако напуштање простора мора да постоји одобрење, при чему не постоје ограничења у породичним и друштвеним приликама осуђеника у смислу да живи са својом породицом, одлази у школу и извршава друге предвиђене обавезе. Извршење затвора и поштовање забране кретања контролише социјални радник на основу извештаја полиције, постављених телефонских прислушних уређаја, или посебних електронских средстава постављених у кући или на телу малолетног лица.¹³

3. АЛТЕРНАТИВЕ КАЗНИ ЗАТВОРА У КРИВИЧНИМ ЗАКОНОДАВСТВИМА ПОЈЕДИНИХ ЗЕМАЉА У РЕГИОНУ

У систему прописивања алтернативних кривичних санкција наилазимо на нормативна решења бивших земаља СФРЈ која су у великој мери слична решењима кривичног законодавства Немачке и Аустрије. Тако је према *Закону о судовима за младеж* у законодавству Хрватске, прописано да се може применити једно специфично законско решење предвиђено у чл. 28. под називом „*придржај изрицања малолетничког затвора*“. Том приликом суд може најпре утврдити и изрећи да је малолетник крив и истовремено одложити изрицање казне малолетничког затвора, уколико сматра да се изрицањем кривице и претњом накнадног изрицања казне малолетник може одвратити од поновног вршења кривичних дела. Такође, суд може малолетнику у оквиру одлагања изрећи неку васпитну меру појачаног надзора или више посебних обавеза, које не могу трајати дуже од времена проверавања. У случају да се за време проверавања које суд одреди, а које не може бити краће од једне, ни дуже од од три године, малолетник учини ново кривично дело или се противи примени изреченим васпитним мерама, малолетнички затвор се може накнадно изрећи.¹⁴

Значајна новина у правцу избегавања примене казне малолетничког затвора среће се у малолетничком законодавству Републике Српске, где се у чл. 54. *Закона о заштити и поступку са дјецом и малолетницима у кривичном поступку* предвиђа могућност тзв. *одагања изрицања казне малолетничког затвора*. У овом случају суд може изрећи казну малолетничког затвора и истовремено одређује да је неће извршити када се оправдано може очекивати, да се претњом накнадног изрицања казне може утицати на малолетника да убудуће не врши кривична дела. Затим се уз

¹³ *Ibid*, 248

¹⁴ Б. Цвјетко, „Законска и судска политика кажњавања малолетника и млађих пунолетника казном малолетничког затвора“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, 2/2004., 843.

казну малолетничког затвора може изрећи нека од васпитних мера појачаног надзора или више посебних обавеза.

Такође је предвиђено да суд може накнадно наложити извршење казне малолетничког затвора, ако малолетник за време које суд одреди (од једне до три године – време проверавања) учини ново кривично дело или одбије да поступи по изреченој васпитној мери појачаног надзора или више посебних обавеза. По истеку најмање једне године од времена проверавања, суд може након што прибави извјештај органа старатељства, коначно одустати од изрицања казне, ако нове чињенице потврђују уверење да малолетник неће учинити нова кривична дела.¹⁵

У оквиру прописивања алтернативних санкција наилазимо на још једно специфично решење у малолетничком кривичном законодавству Македоније, које може заменити класично лишавање слободе малолетника. Наиме, говори се о прописивању санкција где се старијем малолетнику у одређеним ситуацијама може изрећи условна осуда са заштитним надзором, условно прекидање вођења кривичног поступка, изрицање општег корисног рада и новчане казне. У *Закону за малолетничку правду* у чл. 55. посебно се прописују услови за изрицање условне осуде са заштитним надзором према коме се малолетнику који је извршио кривично дело, за које је забрањена казна затвора до три године или новчана казна може изречи условна осуда са заштитним надзором. Време проверавања које суд одређује не може бити краће од једне, ни дуже од три године. Затим се у чл. 56. истог закона предвиђа условно прекидање кривичног поступка ако је учињено кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година затвора под условом да је малолетник: а) изразио кајање због учињеног кривичног дела, б) отклонио последице кривичног дела, в) надокнадио штету или се помирио са оштећеним који се сагласио са прекидом кривичног поступка, г) да у року од две године поново не учини кривично дело.

Према члану 57. истог закона прописује се опште користан рад, који се изриче за кривично дело за које је у закону прописана новчана казна или казна затвора до три године. Време трајања опште корисног рада је од пет до сто часова и изриче се ако је потребно да се на овај начин изврши васпитни утицај на личност и понашање малолетника. Надзор за спровођење корисног рада врши центар за социјални рад, који обавештава суд најмање једном месечно.¹⁶

¹⁵ М. Бабић, И. Марковић, *Кривично право – Општи део*, Бања Лука, 2008., 485.

¹⁶ Малолетничко кривично законодавство Македоније се посебно издваја у односу на многа друга европска и законодавства у региону приликом прописивања неколико врста казни за малолетне учиниоце. Тако је у члану 43. Закона за малолетничку правду прописано неколико врста казни за старије малолетнике: 1) малолетнички затвор, 2) новчана казна, 3) забрана управљања моторним возилом и 4)

Уопштено посматрано, сви наведени облици кривичноправног реаговања иду у правцу замене казне лишења слободе неком другом кривичном санкцијом или формалном мером која се изриче у кривичном поступку. Свака од наведених санкција може бити замена за казну малолетничког затвора и као таква у садржинском облику има у одређеној мери диверзиони карактер. Свакако се међусобно разликују и тиме још више указују на разгранатост и могућност прилагођавања личности малолетника, истовремено уважавајући њене васпитно - образовне потребе и третмане. Све је чешћа потреба за применом неких од ових санкција, како би се избегла репресивност и тиме се у одређеним установама односно заводима прибегава посебним третманима и програмима према малолетницима. Идеја која се све више заговара у савременом малолетничком кривичном праву односи се на примену алтернативних санкција и мера као ефикасног механизма кривичноправног реаговања и као адекватног криминалнополитичког начина поступања.

ЗАКЉУЧАК

Уопштено речено, издвајање малолетничког кривичног права у посебну целину и доношење закона којима се регулише кривичноправни положај малолетника, несумњиво представља велики напредак за европски правни систем. Гледано са становишта разних правних система, настојања малолетничког кривичног права када је у питању кажњавање малолетника, односе се на могућност прописивања већег броја кривичних санкција и других мера. Што се тиче европског „малолетничког“ кривичног права, из изложеног се може закључити да немачко кривично право са дугом традицијом представља велики искорак и тако јесте узор многим другим земљама континенталног правног система. Посебно значајно за малолетничко законодавство Немачке јесте прописивање великог броја

протеривање странца из земље. Наведене казне се могу изрећи само кривично одговорном старијем малолетнику ако због тешких последица дела и високог степена кривичне одговорности не би било оправдано изрећи васпитну меру. Н. Матовски, „Кривичноправни аспекти малолетничке деликвенције у Македонији“, Зборник, *Кривичноправна питања малолетничке деликвенције*, Београд, 2008, 96. У овом случају се у казне за старије малолетнике сврставају и оне санкције које су у другим законодавствима мере безбедности, што може различито да се посматра и са становишта правне природе и начина прописивања кривичних санкција. Неуобичајено законско решење се може с правом оспоравати због намере законодавца да прописује различите кривичне санкције, као казне које се могу изрећи само старијем малолетнику, имајући у виду њихову различиту правну природу и сврху кажњавања.

различитих санкција и њених алтернатива, уважавајући елементе, како правосудног, тако заштитничког и модела ресторативне правде.

Специфичности које се односе на личност малолетних лица и другачији друштвени приступ према њима, захтевају посебан кривичноправни положај малолетника. Данас готово да 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 примену другачијих кривичних санкција.

Dragan BLAGIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

ALTERNATIVE PENALTIES OF JUVENILE IMPRISONMENT IN COMPARATIVE LEGISLATION

Summary

Generally speaking, the separation of juvenile criminal law into a separate entity and the adoption of laws regulating the juvenile's juvenile status undoubtedly represent great progress for the European legal system. Viewed from the standpoint of various legal systems, the prospect of juvenile criminal justice in the area of juvenile punishment refers to the possibility of imposing a greater number of criminal sanctions and other measures. As for the European "juvenile" criminal law, it can be concluded from the exhibited that a German criminal law with a long tradition is a big step forward and thus is a model for many other countries of the continental legal system. Of particular relevance to Germany's juvenile legislation is the prescribing of a large number of different sanctions and its alternatives, taking into account the elements of both the judicial, the protective and the model of restorative justice. Generally speaking, the separation of juvenile criminal law into a separate entity and the adoption of laws regulating the juvenile's juvenile status undoubtedly represent great progress for the European legal system. Viewed from the standpoint of various legal systems, the prospect of juvenile criminal justice in the area of juvenile punishment refers to the possibility of imposing a greater number of criminal sanctions and other measures.

Keywords: criminal sanctions, alternative measures, prison sentence, a minor.

ЛИТЕРАТУРА

Бабих М., Марковић И., *Кривично право – Општи део*, Бања Лука, 2008.

Eisenberg U., *Jugendgerichtsgesetz - Kommentar*, München, 2009.

Eltern M., *Jugendstrafrecht, Delinquenz und Normorientierung Jugendlicher, Eine empirische Überprüfung des Zusammenhanges von Sozialisation, Wertebildung, Sanktionseinstellung und Delinquenz*, Hamburg, 2002.

Zimring F.E., "The Common Thread: Diversion in Juvenile Justice", *California Law Review*, Vol. 88, 2000.

Laubenthal K., Baier H., Nestler N., *Jugendstrafrecht, 2. Auflage*, Würzburg, 2010.

Lösching, M. G., *Jugendstrafrecht in Europa*, Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, Freiburg, 2002.

Nothacker G., *Jugendstrafrecht*, (Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld).

Maleczky O., *Österreichisches Jugendstrafrecht, Kommentar*, Wien, 2008.

Матовски Н., „Кривичноправни аспекти малолетничке деликвенције у Македонији“, Зборник, *Кривичноправна питања малолетничке деликвенције*, Београд, 2008.

Мрвић – Петровић Н., „Алтернативне санкције и ново законодавство Републике Србије“, *Темид*, Београд, 2006.

Peters M., Thomas D., Zamberlan Ch., *Boot Camps for Juvenile Offenders*, Washington, DC, 1997.

Pruin I., *Sanctions Systems and Sentencing Practices in Europe*, University of Greifswald, Germany, 2010.

Цвјетко Б., „Законска и судска политика кажњавања малолетника и млађих пунолетника казном малолетничког затвора“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, Загреб, 2/2004.

Др Здравко ГРУЈИЋ*

343.24(497.11)

НОВЧАНА КАЗНА – ПРЕИСПИТИВАЊЕ АЛТЕРНАЦИЈЕ КАО КАРАКТЕРИСТИКЕ САНКЦИЈЕ -

Апстракт: Новчана казна представља једну од најстаријих кривичних санкција, посматрано од периода који карактерише монистички систем кажњавања. Као део система кривичних санкција прописана је у свим модерним кривичноправним системима, у различитим модалитетима одмеравања, начином извршења и ефектима примене. Новчана казна представља и део система кривичног санкционисања у Републици Србији, иако је у последњем периоду њена заступљеност структури изречених кривичних санкција у константном опадању, а делотворност значајно умањена. Прописивање нових кривичних санкција у Кривичном законнику из 2006. године, односно нових алтернатива казни затвора, отворило је питање да ли је и новчана казна према својим карактеристикама алтернатива казни затвора - традиционална или нова (према прописаном примарном начину одмеравања). Иако велики број аутора у домаћој и страниј доктрини полази од става да је новчана казна примарна алтернатива казни затвора, циљ овог рада је преиспитивање алтернатије као карактеристике ове кривичне санкције.

Кључне речи: новчана казна, алтернативе казни затвора, карактеристика кривичне санкције

УВОДНА ИЗЛАГАЊА О НОВЧАНОЈ КАЗНИ

Новчана казна представља самосталну кривичну санкцију имовинског карактера чију садржину представља обавеза учиниоца да због извршеног кривичног дела плати одређени новчани износ у корист државе. Нападом на имовину учиниоца кривичног дела и установљавањем обавезе плаћања новчаног износа, новчана казна представља кривичну санкцију ретрибутивног карактера али, истовремено, најекономичнију санкцију према начину њеног извршења и “користи” која се остварује за државу.

Историјски посматрано, новчана казна је настала веома рано и то у вези са системом композиције према које је извршилац забрањеног

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

понашања плаћао одређену суму новца оштећеном или његовој породици као накнаду за учињено дело чиме се избегавала примена крвне освете.¹ Јачањем функција државе посредничка улога између учиниоца дела и породице оштећеног замењена је доминантном и преузета је обавеза наплате одређеног новчаног износа, али у сопствену корист. Тиме је новчана казна постала аутономна кривична санкција усмерена против имовине учиниоца кривичног дела.

Изрицањем новчане казне између учиниоца кривичног дела и државе ствара се „специфичан“ облигациони однос у коме се држава појављује као поверилац, а учинилац као дужник.² Данас представља кривичну санкцију која се у упоредном праву појављује у свим кривичноправним системима, док у појединим представља основно средство реаговања на криминално понашање.³

¹ Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, стр. 260; Драган Јовашевић, *Примена новчане казне у сузбијању криминалитета – право, теорија и пракса Републике Србије, Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука, 2014, 295;

² Драган Јовашевић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, 219-220.

³ Тако је нпр. у укупној структури изречених кривичних санкција новчана казна чинила 73% санкција у Аустрији, 82% у Немачкој или преко 95% у Јапану. Р. Novopivec, *Sistem sankcija, alternative kazni zatvora i ljudska prava, Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Београд, 1989, стр. 95. Исто и у: Миленко Радоман, *Пенологија и систем извршења кривичних санкција*, Нови Сад, Београд, 2003, стр. 60, фуснота 1. У нашој земљи је 1990. године проценат новчане казне у укупном броју изречених кривичних санкција износио 45%. Видети: Ђорђе Ђорђевић, *Одмеравање новчане казне, Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, број 3, Београд, 1998, стр. 102. Након неколико година у којима је примена новчане казне, услед економске ситуације и хиперинфлације, била обесмишљена учињени су озбиљни напори у њеној реафирмацији. „Парадоксално је да је после ступања на снагу КЗ (2006) чак дошло до пада примене новчане казне, иако је интенција законодавца била да се повећа проценат осуђених на новчану казну, а смањи обим примене условне осуде. Према подацима Статистичког завода Србије (Билтен 529, Београд, 2010) од 2006. године, учешће новчане казне у структури изречених кривичних санкција је у сталном паду. Тако, 2005. године удео изречених новчаних казни у структури изречених санкција био је 21,85% (сличан проценат запажа се од 2001. године), да би се у наредном периоду тај проценат смањивао и у 2009. години износи 16,51%.“ Зоран Стојановић, *Везаност суда казним распонима новчане казне – прилог тумачењу одредаба о минимуму и максимуму новчане казне, Crimen*, Број 1, 2012, стр. 96, фуснота 2. Тренд смањивања процента новчане казне у структури изречених кривичних санкција настављен је у наредном периоду, тако да је од 2006. до 2014. године са 19,4%, опао на 8,8%. Републички завод за статистику, *Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2014*, Билтен број 603, Београд, 2015, 57.

1. НОВЧАНА КАЗНА – ОСПОРАВАЊА И ПРЕДНОСТИ КАО САНКЦИЈЕ

У домаћој литератури, Срзетић, Стајић и Лазаревић сублимирају приговоре и оспоравања новчане казне као кривичне санкције који се појављују у теорији кривичног права и представљају аргументе којима се оповргавају изнете критике и истичу предности новчане казне у савременим системима кривичних санкција.

За противнике новчане казне, како истичу ови аутори, реч је о кривичној санкцији која се по својој садржини не уклапа у савремене циљеве криминалне политике. Ова казна је пре свега неправична, јер неједнако погађа учиниоце кривичних дела због њиховог различитог имовног стања. Новчана казна је лишена персоналног карактера. Ако се изриче учиниоцу који има материјалне обавезе према другим лицима, што је у пракси чест случај, она у подједнакој мери погађа и друга лица која нису нимало крива за извршено дело. Нису ретки ни случајеви да терет плаћања новчане казне пада на друга лица а не на осуђеног (родитељи уместо детета или ближи сродници осуђеног) чиме се такође губи персонални карактер ове казне. Критика се односи на могућност остваривања циљева генералне превенције јер њено изрицање у симболичним износима и различитост њеног ефекта зависно од имовинског стања нема, по правилу, застрашујући утицај на потенцијалне учиниоце кривичних дела. Оспорава се њен специјално-превентивни карактер због чињеница да се ради о казни ретрибутивног карактера, која пре свега значи материјалну одмазду за извршено кривично дело лишено сваког моралног утицаја на учиниоца где осуђени ову казну осећа као „богаћење државе на његов рачун“ и зато она не може поправно да делује на њега, већ напротив, изазива осећај неправде и револта према друштву.⁴

Поборници новчане казне, с друге стране, указују да низ недостатака ове санкције не произилази из њене природе, већ из неправилности у њеном изрицању које се могу отклонити. Потпуније утврђивање имовног стања учиниоца у току кривичног поступка и одмеравање новчане казне према тако утврђеном стању отклонило би критику да она неједнако погађа осуђена лица. Правилна примена новчане казне свела би на минимум случајеве у којима се она не може извршити, а у случају неплаћања новчане казне постоји могућност њеног претварања у казну затвора. Изнета критика по којој она неједнако погађа учиниоце кривичних дела, али и друга лица из њихове близине оповргава се ставом да то није карактеристика само новчане,

⁴ Никола Срзетић, Александар Стајић, Љубиша Лазаревић, *Кривично право СФРЈ – општи део*, Београд, 1990, 358-359.

већ и за сваке друге казне. Применом ове казне могу се остварити циљеви и генералне и специјалне превенције, уколико се не би изрицала у минималним износима њена примена би могла превентивно да делује и на учиниоца и на остале грађане. Неосновано је и тврђење да претња високом новчаном казном не делује застрашујуће. Такође, ова казна је посебно погодна за учиниоце које врше кривична дела из користољубља. Новчана казна је погодна за замену кратке казне лишења слободe, а тиме и за избегавање оних штетних последица које краткотрајно затварање учинилаца може да произведе.⁵

Управо последњи аргумент који смо навели определио је многе ауторе да новчану казну сматрају алтернативом казни затвора, и то традиционалном. Таква констатација се, на први поглед, и може учинити исправном. У прилог овом схватању износи се чињеница да је у великом броју савремених кривичноправних система казна затвора прописана за већину инкриминација па, сасвим логично, постојање могућности супституције затвора новчаном казном указује да се ради о правој алтернативи казни затвора.⁶ Међутим, да ли је то тако?

2. СИСТЕМИ ОДМЕРАВАЊА НОВЧАНЕ КАЗНЕ И ПИТАЊЕ КАРАКТЕРА АЛТЕРНАЦИЈЕ

Пре изношења аргумената о томе да се новчана казна не може сматрати класичном традиционалном алтернативом казни затвора морамо указати да постоје различити системи одмеравања ове казне. Систем новчане

⁵ Ibid.

⁶ Bishop, један од најбољих познавалаца алтернативна казни затвора у Европи, заступник је става да је новчана казна најважнија алтернатива казни затвора. У објављеним резултатима истраживања из 1988. године указује на кривичноправне системе у којима је предвиђена обавезна супституција краткотрајне казне затвора новчаном казном. На пример, у Аустрији је Кривичним закоником предвиђено да је суд у обавези да изрекне новчану казну уместо казне затвора у трајању до шест месеци, уколико је за извршено кривично дело запрећена казна затвора у трајању до пет година, уколико изрицање казне затвора није неопходно за остваривање циљева специјалне или генералне превенције; У Грчкој је у Кривичном законнику из 1984. године предвиђено да се, по правилу, казна затвора у трајању до шест месеци замењује новчаном казном, а да се и казна затвора у трајању до осамнаест месеци може заменити новчаном, осим код одређених таксативно набројаних кривичних дела; Кривични законик Португала из 1982. године предвиђа да се казна затвора у трајању до шест месеци мора заменити новчаном казном, осим уколико лишавање слободe није суштински важно за остваривање циљева генералне превенције. Norman Bishop, *Non-Custodial Alternatives in Europe*, HEUNI, Publication Series No. 14, Helsinki, 1998, стр. 79-81. У системима који на овај начин прописују замену краткотрајне казне лишења слободe, новчана казна према законској одредби постаје „императивни супститут“ казне затвора.

казне у фиксном (одређеном) износу је најстарији и најзаступљенији у упоредном праву. Учиниоцу кривичног дела се изриче новчана казна у тачно одређеном износу који може бити унапред прописан за свако кривично дело за које је забрањена ова казна (апсолутно одређене казне) и који је карактеристичан за најстарије правне изворе, или се новчана казна може изрећи у оквиру унапред прописаних казних распона (релативно одређене казне).

У нововековним кривичним законцима успоставља се систем релативно одређених казни према којем се законом одређују општи минимум и максимум новчане казне, као оквир унутар којег суд може да одмерава износ новчане казне, или се код појединачних инкриминација, или општом одредбом, прописују казни распони новчане казне, као посебни минимум или посебни максимум казне који се може изрећи учиниоцу кривичног дела.⁷

У литератури се наводи да је позитивна одлика овог система његова једноставност и прецизност, јер су сви новчани износи тачно одређени па није потребно никакво касније одређивање, обрачунавање и везивање за неке друге вредносне елементе. Сматра се веома погодним за примену у пракси јер је једноставан, а у потпуности је у складу са принципом законитости кривичног дела и казне јер су износи новчане казне јасно у закону одређени.⁸

Морамо да нагласимо да ефикасна примена новчане казне подразумева стабилност економског, фискалног и монетарног система одређене државе, док супротне тенденције и посебно економски положај и неповољан имовински (имовни) статус учинилаца кривичног дела, умањују ефикасност овог система. Управо овај други аргумент, односно неједнак економски статус и имовно стање учинилаца указали су на основне недостатке примене система новчане казне у одређеном износу.

Наиме, прописивањем новчаних казни у оквиру овог система омогућава се суду да у оквиру општег или посебног минимума и максимума казне, као и на основу објективних критеријума, тежине кривичног дела и околности код којима је извршено, на једноставнији начин одмерава новчани износ казне. Међутим, узимање у обзир субјективних критеријума који се односе на учиниоца кривичног дела, као и његово материјално и имовно стање или финансијске могућности, од суштинског је значаја за одмеравање износа новчане казне и утврђивање могућности да се изречена новчана казна

⁷ Више о томе: Ђорђе Ђорђевић, Новчана казна у КЗ Србије и проблеми њене примене у пракси, *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*, Златибор, 2012, 396-397.

⁸ Наташа Мрвић-Петровић, Ђорђе Ђорђевић, *Моћ и немоћ казне*, Београд, 1998, 65.

наплати. Економске могућности учиниоца кривичног дела су, како се истиче, *condition sine qua non* за примену овог система новчане казне.⁹

Недостаци система прописивања новчане казне у одређеном износу, у процесу њеног одмеравања и изрицања, детерминисали су потребу изналагања праведнијих и ефикаснијих система одмеравања новчане казне. Све је већи број савремених законодавстава који садрже решења по којима се као примарни, ређе супсидијарни или суплементорни, прописује систем новчане казне у дневним износима (*day-fines*), познат и под називима „дани-новчана казна“ или „систем дневних глоба“. Поред овог система, у упоредном кривичном праву познати су и други системи одмеравања и изрицања новчане казне. У литератури се указује на систем пропорционалног одмеравања новчане казне, систем просечних личних доходака и на мешовити систем.¹⁰

Став да новчана казна не представља традиционалну алтернативу казни затвора износимо у односу на систем новчане казне у одређеном износу који обележава историју примене ове казне.

Наиме, новчана казна је настала знатно пре казне затвора. Казна лишења слободе, као што смо претходно истакли, прописује се у кривичним законима крајем осамнаестог века, а кулминацију у примени достиже од средине деветнаестог века. За разлику од казне затвора, новчана казна је знатно старија кривична санкција и била је позната и примењивана још у Старом веку. Њену претечу, као што смо истакли, представља систем композиције по коме је учинилац „откупљивао“ своје недело плаћајући одређену суму породици оштећеног и тиме спречавао освету и одмазду због извршеног дела.

⁹ Десанка Лазаревић, *Краткотрајне казне затвора*, Београд, 1974, 118.

¹⁰ Према систему пропорционалног одмеравања, новчана казна се одмерава у одређеној пропорцији између проузроковане штете или остварене противправне имовинске користи извршењем кривичног дела и висине новчане казне. Овај систем, познат је у најстаријим правним системима, у данашњим законодавствима најчешће има парцијалну примену, односно најчешће је предвиђен као систем на основу кога се одмерава новчана казна само код појединих инкриминација. Како основу овог система чини пропорција, износ новчане казне одређује се као на пример двоструки, петоструки или десетоструки износ утврђене штете проузроковане извршењем кривичног дела или имовинске користи остварене извршењем кривичног дела. На основу система просечних личних доходака, који је сличан систему новчане казне у дневним износима, новчана казна се одмерава на основу личног дохотка учиниоца кривичног дела или на основу износа просечног личног дохотка у одређеној држави, или другој административно-територијалној јединици. Мешовити системи предвиђају више од једног система одмеравања новчане казне. Више о томе: Н. Мрвић-Петровић, Ђ. Ђорђевић, *Op. cit.*, стр. 63-72; Д. Јовашевић, *Op. cit.*, 221.

Новчана казна је представљала део система казни и у периодима средњовековног суровог казненог симболизма, у основи оличеног у примени смртне и различитих телесних казни. На преласку у Нови век и доба „апсолутизације“ казне лишења слободе умањује се значај новчане казне.

Међутим, након учесталих критика казне затвора, првенствено краткотрајних казни лишења слободе, долази до специфичне реafirмације новчане казне, према многим, као адекватног супститута казни затвора. При том, новчана казна није изменила ни садржај нити сврху, представљајући казну којом друштво на рационалан начин напада имовину учиниоца кривичног дела, па се поставља питање да ли казна која није променила основни садржај може да добије другачију функцију и постане алтернатива казни која се налази у специфичној „кризи“?

Имајући у виду претходно изнето, сматрамо да се новчана казна не може сматрати традиционалном алтернативом казни затвора. То што је, у једном кратком историјском периоду у односу на вишевековну традицију примене, имала функцију да алтернира краткотрајне казне лишења слободе не може променити њену сврху ни функцију, нити потврдити карактер традиционалне алтернативе казни затвора.

У прилог тврдњи да се новчана казна не може сматрати традиционалном алтернативом казни затвора, преносимо став изнет у домаћој правној литератури са којим се, уз ограду да се односи на новчану казну у одређеном износу, потпуно слажемо. Шкулић, сматра да се новчана казна не може сматрати алтернативном јер се изриче само онда када је то стриктно прописана за одређено кривично дело, независно од тога да ли се она у ретким случајевима прописује као једина казна или „алтернативно“ уз казну затвора. Чак и када се изриче за кривична дела учињена из користољубља, код инкриминација у којима није прописана као споредна казна, не може се сматрати алтернативном кривичном санкцијом јер она у таквој ситуацији не само да не замењује казну затвора, већ се изриче кумулативно уз казну затвора као главном казном. Новчана казна би добила алтернативни карактер једино ако би се општим одредбама Кривичног законика омогућило да суд, за кривична дела одређене тежине (нпр. кривична дела за које је прописана казна затвора до три године), увек, што значи и када та казна није у посебном делу кривичног закона прописана као алтернатива казни затвора, може уместо казне затвора изрећи новчану казну према одређеној пропорцији зависно од тежине кривичног дела.¹¹

¹¹ Милан Шкулић, Алтернативне кривичне санкције-појам, могућности и перспективе, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Canada – Serbia Judicial Reform Project, Београд, 2009, 49.

3. МЕЋУСОБНА АЛТЕРНАЦИЈА КАЗНЕ ЗАТВОРА И НОВЧАНЕ КАЗНЕ

Овде би се, такође, могло поставити питање да ли у случајевима када је за одређено кривично дело прописана казна затвора или новчана казна, новчана казна представља алтернативу казни затвора или је и казна затвора алтернативна новчаној казни. Односно, да ли се телеолошким тумачењем може закључити да оваквим законским решењима новчана казна суштински не представља алтернативу казни затвора већ да се, евентуално, обе казне налазе у “међусобној алтернацији”?!¹²

У нашем правном систему ово питање није предмет спорења јер се законодавац одлучио за решење по којем се само казна затвора може изрећи као главна казна. Консеквентно томе, новчана казна у случајевима када се изриче уз казну затвора представља искључиво споредну казну.

Навели смо да је у великом броју савремених кривичних законодавстава казна затвора прописана за практично сва кривична дела, осим ретких изузетака, као и да могућност замене казне затвора новчаном казном представља аргумент да се ради о правој алтернативи казни затвора. Међутим, у упоредном праву, постоје и супротна решења.¹² Наиме, Кривични закон Бразила из 1994. године прописује искључиву примену казне затвора само за четвртину прописаних инкриминација, истовремено казну затвора и новчану казну за половину и алтернативно за четвртину укупног броја инкриминација.

Овакав пример указује да казна затвора не представља доминантну кривичну санкцију, нити да ово законодавство, начином на који прописује казне, дефинише да је новчана казна алтернатива казни затвора. Дакле, може се закључити да паралелно постоје и системи код којих је новчана казна предвиђена за велики број кривичних дела, па се она, аналогно супротној аргументацији, не може сматрати алтернативом казни затвора и због свог положаја у систему кривичних санкција, учесталости прописивања, изрицања и примене.

Претходно изнета аргументација има за циљ да укаже да новчана казна прописана по систему фиксних износа представља аутономну и традиционалну кривичну санкцију, али не и традиционалну алтернативу казни затвора. За разлику од овог система прописивања, мишљења смо да успостављање новог система одмеравања новчане казне у дневним износима

¹² Тако бразилски кривични закон од 213 кривичних дела, само 62 кажњава казном затвора, 98 казном затвора и новчаном казном истовремено и 53 казном затвора или новчаном казном, D. Gonzales, A. Garita, *La muta en los codigos penales latino-americanos*, Travaux de L'I.L.A.N.U.D. Buenos Aires, 1990, p. 104, цитирано према: Žan Pradel, *Komparativno krivično pravo – sankcije*, Beograd, 2009, 30.

нема само за циљ да допринесе њеној ефикаснијој примени и правичнијем начину одмеравања, већ и да, истовремено, измени и допуни њену функцију, омогућавајући да постане кривична санкција којом се и успешно алтернира изрицање краткотрајних казни затвора.

4. НОВЧАНА КАЗНА У ДНЕВНИМ ИЗНОСИМА И КАРАКТЕР АЛТЕРНАТИВЕ КАЗНИ ЗАТВОРА

Разматрајући схватање да новчана казна представља традиционалну алтернативу казни затвора указали смо на аргументацију која је супротна том ставу. Историјат примене новчане казне, њена сврха и место у систему кривичних санкција, односно казни, указује на њену аутономност. Чињеница да је у периоду „апсолутизације“ казне затвора и оштрих критика краткотрајних казни лишења слободе новчана казна почела да се примењује као супститут овој казни не може да промени њену основну функцију и циљ. Изнето се, искључиво, односи на новчану казну која се традиционално у законодавствима прописивала по систему одређених (фиксних) износа.

Настанак и развој система новчане казне у дневним износима резултат је напора да новчана казна постане правичнија кривична санкција и да њеном применом учиниоци кривичних дела буду кажњени у складу са својим имовним стањем и финансијским могућностима, чиме се, у првом реду, омогућује шира реализација принципа индивидуализације казне.

Садржину овог система представља утврђивање броја дана казне, као када се одмерава казна затвора, према општим правилима за одмеравање казне, након чега се израчунава вредност једног дневног износа утврђене казне. Новчана казна се изриче у износу који представља производ утврђеног броја дана и вредности једног дневног износа.

Систем подразумева да су претходно законом прописани минимални и максимални број дана који се утврђује, као и минимална и максимална вредност дневног износа одмерене казне. Утврђивање висине једног дневног износа, унутар прописаног распона, најчешће се израчунава узимањем свих годишњих прихода учиниоца кривичног дела који се умањују за расходе и нужне трошкове и поделе са бројем дана у години.

Прописивање новчане казне у дневним износима указује на неколико суштински битних околности везаних за кажњавање учинилаца кривичних дела. Као прво, распон у броју прописаних дана (као код казне затвора) омогућује одмеравање казне према објективним критеријума као што су тежина кривичног дела, околности код којима је извршено дело, последицама дела итд.

Друго, износ минималне и максималне вредности једног дана прописује се у широком распону који омогућава индивидуализацију новчане казне према субјективним критеријумима, односно према степену кривице,

понашању након извршеног дела, ранијем животу и другим околностима које се односе на личност учиниоца, али, пре свега, финансијској ситуацији и имовном стању учиниоца, потребама чланова његове породице или лица које издржава, другим нужним расходима, итд.

На тај начин омогућава се суду да за исти утврђени број дана изрекне новчану казну у износу који може да буде и више хиљада пута већи према имућном учиниоцу кривичног дела у односу на учиниоца лошег имовинског стања. Дакле, суд, применом овог система, прилагођава висину изречене новчане казне финансијским и имовинским могућностима учиниоца и омогућује њену правичну индивидуализацију.

Трећу околност, по нама најзначајнију, представља чињеница да применом овог система новчана казна постаје права алтернатива краткотрајној казни затвора. Наиме, систем је осмишљен на начин да суд утврђује казну у данима (као кад одмерава казну затвора), најчешће, од једног до највише сто осамдесет или триста шездесет дана, који множи са утврђеном новчаном вредношћу једног дневног износа.

Дакле, одмеравање и утврђивање казне у данима (затвора) и истовремено одмеравање и изрицање новчане казне учиниоцу кривичног дела представља основу за схватање да новчана казна у дневним износима одређује овој казни карактер алтернативе казни затвора.

4.1. Развој система новчане казне у дневним износима и допринос развоју карактера алтернативе казни затвора

Систем новчане казне у дневним износима се по први пут појавио на европском континенту у кривичном законодавству Финске 1921. године, затим Шведске 1931. и Данске 1939. године. У Аустрији и Немачкој се примењује од 1975. године, у Мађарској од 1978. године, у Француској и Португалу од 1983. године, а нешто касније је и у Пољској, Шпанији и Швајцарској.¹³ У Енглеској, на пример, систем новчане казне у дневним

¹³ Изузимајући одређене државе Јужне Америке, Финска, Данска и Шведска представљају једине државе у којој је новчана казна у дневним износима предвиђена у првој половини прошлог века, иако су током двадесетих и тридесетих година кривична законодавства Италије, Немачке, Аустрије, Швајцарске и Холандије доживела суштинске реформе. Нека законодавства нпр. италијанско, холандско, норвешко и исландско никада нису прихватиле овај систем, нити су разматрали напуштање система новчане казне у одређеном износу. Видети: Hans J. Albrecht, *Sanction Policies and Alternative Measures to Incarceration: European Experiences with Intermediate and Alternative Criminal Penalties*, UNAFEI Resource Material Series No. 80, Tokyo, 2010, str. 33-34. Доступно на: http://www.unafei.or.jp/english/pdf/RS_No80/No80_07VE_Albrecht.pdf, приступ: 15. септембар 2018. године.

износима није заживео. Уведен је 1991. године, али се убрзо, након неколико месеци примене, одустало од примене.¹⁴

Занимљиво је да се овај систем почео рано да се примењује у државама Латинске Америке, на пример на Куби од 1936. године, у Бразилу од 1969. године, Боливији од 1972. године, Мексику од 1984. године.¹⁵ Када је реч о САД, слично као и у Енглеској, новчана казна у дневним износима нема законску основу, нити традицију примене. У литератури се наводе примери спроведених пилот пројеката и законодавних решења у неким од савезних држава у којима је тек недавно уведен систем новчане казне у дневним износима.¹⁶

Законодавства која предвиђају систем новчане казне у дневним износима, као једини или примарни, садрже различита решења која се односе на утврђивање минималног и максималног броја дана казне, минималне и максималне вредности дневних износа, начин одмеравања, околности које се узимају у обзир приликом утврђивања финансијских могућности учинилаца кривичних дела и замене неплаћене казне. Навешћемо неколико примера.

Фински Кривични законик прописује да се новчана казна изриче по систему дани-новчана казна, али не и као једини, већ примарни у односу на систем новчане казне у одређеном износу. Применом примарног система, новчана казна се одмерава у распону од једног до сто двадесет дана, код стицаја кривичних дела двеста четрдесет, а новчани износ једног дана казне израчунава се као шездесети део месечних примања осуђеног лица, умањен за порезе и постојеће нужне расходе. У случају неплаћања новчане казне

¹⁴ Акт је ступио на снагу октобра 1992. године, примењивао се до 1993. године када је усвојен нови Criminal Justice Act којим је напуштен систем дани новчана казна. Систем није заживео јер је дошло до читавог низа проблема у практичној примени. Видети: Andrew Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice*, Fourth edition, Cambridge, 2005, 303-305.

¹⁵ E. W. Zedlewski, *Alternatives to Custodial Supervision: The Day fine*, National Institute of Justice, Washington, 2010, 5.

¹⁶ 1988. и 1989. године започети су пилот пројекти пред судовима у Ричмонду и Милвокију: *Criminal Court of Richmond Country, Staten Island Project* и *Milwaukee Municipal Court Experiment*. У Алабами, Оклахоми и на Аљасци 2009. године је започето са применом система новчане казне у дневним износима. Видети: E. W. Zedlewski, *Op. cit.*, стр. 5-6. Такође, наводе се и примери пилот пројеката у Аризони - Maricopa County, Ајови - Des Moines, Конектикату - Bridgeport и Орегону - Marion, Malheur, Coos, Josephine Counties. Видети: Susan Turner, Joan Petersilia, *Day Fines in Four U.S. Jurisdiction*, RAND prepared for National Institute of Justice, 1996, доступно на: <https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/pr/163409.pdf>, приступ: 15. септембар 2018. године. Видети и: *How to use Structured Fines (Day Fines) as an Intermediate Sanction*, Bureau of Justice Assistance, Vera Institute of Justice, Monograph, Washington, 1996, доступно на: http://www.vera.org/sites/default/files/resources/downloads/How_to_use_day_fines.pdf, приступ 15. септембар 2018. године.

предвиђена је замена новчане казне за казну затвора, али не у трајању који је одређен приликом утврђивања броја дневних износа. Законско решење предвиђа да се свака три дана утврђене новчане казне замењују за један дан казне затвора, уз ограничење да укупно трајање казне затвора не може бити краће од четири нити дуже од шездесет дана.¹⁷

Шведски Кривични законик прописује да се, према систему дневних износа као примарном, новчана казна одмерава у трајању између тридесет и сто педесет дана (двеста дана код стицаја кривичних дела), док вредност износа једног дана износи минимално тридесет а највише хиљаду шведских круна, док је најмањи могући изречени износ новчане казне у дневним износима четиристо педесет шведских круна. Приликом одмеравања суд утврђује износ новчане казне на основу прихода, имовине, обавеза према другим лицима које издржава, као и других економских могућности. Неплаћена новчана казна замениће се казном затвора у трајању не краћем од четрнаест дана и не дужем од три месеца.¹⁸

Немачки Кривични законик прописује да се новчана казна одмерава по систему дани новчана казна и одмерава се у трајању између пет и триста шездесет дневних износа. Суд одмерава новчану казну узимајући у обзир личне и финансијске околности учиниоца. Вредност дневног износа израчунава се на основу дневног прихода учиниоца (или прихода који је могао да оствари) и може да износи најмање један еуро, а највише тридесет хиљада еура. Приликом одмеравања новчане казне суд може узети у обзир имовину и друге факторе на основу којих ће утврдити вредност једног дневног износа.¹⁹

У Француској новчана казна у дневним износима се може одмерити у трајању до триста шездесет дана, док вредност дневног износа не може бити већа од хиљаду еура. Суд приликом одмеравања новчане казне узима у обзир приходе и нужне расходе учиниоца.²⁰

¹⁷ Кривични законик Финске, други део „Новчана казна, замена казне и новчани налози“. The Criminal Code of Finland, 38/1889, (amandments up to 2012 included), доступан на: <https://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039.pdf>, приступ: септембар 2015. године. Међутим, Lappi-Seppala наводи да се два дана утврђене новчане казне замењују за један дан затвора. Вероватно је у међувремену дошло до измене ове законске одредбе јер закон који нам је био доступан на енглеском језику укључивао је измене закључно са 2012. годином. Видети: Tappio Lappi-Seppala, Imprisonment and Penal Policy in Finland, *Scandinavian Studies in Law*, Vol 54, 2009, 337. Према истом извору наводи се да је укупно учешће новчане казне у структури изречених кривичних санкција у Финској око 60%, или између 35.000-40.000, док тужиоци, с друге стране, изрекну око 200.000 новчаних налога.

¹⁸ Шведски Кривични законик, Поглавље 25. „О новчаној казни“.

¹⁹ Немачки Кривични законик, члан 40.

²⁰ Француски Кривични законик, члан 131-5.

Шпански Кривични законик садржи мало другачији приступ. Наиме, новчана казна се одмерава у трајању између десет дана и две године, а код кривичне одговорности правних лица у трајању до пет година. Вредност дневног износа је између два и четири стотине евра, док за правна лица износи између тридесет и пет хиљада евра. Приликом одмеравања суд узима у обзир финансијску ситуацију осуђеног, укупне приходе и расходе, обавезе према члановима породица и друге накнаде, али и друге околности које се односе на имовину учиниоца кривичног дела. У случају неплаћене новчане казне осуђени се упућује на издржавање казне затвора тако што се утврђена два дана новчане казне замењују једним даном казне затвора. Уколико се неплатива казна суплементира казном рада у јавном интересу онда се један дан новчане казне замењује једним даном рада у јавном интересу.²¹

Пољски Кривични законик прописује новчану казну у дневним износима која се може одмерити између десет и триста шездесет дневних износа. Вредност дневног износа не може бити мања од десет пољских злота нити већа од две хиљаде. Приликом израчунавања висине дневног износа суд узима у обзир приходе учиниоца, личну и породичну ситуацију, укупну имовину али и способност да остварује зараду.²²

Кривични законик Републике Србије (КЗ)²³ предвиђа оба система новчане казне, али нови систем, који назива новчаном казном у дневним износима (члан 49.) поставља као примарни, а стари систем поставља као супсидијарни (члан 50).²⁴ Новчана казна у дневним износима одмерава се тако што се прво одређује број дневних износа, а затим висина једног дневног износа. До износа новчане казне суд долази множењем утврђеног броја дневних износа са утврђеном вредношћу једног износа.

Број дневних износа не може бити мањи од десет нити већи од триста шездесет, а број дневних износа се одмерава на основу општих правила за одмеравање казне из члана 54. КЗ. Висина једног дневног износа новчане казне утврђује се тако што се разлика између прихода и нужних расхода учиниоца кривичног дела у претходној календарској години подели са бројем дана у години. Један дневни износ не може бити мањи од петсто динара нити већи од педесет хиљада динара. У циљу утврђивања висине дневног износа суд може да захтева податке од банака или других финансијских установа, државних органа или правних лица који су дужни да доставе тражене податке и не могу се позвати на заштиту пословне или друге тајне. Међутим, уколико се не могу прибавити веродостојни подаци о

²¹ Шпански Кривични законик, чланови 50. и 53.

²² Пољски Кривични законик, члан 33.

²³ "Службени гласник Републике Србије" број 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016;

²⁴ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2016, 238.

приходима и расходима учиниоца, или уколико он не остварује никакав приход, суд може на основу расположивих података, по слободној процени, утврдити висину једног дневног износа новчане казне. Ако није могуће утврдити висину дневног износа новчане казне ни на основу слободне процене суда, или би прибављање таквих података знатно продужило трајање кривичног поступка, суд, према члану 50. КЗ, изриче новчану казну у одређеном износу у оквиру најмање и највеће мере новчане казне, односно у износу не мањем од десет хиљада динара и не већем од милион динара (десет милиона код кривичних дела учињених из користољубља), према правилима предвиђеним у ставу 2. овог члана.

Ако осуђени не плати новчану казну, или плати само један њен део, суд ће новчану казну заменити казном затвора тако што ће за сваких започетих хиљаду динара новчане казне одредити један дан затвора, с тим што казна затвора не може бити дужа од шест месеци, а уколико је изречена у износу већем од седамсто хиљада динара, казна затвора не може бити дужа од једне године. Неплаћена новчана казна може се заменити и казном рада у јавном интересу тако што ће суд за сваких започетих хиљаду динара новчане казне одредити осам часова рада у јавном интересу, с тим да рад јавном интересу не може бити дужи од триста шездесет часова.

Статистички подаци показују да новчана казна представља у неколико европских држава кривичну санкцију која се најчешће изриче учиниоцима кривичних дела. Међу њима највећи број држава чине оне које прописују систем новчане казне у дневним износима, али и одређени број држава код којих новчано кажњавање учинилаца кривичних дела, без обзира на систем одмеравања, представља основни облик реаговања на блаже и средње тешке облике криминалног понашања.

Према подацима за 2006. годину, објављеним у *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics* из 2010. године,²⁵ новчана казна је пунолетним учиниоцима кривичних дела најчешће изречена у следећим државама (у процентима): Белгија 91.9, Финска 87.5, Данска 87.2, Немачка 79.8, Португал 75.9, Енглеска и Велс 71.5, Северна Ирска 68.2, Француска 37.9. Према подацима из *European Sourcebook* објављеним за 2014. годину,²⁶ проценти су врло слични (без података за Белгију): Финска 87.9, Данска 83.9, Немачка 70.0, Португал 67.5, Енглеска и Велс 65.3, Северна Ирска 63.0, Грчка 47.9 (само 8.2 у 2006. години), Француска 39.5.

Имајући у виду економске предности новчане казне у односу на друге казне и кривичне санкције, велики број држава је, са циљем побољшања

²⁵ Marcelo Aebi et al, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fourth Edition, Den Haag, 2010, 216.

²⁶ Marcelo Aebi, et al, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth Edition, Helsinki, 2014, 196.

ефикасности у примени ове казне, у последњем периоду новелирало своја законодавства и определио се за увођење система новчане казне у дневним износима као основног (или примарног) система одмеравања новчане казне.

Прописивање система новчане казне у дневним износима у све већем броју кривичних законодавства има за циљ да унапреди функционисање и ефикасност целокупног система кривичног правосуђа, чиме се кажњавање, уместо лишавања слободе учинилаца кривичних дела као израз пост-модернистичког пунитивизма, усмерава ка њиховој имовини. У том смислу, представљени статистички подаци указују да је унапређивање ефикасности кривичноправних система у економски и политички стабилним друштвима, могућа.

Иако се и у нашем кривичном законодавству, након новела 2006. године, предвиђа систем новчане казне у дневним износима као примарни, статистички подаци показују да је примена новчане казне у структури изречених кривичних санкција, последњих година, на најнижем нивоу, чак и испод 10%.

Очекивања од новог система новчане казне била су велика како од стране законодавца, тако и од најшире научне јавности, међутим, како то често пракса док нас показује, након скоро декаде од увођења, резултати примене новог система одмеравања новчане казне практично не постоје па је и делотворност новчане казне у систему кривичног кажњавања битно умањена.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Приликом анализе новчане казне као дела система кажњавања учинилаца кривичних дела од најранијих до савременог периода, представљања оспоравања и предности ове у односу на друге казне за кривична дела која се могу сврстати у блажа или кривична дела "средњег криминалитета", представљања различитих система одмеравања, указивања на настанак и развој система одмеравања новчане казне у дневним износима у упоредном кривичном законодавству, основно питање које је захтевало одговор је да ли се новчана казна може сматрати алтернативном казни затвора, односно да ли она према начину одмеравања представља алтернативу казни затвора и тј. да ли је алтернација једна од карактеристика новчане казне.

Преиспитујући генерални став заступљен у кривичноправној литератури да новчана казна представља основну алтернативу казни затвора, а имајући у виду да савремено кривично законодавство карактерише, између осталог, и настанак и развој читавог система кривичних санкција које представљају нове алтернативе казни затвора, у раду смо представили

аргументе на основу којих се новчана казна, која се одмерава по систему у одређеном (фиксном) износу не може сматрати алтернативном казни затвора.

С друге стране, настанак и развој другачијег система одмеравања – систем новчане казне у дневним износима, који је све заступљенији као примарни систем у великом броју савремених кривичних законодавстава, у основи садржи и према начину одмеравања потврђује алтернатију као карактеристику новчане казне. Одмеравање броја дана казне ("затвора") уз изрицање новчане казне одлучујући је аргумент за утврђивање алтернативног карактера новчане казне и епитета нове алтернативе казни затвора.

Zdravko GRUJIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

A FINE
- REEXAMING THE ALTERNATION AS A CHARACTERISTIC OF THE
SANCTION -

Summary

The fine is one of the oldest criminal sanctions, observed from the period characterized by the monistic system of punishment. As part of the system of criminal sanctions, it is prescribed in all modern criminal justice systems, in different modes of measurement, manner of enforcement and effects of application. The fine is also a part of the system of criminal sanctions in the Republic of Serbia, although its representation in the structure of the imposed criminal sanctions has been in constant decline, in the last period, and the effectiveness has been significantly reduced. The new criminal sanctions prescribed with the Criminal Code from 2006, or new alternatives to imprisonment, raises the question of whether a fine is, according to its nature, an alternative to imprisonment. Although a large number of authors in domestic and foreign doctrine proceeds from the view that a fine is a basic alternative to prison sentences, the aim of this paper is to re-examine the alternation as a characteristic of this criminal sanction.

Keywords: a fine, alternatives to imprisonment, characteristic of the sanction

ЛИТЕРАТУРА

Aebi M. et al, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fourth Edition, Den Haag, 2010;

Aebi, M. et al, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth Edition, Helsinki, 2014;

Albrecht, H. J. *Sanction Policies and Alternative Measures to Incarceration: European Experiences with Intermediate and Alternative Criminal Penalties*, UNAFEI Resource Material Series No. 80, Tokyo, 2010;

Ashworth, A. *Sentencing and Criminal Justice*, Fourth edition, Cambridge, 2005,

Bishop, N. *Non-Custodial Alternatives in Europe*, HEUNI, Publication Series No. 14, Helsinki, 1998;

Gonzales, D., Garita, A. *La muta en los codigos penales latino-americanos*, Travaux de L'I.L.A.N.U.D. Buenos Aires, 1990;

Ђорђевић, Ђ. Одмеравање новчане казне, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, број 3, Београд, 1998;

Ђорђевић, Ђ. Новчана казна у КЗ Србије и проблеми њене примене у пракси, *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*, Златибор, 2012;

Јовашевић, Д. Примена новчане казне у сузбијању криминалитета – право, теорија и пракса Републике Србије, *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука, 2014;

Кривични законик Републике Србије ”Службени гласник Републике Србије” број 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016;

Јовашевић, Д. *Кривично право – општи део*, Београд, 2010;

Лазаревић, Д. *Краткотрајне казне затвора*, Београд, 1974;

Lappi-Seppala, T. *Imprisonment and Penal Policy in Finland, Scandinavian Studies in Law*, Vol 54, 2009;

Мрвић-Петровић, Н., Ђорђевић, Ђ. *Моћ и немоћ казне*, Београд, 1998;

Novopivec, P. *Sistem sankcija, alternative kazni zatvora i ljudska prava, Prava čoveka i savremena kretanja u kriminalnoj politici*, Београд, 1989;

Pradel, Ž. *Komparativno krivično право – sankcije*, Београд, 2009;

Радоман, М. *Пенологија и систем извршења кривичних санкција*, Нови Сад, Београд, 2003;

Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела – пријаве, оптужења, осуде 2014, Билтен број 603, Београд, 2015;

Срзетић, Н., Стајић, А., Лазаревић, Ј. *Кривично право СФРЈ – општи део*, Београд, 1990;

Стојановић, З. *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2016;

Стојановић, З. Везаност суда казним распонима новчане казне – прилог тумачењу одредаба о минимуму и максимуму новчане казне, *Crimen*, Број 1, 2012;

Стојановић, З. *Кривично право – општи део*, Београд, 2010;

Turner, S., Petersilia, J. *Day Fines in Four U.S. Jurisdiction*, RAND prepared for National Institute of Justice, 1996;

Шкулић, М. Алтернативне кривичне санкције – појам, могућности и перспективе, *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Canada – Serbia Judicial Reform Project, Београд, 2009;

Zedlewski, E. W. *Alternatives to Custodial Supervision: The Day fine*, National Institute of Justice, Washington, 2010;

Др Саша АТАНАСОВ*

343.143(497.11)

ЗАШТИЋЕНИ СВЕДОК У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У раду разматрамо кривичноправне механизме заштите сведока и њихов положај у кривичном поступку Републике Србије. У оквиру посебних поглавља анализирамо круг лица која могу добити статус заштићеног сведока, посебна правила испитивања заштићеног сведока, као и конкретне мере заштите сведока у кривичном поступку са циљем стварања адекватних услова за несметано и истинито сведочење.

Кључне речи: заштићени сведок, механизми заштите, правила испитивања, мере заштите.

УВОД

Сведок је лице које располаже сазнањима о кривичном делу, учиниоцу и другим чињеницама које се утврђују у поступку и о којима исказује на позив органа поступка. То значи да је сведок дужан да се одазове позиву органа поступка и да о свему што буде питан истинито и целовито сведочи. Ипак, услед претњи одмаздом и застрашивања која могу бити упућена од стране учиниоца кривичних дела, сарадника учиниоца или неког члана њихових породица, као и услед различитих непријатности пре сведочења или након што је сведок дао исказ пред органом поступка, односно због страха за своју безбедност и безбедност својих ближњих – сведок може одбити да се одазове позиву органа поступка, може изменити исказ, лажно сведочити или одустати од исказивања. Како исказ сведока и даље представља значајан извор доказа у поступку доказивања кривице учиниоца кривичних дела, нарочито када је реч о тешким облицима криминалитета (какав је онај организованог и насилног карактера), законодавац је својим одредбама предвидео механизме (мере) заштите за оне сведоке који одлуче да сарађују са органима правосуђа и сведоче. Сврхе мера заштите јесу: створити хумане услове за учествовање сведока у поступку и третман достојан човека, као и заштитити сведокова људска права загарантована одредбама Устава Републике Србије и међународним документима, ана начин који

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

омогућава сведоку да без страха и опасности за свој живот и живот њему блиских лица несметано и истинито сведочи.

Уважавајући чињеницу да целовитом и реалном исказу највише доприноси слободна и добра воља сведока, законописац Републике Србије је, полазећи од савремених решења садржаних у компаративном законодавству,¹ у међународним документима (нпр. *Конвенцији УН против транснационалног организованог криминала* и додатним протоколима,² *Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода*,³ *Препоруци Р(97)13 о застрашивању сведока и правима одбране*,⁴ *Препоруци Рец(2005)9 о заштити сведока и особама које сарађују са правосуђем*,⁵ *Препоруци Комитета министара Савета Европе Рец (2001)11 о смерницама у борби против организованог криминалитета*⁶) и у пракси Европског суда за

¹Нпр. чл. 168е и 200. *Strafprozeßordnung* (StPO) - *ЗКП Немачке*, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 16.08.2018 или Закон о заштити свједока у кривичном поступку - Закон о заштити свједока Р. Српске, *Службени гласник Републике Српске*, број 48, од 24. јуна 2003.

² Вид. нпр. чл. 24. ст. 1. Конвенције УН против транснационалног организованог криминала, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, број 6/2001. којим се прописује обавеза држава чланица да, у оквиру својих могућности, предузму одговарајуће мере којима ће пружити делотворну заштиту од могуће одмазде или застрашивања сведока који сведоче у кривичним поступцима поводом кривичних дела обухваћених *Конвенцијом*, а по потреби – ињиховим рођацима и другим њима блиским лицима. Такође чл. 25. *Конвенције* прописује обавезу држава потписница да пруже помоћ и заштиту жртвама кривичних дела.

³ У чл. 6. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, број 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр., наведено је да се пресуда изриче јавно, али да се штампа и јавност могу искључити са целог или дела суђења, ако је то у интересуморала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, као и када то захтевају интереси малолетника или заштита приватности странака, или у мери која је, према мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

⁴ Вид. чл. 9. и 10. *Recommendation No. R (97) 13 Concerning Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence*, у којима се државама потписницама предлажу специфични начини испитивања и анонимизација сведока ради постизања већег нивоа заштите сведока.

⁵ У чл. 10 – 32. *Recommendation Rec(2005)9 on the protection of witnesses and collaborators of justice*: наглашава се улога стварања примерених мера заштите сведока и истиче значај сарадње релевантних субјеката на међународном нивоу у циљу ефикасног сузбијања тешких облика криминалитета.

⁶ Вид. чл. 17, чл. 18. и чл. 24. *Recommendation Rec (2001)11 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Guiding Principles of the Fight Against Organised Crime*, где се државе обавезују да осигурају ефикасну, физичку и другу заштиту за сведоке и сараднике суда који захтевају такву заштиту, јер су дали или се сложили да доставе информације и/или да сведоче у вези са организованим криминалитетом. Такве

људска права,⁷ забранио сваки недозвољен утицај на физички и психички интегритет сведока, а који би се могао реализовати мучењем сведока, нечовечним или понижавајућим поступањем према сведоку, примени силе или претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средства којима се утиче на слободу воље сведока у сврху да се од њега изнуди исказ који не би одговарао истини,⁸ и истовремено прописао механизме заштите којима је створио услове за слободно и безбедно исказивање сведока у поступку.

Мере којима се сведок штити могу се поделити на: а) оне које се примењују према сведоку у кривичном поступку (мере основне заштите, мере заштите посебно осетљивих сведока и мере којима се штити заштићени сведок), и б) оне које се примењују према сведоку и њему блиским лицима изван поступка. *Законом о кривичном поступку*⁹ регулисане су мере процесне заштите сведока, док су *Законом о полицији*¹⁰ и *Законом о програму заштите учесника у кривичном поступку*¹¹ предвиђене мере ванпроцесне заштите сведока и њему блиских лица. Која ће се мера процесне заштите применити у конкретном случају зависиће превасходно од врсте и тежине кривичног дела, категорије којој сведок припада, облика, начина и степена угрожавања или повреде личности сведока, и правних и стварних могућности за примену одређене мере.¹² На који начин ће мере процесне заштите бити реализоване – вишећемо рећи у делу рада који следи.

1. ЗАШТИЋЕНИ СВЕДОК – ПОЈАМ

Заштићени сведок је лице које у поступку већ има статус сведока према општим процесним правилима, али коме због постојања опасности по живот, здравље, слободу или имовину веће вредности, суд својом одлуком

заштитне мере треба да буду доступне за она лица која учествују, или су пристала да учествују у истрагама или процесуирању организованог криминалитета, као и за својој рођаке и друге појединце који треба да имају заштиту. Ове мере треба да се предузимају како унутар, тако и ван државе где се одвија суђење, како током тако и после суђења. Наведене мере заштите треба да буду обезбеђене и страним сведоцима.

⁷ Вид. Džeremi Mekbrajd, *Људска права у кривичном поступку, Praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009, 175, 177 - 178.

⁸ Чл. 9. ЗКП. Исто тако, чл. 25. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 98/2006.

⁹ *Закон о кривичном поступку, Службени гласник РС - ЗКП, број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014,*

¹⁰ *Закон о полицији, Службени гласник РС*, број 101/2005, 63/2009 - одлука УС и 92/2011.

¹¹ *Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку, Службени гласник РС*, број 85/2005.

¹² Snežana Brkić, *Zaštita svedoka u krivičnom postupku*, Autor, Novi Sad, 2005, 56.

додељује статус заштићеног сведока.¹³ Према томе, заштићени сведок не представља посебну категорију сведока, већ је то сведок коме јелична безбедност и безбедност њему блиских лица доведена у опасност, услед његовог јавног сведочења у поступку,¹⁴ односно то је сведок који осећа страх у тој мери да то омета његову сарадњу са органом поступка и/или утиче на квалитет његовог исказивања у поступку.¹⁵ Најчешће је ту реч о сведочењу у вези са кривичним делима из области организованог криминалитета, али у обзир могу доћи и друга тешка кривична дела: отмице, тероризам, тешка убиства, трговина људима, силовања, насиље у породици, праће новца и сл. Премда је реч о веома тешким кривичним делима, за додељивање статуса заштићеног сведока и примену мера посебне заштите према заштићеном сведоку, законодавац Србије као меродаван критеријум није предвидео врсту или тежину кривичног дела, нити запрећену казну за одређено кривично дело, већ искључиво испуњеност услова који се везују за угрожавања безбедности сведока или њему блиских лица.¹⁶

У пракси већина сведока који добијају статус заштићеног сведока долази из криминалних средина (око 95%),¹⁷ што је разумљиво, јер је мало вероватно да о тешким облицима криминалитета (какав је пре свих онај организованог карактера) имају сазнања обични грађани. Та се кривична дела изузетно тешко откривају и доказују без *инсајдера*, односно „кооперативних“ сведока, којима је због велике моћи криминалаца потребно

¹³ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 231.

¹⁴ Velimir Rakočević, *Zaštita svjedoka u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i međunarodni standardi*, *Pravni život*, Vol. 55, broj 9, Beograd, 2006, 1120.

¹⁵ Stjepan Gluščić, et. al., *Procesne mere zaštite svjedoka*, Savet Evrope, Strazbur, 2006, 243.

¹⁶ M. Grubač, *Krivično procesno pravo sa tekstom Zakonika o krivičnom postupku*, Projuris, Beograd, 2013, 111. Вид. *Законик о кривичном поступку* из 2006. године (*Службени гласник РС - ЗКП* из 2006, број 46 од 2. јуна 2006, 49/07, 122/08) који је за примену мера заштите захтевао испуњење два услова: један, који је сличан услову који захтева и актуелни *ЗКП Србије*, а који се тиче озбиљне опасности по лична и имовинска права сведока, и други, који се односи на тежину кривичног дела о коме сведок сведочи. *ЗКП* из 2006. године захтева за примену мера заштите према сведоку да се поступак води за кривично дело за које је прописана казна затвора од десет година, или тежа казна, или изузетно - да се кривични поступак води за кривично дело за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ако особите околности указују да за сведока или њему блиска лица може наступити опасност по живот, здравље, физичку целокупност, слободу или имовину већег обима, а заштита сведока на други начин није могућа или је знатно отежана.

¹⁷ Татјана Лукић, *Посебности кривичног поступка за организовани криминал, тероризам и корупцију*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 223.

пружити адекватну заштиту.¹⁸ Мали број сведока који нису имали раније контакт са правосудним системом (око 5%) захтева примену мера посебне заштите да би слободно сведочили.¹⁹ Узимајући у обзир претходно наведено, својство заштићеног сведока ће се најчешће давати: жртви кривичног дела, тј. оштећеном који је истовремено и сведок у кривичном поступку, прикривеном иследнику када сведочи о предузетим посебним доказним радњама, појединим категоријама сведока као што су: тзв. узбуњивачи – „дувачи у пиштаљку“ или „звиждачи“,²⁰ и из прагматичких интереса – окривљеном сараднику, тзв. сведоку покајнику или крунском сведоку како га још називају у неким правним системима.²¹ Не треба заборавити да мере заштите треба применити и према случајним сведоцима, које је, ако нису оштећени кривичним делом, лакше застрашити у односу на наведене категорије сведока.²²

2. ЗАКОНСКА ПРАВИЛА ИСПИТИВАЊА ЗАШТИЋЕНОГ СВЕДОКА

Прописивањем института заштићеног сведока законодавац настоји да заштити сведока од угрожавања и повређивања његових добара, заштити његову безбедности створи одговарајућим мерама сигурне услове који ће код сведока развити осећај личне сигурности и мотивисати га на сарадњу са правосудним органима.²³ Сходно одредби члана 105. став 1. *Законика о кривичном поступку Републике Србије* да би неки сведок у поступку утврђивања важних чињеница могао да стекне статус заштићеног сведока претходно је неопходно да буду испуњени одређени материјалноправни и процесноправни услови.²⁴ Материјалноправни услови за стицање статуса заштићеног сведока своде се на постојање околности које указују да би сведок јавним исказивањем пред органом поступка, односно давањем исказа

¹⁸ Милан Шкулић, *Организовани криминалитет, Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015, 563. и 564.

¹⁹ Т. Лукић, *op.cit.*, 223.

²⁰ М. Шкулић, (2015), 563, 564.

²¹ Реч је о окривљеном који са јавним тужиоцем склапа споразум о сведочењу у прилог оптужбе под условима који су строжи од оних који важе за „обичног“ сведока, али који представља јемство да ће кривични поступак који се води против њега имати за њега повољнији исход. У: Горан П. Илић, et. al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, 735.

²² S. Gluščić, et. al., *op.cit.*, 265.

²³ S. Brkić, *op.cit.*, 10. Саша Атанасов, Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016, 195 – 202.

²⁴ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 244. Горан П. Илић, et al., *op.cit.*, 313.

у целини или само давањем одговора на поједина питања– могао себе или себи блиска лица²⁵ изложити опасности по живот, здравље, слободу или имовину већег обима.²⁶

То значи да опасност која прети заштићеном сведоку или њему блиским лицима треба да постоји пре него сведок дâ исказ или одговор на поједина питања.²⁷ У суштини, да би материјални услов био испуњен и да би се према сведоку могле применити мере посебне заштите, неопходно је да кумулативно буду остварене три групе правних чињеница, тј. а) да постоји радња застрашивања, б) да је застрашивање предузето ради спречавања сведока да сведочи, и в) да постоји узрочно-последична веза између озбиљне опасности којој је сведок изложен и његовог страха услед којег одбија да исказује, или ако пристане да сведочи, његов исказ је непотпун или лажан.²⁸

Формалноправни услов за стицање статуса заштићеног сведока манифестује се у донетом решењу суда којим се сведоку даје статус заштићеног сведока и одређују мерезаштите. Суд може самоиницијативно, одн. по службеној дужности донети решење којим одобрава статус заштићеног сведока, или то може учинити на захтев јавног тужиоца или самог сведока. Захтев јавног тужиоца²⁹ или сведока, којим од суда тражи да

²⁵ЗКП Србије не одређује појам блиског лица. Ипак, у упоредном процесном законодавству имамо примере где је изричито одређено ко се сматра блиским лицем заштићеног сведока и према којим лицима могу бити примењене мере посебне заштите исто као и према сведоку, јер и ова лица могу бити изложена опасности. На пример, према одредби члана 120. став 1. Законика о кривичном поступку Црне Горе - ЗКП ЦГ, *Службени лист ЦГ*, број 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 35/2015 – др.закон и 28/2018 – одлука УС, под блиским лицем сматра се: брачни друг сведока, блиски сродник или сведоку блиско лице. Према члану 124. став 1. Бугарског Законика о кривичном поступку под блиским лицем сматрају се крвни сродници у правој линији, браћа, сестре или лица која су са наведеним лицима у блиским односима. У: *Penal Procedure Code of the Republic of Bulgaria- ЗКП Бугарске*, <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 15.08.2018.

²⁶У упоредном законодавству још се штите: добробит сведока (§ 247а. *ЗКП Немачке*), физички интегритет (чл. 120. ст. 1. *ЗКП ЦГ*) и лична безбедност (чл. 14. *Закон о заштити свједока Р.Српске*). Премда се инсистира на имовини веће вредности или већег обима (чл. 120. ст. 1. *ЗКП ЦГ*). Има законских решења која говоре само о имовини (чл. 123. ст. 1. *ЗКП Бугарске*) и не захтевају наведене атрибуте.

²⁷ Г.П.Илић et. al., *op.cit.*, 313-314.

²⁸ S. Brkić, *op.cit.*, 40.

²⁹Јавни тужилац сазнања о застрашивању добија од полиције, јер када је извршено кривично дело полиција је та која прва долази на местокривичног догађаја, проналази потенцијалне сведоке и прикупља прва иницијална сазнања о кривичном делу и учиниоцу. Већ приликом првог контакта са потенцијалним сведоком полиција има могућности да оцени да ли је сведок застрашен и да ли услед страха неће сведочити у поступку. У: S. Gluščić, et. al., *op.cit.*, 264.

сведоку обезбеди посебне мере заштите, подноси се у истрази судији за претходни поступак, а након потврђивања оптужнице претресном већу. Углавном предлог за доделу статуса заштићеног сведока подноси сам сведок, с обзиром на то да су њему најбоље познате околности из којих може проистећи опасност по неко његово добро, односно у ком облику се манифестује опасност по сведока или њему блиска лица и од ког лица прети опасност.³⁰ Кад о захтеву одлучује веће на главном претресу јавност се искључује у потпуности и без изузетка.³¹

Поред личних података сведока и података о кривичном делу о коме се сведок испитује, захтев садржи и чињенице и доказе који указују да у случају сведочења постоји опасност по живот, тело, здравље, слободу или имовину већег обима сведока или њему блиских лица, као и опис околности на које се сведочење односи. Иако *Законик о кривичном поступку Србије* не одређује посебно о каквој опасности мора бити реч, чињеница је да не може бити речи о било каквој опасности по добра сведока. Уместо неодређене и апстрактне опасности, опасност која се захтева као услов за додељивање статуса заштићеног сведока по својој природи мора бити конкретна, односно стварна у тој мери да сваког момента може доћи до повреде неких *Закоником* заштићених добара сведока.³²

Захтев се подноси у запечаћеном омоту на коме је назначено „заштићени сведок – строго поверљиво“. Осим иницираног предлагања, у виду посебног захтева када поменута лица од суда захтевају да одлучи о посебним мерама заштите, *Законик* предвиђа још један посебан „прећутан“ начин на који сведок може испољити своју вољу којом тражи да му се обезбеди статус заштићеног сведока. Наиме, могуће је да сведок приликом предузимања радње испитивања ускрати давање података о себи (нпр. име и презиме, јединствен матични број, место и годину рођења и друге идентификационе податке који се узимају од сведока пре испитивања), или одговор на поједина питања, или исказ у целини, уз образложење да постоје околности које указују на угрожавање његове безбедности или безбедности

³⁰ Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2009, 162.

³¹ Чл. 363. и чл. 364. ст. 2. ЗКП. Уколико претресно веће сматра оправданим може дозволити да на главном претресу, на коме је јавност искључена присуствују поједина службена лица, научни, стручни и јавни радници, а на захтев оптуженог може то дозволити и његовом брачном другу, блиским сродницима и лицу са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници.

³² Црногорски законодавац (чл. 120. ст. 1. ЗКП ЦГ) инсистира на томе да опасност буде озбиљна, бугарски да буде реална (чл. 123. ст. 1. ЗКП Бугарске), а законодавац у Републици Српској да буде очигледна (чл. 14. Закона о заштити свједока Р.Српске). Према чл. 247а *ЗКП Немачке* опасност треба да буде непосредна.

њему блиских лица.³³ Уколико суд сматра да је захтев оправдан и да је опасност озбиљна позваће сведока да у року од три дана поднесе захтев да буде испитан као заштићени сведок. У супротном, ако сматра да је ускраћивање података, појединог одговора или исказа у целини очигледно неосновано, примениће законске одредбе које се односе на могућност кажњавања сведока. На идентичан начин суд ће поступити и када сведок, након што је поучен о могућности подношења захтева, исти не поднесе у прописаном року.³⁴

Заштита сведока подразумева да се заштићени сведок испитује под условима и на начин који обезбеђују да се његова истоветност не открије јавности, а у изузетним (тежим) случајевима ни окривљеном и његовом браниоцу.³⁵ У том циљу, суду стоје на располагању две мере посебне заштите: искључење јавности са главног претреса и забране објављивања података о истоветности заштићеног сведока.³⁶ Међутим, за разлику од опште јавности којој истоветност сведока не мора бити никада откривена, окривљеном и његовом браниоцу ово ускраћивање личних података заштићеног сведока може трајати најдуже до петнаестог дана пре почетка главног претреса. Откривање личних података сведока нужно је због благовремене припреме одбране за испитивање сведока.³⁷ Према наведеном законском решењу очигледно је да *Законик о кривичном поступку* не предвиђа потпуну анонимност за заштићеног сведока, осим када се у улози сведока појави прикривени иследник.³⁸

Тежу меру посебне заштите сведока суд може одредити тек након што је претходно саслушао јавног тужиоца и сведока и установио том приликом да су живот, здравље или слобода сведока (не и имовине већег обима) у тој мери угрожени да то оправдава ограничење права на одбрану. Да би тежа мера посебне заштите могла бити примењена није довољно да је реч о „обичној“ угрожености, тј. могућој опасности за сведока или њему блиска лица, која се иначе тражи као услов за додељивање статуса заштићеног сведока,³⁹ већ је неопходно да је реч о постојећој опасности израженој у тој мери да оправдава ограничавање права одбране.⁴⁰ Такође, услов да би тежа

³³ М. Шкулић, (2009), 232.

³⁴ Горан П. Илић, et. al., *op.cit.*, 318. и 319.

³⁵ М. Grubač, *op.cit.*, 111.

³⁶ Чл. 106. ст. 1. ЗКП.

³⁷ У кривичном поступку Републике Српске лични подаци заштићеног сведока могу се чувати све до момента када сведок даје свој исказ на главном претресу (чл. 12. ст. 8. *Закон о заштити свједока Р. Српске*).

³⁸ Вид. Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 119.

³⁹ Чл. 105. ст. 1. ЗКП.

⁴⁰ Г. П. Илић, et. al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, 313.

мера заштите била одређена нужно је да је сведок *веродостојан*. Веродостојан је онај сведок који може саопштити исказ коме се верује, а верује се оном исказу који се подудара са реалним догађајем који се истражује и раније прикупљеним доказима и који омогућава прикупљање нових доказа. Приликом оцене веродостојности сведока треба утврдити на који је начин сведок дошао до сазнања о којима сведочи (да ли на основу властитих опажања или од неког другог лица), односно да ли је способан за сведочење и да ли има намеру да реално и целовито сведочи.⁴¹

У решењу којим се додељује статус заштићеног сведока наводи се: псеудоним заштићеног сведока, трајање мере заштите и начин спровођења. Мере које суд може одредити да би прикрио идентитет сведока током сведочења су: измена или брисање података о истоветности сведока из списка, прикривање изгледа сведока,⁴² испитивање из посебне просторије, уз промену гласа сведока, испитивање путем техничких средстава за пренос и промену звука и слике.⁴³ За коју ће се конкретну меру суд одлучити зависиће од опасности која прети сведоку и од тога да ли је истоветност сведока позната окривљеном или није. Уколико окривљеном није познат идентитет и изглед сведока могао би бити довољан први степен заштите (анонимизације), који би се спровео прикривањем идентификационих података сведока.⁴⁴ У другом случају, ако окривљени зна идентитет сведока и зна како сведок изгледа, нужно би требало применити виши степен заштите сведока. Виши степен заштите сведока подразумева прикривање изгледа сведока, испитивање сведока из посебне просторије, уз промену гласа, или испитивање сведока помоћу техничких средстава за пренос слике и звука.⁴⁵ У сваком случају суд би, приликом избора конкретне мере заштите сведока требало да уважи неколико основних принципа:⁴⁶ а) принцип индивидуализације, б) принцип комбинације, в) принцип сразмерности, г) принцип компензације и д) принцип законитости.

Поштујући принцип индивидуализације суд би морао поћи од чињенице да је сваки конкретан случај спецификум за себе и да оно што је примерено за заштиту једног сведока може бити штетно за заштиту другог. Стога, врста мере која ће се одредити за заштиту сведока првенствено ће

⁴¹ Berislav Pavišić, *Komentar Zakona o kaznenom postupku*, Dušević i Kršovnik, Rijeka, 2011, 572. S. Gluščić, et. al., *op.cit.*, 272.

⁴² На пример, иза непровидног паравана или заштитног зида (нпр. чл. 121. ст. 1. ЗКП ЦГ).

⁴³ Чл. 108. ст. 2. ЗКП.

⁴⁴ Matko Pajčić, *Zaštita svjedoka u postupcima za kaznena djela organiziranog kriminala*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 4, Pravni fakultet, Split, 2009, 724.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ S. Brkić, *op.cit.*, 56, 57.

бити резултат разматрања неколико елемената: врсте кривичног дела у вези с ким сведок сведочи, облика и степена угрожавања сведока, категорије сведока и правних и фактичких могућности за примену конкретно одређене мере заштите.

Принцип комбинације подразумева да суд може истовремено одредити примену више мера посебне заштите које се у току поступка могу модификовати у зависности од околности које указују на опасност за сведока и њему блиска лица.⁴⁷

Принцип сразмерност значи да суд не треба да одређује тежу меру уколико сврху заштите може постићи применом блаже мере и да мере посебне заштите треба да буду такве да истовремено на једној страни ефикасно сузбију опасност по сведока и њему блиска лица, а на другој да буду најмање рестриктивне за права одбране.⁴⁸

Принцип компензације подразумева обавезу суда да приликом избора одговарајуће мере заштите сведока истовремено обезбеди компензационе мере заштите интереса одбране.

Стога, окривљеном треба обезбедити да зна садржину исказа сведока, да има прилику да поставља питања сведоку и цени његову веродостојност. У супротном, ако није могуће обезбедити наведена права одбране и при томе недостају други докази, на таквом доказу не треба инсистирати, од таквог доказа треба одустати у складу са принципом *in dubio pro reo*.

Принцип законитости подразумева да суд може одредити само оне мере које су прописане *Закоником*.

У педесет правоснажно окончаних поступака пред Одељењем за ратне злочине Вишег суда у Београду, до 2010. суд је доделио статус заштићеног сведока четрдесетосморици сведока, а само у једном предмету као меру заштите одредио је брисање података о идентитету сведока из списка предмета.⁴⁹ Према извештају Службе за помоћ и подршку сведоцима и оштећенима у периоду од 1. јануара 2006. до 2. јула 2013. године меру заштите сведока одређењем псеудонима имало је 105 сведока, јавност је била

⁴⁷ Нпр. у предмету *КРо2 26/2010* сведок је испитан у истрази под псеудонимом, из посебне просторије, уз промену гласа и прикривање изгледа, а на главном претресуму је прикривен изглед од јавности. У предмету *КРо2 30/10* заштићени сведок је испитан под псеудонимом, а искључена је и јавност са главног претреса. Више: *Sudska praksa (priredili Nikolić-Garotić, S. i pravni saradnici Odeljenja za ratne zločine Višeg suda u Beogradu), Pravda u tranziciji*, број 16, [http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/\(CASOPIS\)/SRP/SRP16/2496.pdf](http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/(CASOPIS)/SRP/SRP16/2496.pdf) 14.02.2015.

⁴⁸ Чл. 106. ст. 4. ЗКП.

⁴⁹ Кривични предмет под бројем *КРо2 10/2010*. У: *Правда у транзицији, број 16*.

искључена приликом сведочења 49 сведока, глас 16 сведока је био измењен, а у случају сведочења двојице сведока мењана је слика сведока.⁵⁰

Против решења о додељивању статуса заштићеног сведока дозвољена је жалба. Жалбу могу изјавити странке и сам сведок. Ако је жалба изјављена на решење које је донео судија за претходни поступак, о њој одлучује ванпретресно веће, а у свим осталим случајевима ванпретресно веће непосредно вишег суда.⁵¹ Након правоснажности решења којим се сведоку додељује статус заштићеног сведока, суд доноси посебну наредбу, која је тајна, а којом на поверљив начин обавештава учеснике у поступку (странке, браниоца и сведока) о времену и месту испитивања заштићеног сведока. Пре испитивања, суд је дужан да заштићеног сведока обавести да његов идентитет неће бити никоме откривен осим суду, странкама и браниоцу, а ако постоје одређене околности које то оправдавају (уколико је реч о тежим случајевима) само суду и јавном тужиоцу. Суд је пре испитивања сведока дужан да сведока упозна са начином на који ће бити испитиван, као што је код лица која присуствују испитивању заштићеног сведока дужан да та лица упозори на дужност чувања тајне. Тајним се сматрају сви подаци о заштићеном сведоку и њему блиским лицима и о другим околностима које могу довести до откривања идентитета сведока. Суд ће забранити свако питање на које би заштићени сведок евентуално својим одговором могао да открије своју истоветност. Упозорења која је суд упутио присутним лицима и њихова имена записнички ће бити констатована. Заштићени сведок записник о испитивању потписује псеудонимом, а ако се испитивање заштићеног сведока обавља путем техничких средстава којима се врши промена звука и слике, таквим средствима рукује стручно лице.⁵²

Подаци о идентитету заштићеног сведока и њему блиских лица, као и друге околности које могу довести до откривања истоветности наведених лица чувају се у посебно запечаћеном омоту са назнаком "заштићени сведок – строго поверљиво" код судије за претходни поступак.⁵³ Запечаћени омот може отворити само суд који одлучује о правном леку против пресуде, након чега се омот поново печати и враћа на чување судији за претходни поступак. Подаци о заштићеном сведоку и њему блиским лицима представљају тајне податке које су дужна да сучувају и друга лица (осим службених лица), ако их у било ком својству сазнају.⁵⁴ Ради мотивисања грађана на сарадњу са

⁵⁰ Винка Никићевић-Бераха, Заштита сведока: специфичности у поступцима за ратне злочине, *Билтен Врховног касационог суда*, број 2, Intermex, Београд, 2013, 272.

⁵¹ Чл. 108. ст. 3. и 4. ЗКП.

⁵² Чл. 109. ЗКП.

⁵³ У Хрватској ови подаци се чувају код државног тужиоца.

⁵⁴ Чл. 110. ЗКП.

органима поступка, полиција и јавни тужилац приликом прикупљања обавештења од грађана дужни су да их обавесте о мерама посебне заштите.⁵⁵

3. МЕРЕ ЗАШТИТЕ СВЕДОКА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Законодавац Републике Србије у Законику о кривичном поступку предвидео је неколико начина заштите сведока током испитивања сведока у поступку који претходи главном претресу, као и на главном претресу. Тако, у истрази која започиње доношењем наредбе о спровођењу истраге коју је надлежни јавни тужилац обавезан да донесе пре или непосредно после предузимања прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од тридесет дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи полиције,⁵⁶ и с обзиром на то да је испитивање сведока доказна радња којој осумњичени и његов бранилац и оштећени могу присуствовати, и којима позив за присуство извођењу таквог доказа мора бити благовремено и правилно достављен, јавни тужилац је дужан да наредбу о спровођењу истраге донесе пре него што одлучи да предузме испитивање сведока.⁵⁷ Заједно са наредбом о спровођењу истраге, када се она води против познатог осумњиченог, одбрани се доставља и позив, односно оштећеном обавештење о могућности присуствовања испитивању сведока, с тим ако су о месту и времену предузимања доказне радње поменути лица обавештена на уредан начин, њихово одсуство неће спречити предузимање доказне радње од стране јавног тужиоца.⁵⁸

Водећи рачуна о претходно наведеном, неправилно достављање позива осумњиченом и његовом браниоцу (супротно одредбама *ЗКП*) за последицу има немогућност предузимања радње испитивања сведока од стране јавног тужиоца, односно ако јавни тужилац жели да испита сведока без присуства лица која по закону имају право да присуствују испитивању сведока – мора претходно да прибави сагласност судије за претходни поступак.⁵⁹ На наведени начин јавни тужилац биће дужан да поступи и када

⁵⁵Чл. 111. ЗКП. С. Атанасов, *op.cit.*, 195 – 202.

⁵⁶Чл. 296. ст. 1. и 2. ЗКП. С. Атанасов, *op.cit.*, 118,119.

⁵⁷ П. Г. Илић, et.al., *op.cit.*, 2013, 685.

⁵⁸ Чл. 300. ст. 1. и 7. ЗКП. С. Атанасов, *op.cit.*, 118,119.

⁵⁹ Јавном тужиоцу за овакво поступање је довољна само потврда да је позив уредно послао, а не и повратна информација да су бранилац и окривљени позив примили. У: Tintor, J.: *Odbrana kao strana u postupku u tužilačkoj istrazi (analiza novog ZKP Srbije), Tužilačka istraga - regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni (zbornik)*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2014, 250.

истрагу води против непознатог учиниоца кривичног дела,⁶⁰ односно од правила обавезног позивања осумњиченог и његовог браниоца (уколико га има), јавни тужилац може одустати и у поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, уколико јавни тужилац оцени да њихово присуство (присуство одбране) може утицати на сведока, с тим да се тада судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на таквом исказу сведока.⁶¹ С обзиром на лимитирану могућности коришћења таквог исказа у кривичном поступку, и због тога што се овако значајно одступа од права одбране, јавни тужилац мораће оцењивати у сваком конкретном случају да ли се применом неких других мера заштите сведока могла постићи идентична сврха.⁶² Овде је нарочито важно пазити да не дође до кршења права окривљеног на правично суђење у складу са одредбама члана 6. став 1. и 3. (д) *Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*.⁶³

Када је реч о испитивању заштићеног сведока на главном претресу, начин на који ће се конкретно штитити сведок на главном претресу зависиће преваходно од тога да ли је оптуженом познат прави идентитет сведока. Сведок се на главном претресу може штитити тако што ће му лични подаци бити делимично или потпуно прикривени од јавности и/или одбране. Одређивање псеудонима или шифре представља један од најчешће коришћених начина заштите сведока у кривичном поступку. Овом мером суд прикрива лично име сведока од јавности и то тако да јавност може да види и да чује заштићеног сведока током сведочења, али им није познат прави идентитет лица које сведочи. Псеудонимом се крије лично име и сви други могући идентификациони подаци, тако да није могуће успоставити везу између лика и гласа сведока и његових личних података, а што би била претпоставка његовог препознавања.⁶⁴ Да би био постигнут наведени циљ, суд забрањује сва питања која могу довести до откривања идентитета сведока. Поједина страна законодавства предвиђају мањи степен заштите сведока, јер прописују само право сведока да ускрате одговор на питања којима се открива њихов идентитет. У односу на решење садржано у домаћем процесном законодавству, реч је о нижем степену заштите.

Испитивање сведока под псеудонимом је облик анонимног сведочења, с тим да је идентитет сведока познат члановима судског већа и одбрани, али не и општој јавности. То значи да су окривљеном познати сви

⁶⁰Чл. 300. ст. 6. ЗКП.

⁶¹Чл. 300. ст. 2. ЗКП.

⁶² П. Г. Илић, et.al., *op.cit.*, 694.

⁶³Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, број 9/2003. С. Атанасов, *op.cit.*, 119, 120.

⁶⁴ S. Brkić, *op.cit.*, 76, 77.

идентификациони подаци на основу којих може идентификовати сведока, док то није случај са општом јавношћу. Подаци о идентитету сведока, у неким законодавствима заштићени су и више десетина година по правоснажности судске одлуке, уколико постоји бојазан да ће сведоку након давања исказа (или члановима његове породице) бити озбиљно угрожена безбедност. Суд ће у том случају по службеној дужности, или на предлог странака или браниоца одлучити да неки или сви лични подаци сведока остану тајна све док је то потребно. На пример, у Републици Српској подаци о заштићеном сведоку могу остати тајна до 30 година.⁶⁵ Прикривање идентитета сведока од опште јавности утиче на право одбране, јер им у знатној мери онемогућава постављање питања у правцу провере кредибилитета сведока. Сва питања којима се открива истоветност заштићеног сведока, суд ће забранити. Наведена мера по правилу се комбинује са другим мерама заштите.

Мера заштите може бити и измена или брисање података о истоветности заштићеног сведока из списка предмета. Подаци о истоветности заштићеног сведока мењају се или бришу у списима предмета оног тренутка када је сведоку одређен псеудоним. Уколико је сведоку одређен псеудоним тек на главном претресу, то захтева да се у свим ранијим списима изврши измена или брисање правих података о сведоку, јер у супротном ословљавање псеудонимом не би имало сврхе. Подаци о истоветности сведока замениће се такође псеудонимом у свим исправама које су прибављене као доказ, а чији је издавалац суд или неко други,⁶⁶ као што ће бити замењени или избрисани лични подаци у судским списима, записницима, одлукама, дописима који су састављени након што је сведоку додељен псеудоним. Начин измене или брисање података о истоветности сведока зависиће од тога да ли је реч о личном имену, или о неким другим подацима који могу довести до откривања идентитета сведока. Одређивање псеудонима биће ефикасно средство заштите само уколико је сведоку додељено од самог почетка поступка.⁶⁷

Прикривање изгледа сведока је мера заштите коју предвиђа домаћи законодавац, као и већина страних законодаваца, али код које конкретан начин заштите сведока није ближе одређен. Наиме, конкретан начин прикривања изгледа сведока на главном претресу препуштен је судској пракси, због чега се, на пример у кривичном поступку Црне Горе, изглед сведока сакрива иза заштитног зида, у Републици Српској и Босни и Херцеговини иза паравана, а у Холандији предвиђа могућност да сведок

⁶⁵ *Ibid*, 78.

⁶⁶ *Ibid*, 78, 79.

⁶⁷ S. Brkić, *op.cit.*, 78.

сакрије своје лице.⁶⁸ Реч је у суштини о мери код које је одбрани омогућено да непосредно посматра реакције заштићеног сведока на постављено питање и да на тај начин контролише поузданост сведока.⁶⁹

Када је реч о испитивању сведока из посебне просторије уз промену гласа сведока, и код ове мере заштите, као и код претходно наведене код које се прикрива изглед сведока, одбрана је у могућности да контролише понашање сведока и прати његове реакције на постављено питање. Конкретно, сведок се испитује у просторији која је одвојена од места где се држи главни претрес, али тако што се између њих обезбеђује директан видео и аудио пренос, с тим да се глас мења.⁷⁰

Мера којом се у највећој мери ограничавају права одбране на непосредно испитивање сведока је мера која се састоји у испитивању сведока путем техничких средстава за пренос и промену звука и слике. Могућност да се сведок испита уз помоћ техничких средстава за пренос и истовремену промену звука и слике омогућила је да се идентитет сведока прикрије и без искључења јавности са главног претреса. Техничка средства ће учинити непрепознатљивим изглед и/или глас сведока тако да ће општој јавности поред изгледа остати непознато и лично име и други идентификациони подаци сведока.⁷¹ Током испитивања сведока на овај начин када је његов изглед прикривен, а његов глас искривљен, не постоји могућност оцене његових реакција (нпр. црвењења лица сведока, скретање погледа у страну, гутање пљувачке, односно свих оних физичких реакција које се могу протумачити као знак неистинитог сведочења).⁷² Реч је о мери коју треба предузимати само изузетно.

4. ЗАКЉУЧАК

Преузимајући међународне обавезе и уважавајући позитивно правна искуства садржана у упоредном законодавству, као и реалне потребе да се новим облицима криминалитета (као што је онај организованог карактера за који је карактеристична употреба различитих облика насиља ради застрашивања сведока да би сведоци одустали од пријављивања кривичних дела, или одустали од сведочења у кривичном поступку), законодавац Србије је новим *Законом о кривичном поступку* из 2011. године прописао низ мера заштите сведока.

⁶⁸ Т. Лукић, *op.cit.*, 244, 245.

⁶⁹ Г. П. Илић et.al., *op.cit.*, 317, 318.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Вид. S. Brkić, *op.cit.*, 108-115, 188.

⁷² S. Gluščić, et. al., *op.cit.*, 306.

Прописујући мере заштите законодавац Србије је допринео стварању безбедног окружења сведока, у највећој могућој мери створио услове за спречавање и отклањање различитих облика непосредног и посредног застрашивања сведока и допринео несметаном учешћу сведока у кривичном поступку и бољем квалитету исказа сведока.

Saša ATANASOV, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

ROLE OF PROTECTED WITNESS IN A CRIMINAL PROCEEDING OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: This paper examines criminal-legal mechanisms of a witness' protection and its role in the criminal proceeding of the Republic of Serbia. In the separate chapters, we have analyzed the scope of individuals eligible to acquire the status of a protected witness, special interrogation procedures of a protected witness, as well as the concrete measures of a witness' protection in a criminal proceeding, aiming at creating adequate conditions for smooth and truthful witnessing.

Key words: protected witness, protection mechanisms, interrogation procedures, measures of protection.

ЛИТЕРАТУРА

Саша Атанасов, Улога сведока у откривању и доказивању кривичног дела, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2016,

Snežana Brkić, *Zaštita svedoka u krivičnom postupku*, Autor, Novi Sad, 2005,

Stjepan Gluščić, et. al., *Procesne mere zaštite svedoka*, Savet Evrope, Strazbur, 2006,

Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo sa tekstom Zakonika o krivičnom postupku*, Projuris, Beograd, 2013,

Горан П. Илић, et. al., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013,

Džeremi Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku, Praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009,

Винка Никићевић-Бераха, Заштита сведока: специфичности у поступцима за ратне злочине, *Билтен Врховног касационог суда*, број 2, Intermex, Београд, 2013,

Matko Pajčić, *Zaštita svjedoka u postupcima za kaznena djela organiziranog kriminala*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, број 4, Pravni fakultet, Split, 2009,

Drago Radulović, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2009,

Velimir Rakočević, *Zaštita svjedoka u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore i međunarodni standardi*, *Pravni život*, Vol. 55, број 9, Београд, 2006,

Jugoslav Tintor, *Odbrana kao strana u postupku u tužilačkoj istrazi (analiza novog ZKP Srbije)*, *Tužilačka istraga - regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni (zbornik)*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014,

Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009,

Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013,

Милан Шкулић, *Организовани криминалитет, Појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, Службени гласник, Београд, 2015,

Strafprozeßordnung (StPO), <http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 16.08.2018,

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ - Међународни уговори*, број 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр.,

Конвенција УН против транснационалног организованог криминала, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, број 6/2001,

Закон о заштити свједока у кривичном поступку Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, број 48, од 24. јуна 2003,

Recommendation No. R (97) 13 Concerning Intimidation of Witnesses and the Rights of the Defence,

Recommendation Rec(2005)9 on the protection of witnesses and collaborators of justice,

Recommendation Rec (2001)11 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Guiding Principles of the Fight Against Organised Crime,

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014,

Закон о полицији, *Службени гласник РС*, број 101/2005, 63/2009 - одлука УС и 92/201,

Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку, *Службени гласник РС*, број 85/2005,

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 98/2006,

Законик о кривичном поступку из 2006. године, *Службени гласник РС*, број 46 од 2. јуна 2006, 49/07, 122/08,

Законик о кривичном поступку Црне Горе, *Службени лист ЦГ*, број 57/2009, 49/2010, 47/2014 – одлука УС, 35/2015 – др.закон и 28/2018 – одлука УС,

Penal Procedure Code of the Republic of Bulgaria
<http://legislationline.org/documents/section/criminal-codes>, 15.08.2018,

Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Službeni list SCG - Međunarodni ugovori*, broj 9/2003.

Мирјана ЂУКИЋ*

343.123.12(497.11)

УСЛОВНО ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У СРБИЈИ – НОРМА И ПРАКСА

Анстракт: Једно од основних начела кривичног поступка, начело законитости подразумева обавезу јавног тужиоца да преузме кривично гоњење, ако постоји основана сумња да је неко починио кривично дело које се гони по службеној дужности. Обавеза гоњења проистиче из перцепције кривичног дела као дела које угрожава опште друштвене вредности, те сходно томе, оно носи висок степен друштвене опасности. Изузетак од овог принципа су случајеви у којима се примењује начело опортунитета. Један од његових облика, представља могућност одлагања кривичног гоњења (условљени опортунитет). Јавни тужилац може одложити кривично гоњење када су у питању релативно лака или средња тешка кривична дјела, ако осумњичени прихвати било коју од наметнутих обавеза. Када је обавеза испуњена, кривична пријава се одбацује. Ради се о диверзионом моделу поступања, којим се скреће са кривичног поступка, ка вансудском облику решавања кривичне ствари. Њиме се настоје избећи трошкови кривичног поступка, те је усаглашен са прагматиком процесне економије. Ради дубље анализе, институт условног одлагања кривичног гоњења, анализирали смо са нормативног и практичног аспекта.

Кључне речи: начело легалитета, начело опортунитета, условљени опортунитет, начело процесне економије

1. УВОД

Како би се на нормативном плану усагласила са међународним и европским стандардима, Република Србија је отпочела са реформом кривичног процесног законодавства 2001. године. Исти корак предузеле су и бројне земље у окружењу. Успостављање нормативне основе за што ефикаснији кривични поступак, захтевало је напуштање традиционалног мешовитог поступка и увођење акузаторног модела. Његову основну одлику чине широка процесна овлашћења јавног тужиоца током првостепеног кривичног поступка. С обзиром да изостају некадашњи инквизициони

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, mirjana.djukic@pr.ac.rs.

елементи, улога суда је пасивна у погледу доказивања. Он не може изводити доказе по службеној дужности у корист оптужбе или одбране, већ само на предлог странака, да би на крају, иако у томе није био активан, донео одговарајућу одлуку. Мериторно одлучивање је једина сфера у којој је он активан.

Под окриљем акузаторног модела, уведене су бројне поједностављене форме поступања у кривичним стварима, у којима је јавни тужилац задржао своју доминантну улогу. Поред скраћеног и поступка за изрицање судске опомене, које наше законодавство већ дуже време познаје, уведене су три врсте споразума између јавног тужиоца и окривљеног, казнени налог и установа одлагања кривичног гоњења. Одлагање гоњења је као својеврсна алтернатива кривичном поступку постојало и раније, а новину представља његова примена у односу на категорију пунолетних учинилаца кривичних дела. Иако се по свом карактеру и сврси, једино може приближити упрошћеним процесним формама, он се ипак, из разлога што се скреће са кривичног поступка, не може са њима поистоветити, већ пре можемо рећи да се ради о диверзионом моделу поступања. Код споразума о признању кривичног дела изостаје фаза суђења. Код споразума о сведочењу, нема суђења након што окривљени на рочишту призна добровољно и свесно, кривично дело. Окривљени сарадник је једино присутан на једном делу главног претреса, када у својству сведока износи свој исказ. Условно одлагање за циљ има избегавање кривичног поступка, тако да нема ни поступка, а још мање изостанка неке од његових фаза.

2. ОПШТЕ ПОСТАВКЕ О НАЧЕЛУ ЛЕГАЛИТЕТА

Начело легалитета настало је у немачком праву крајем деветнаестог века.¹ Најпре је било засновано на апсолутним теоријама о казни, које смисао и циљ кажњавања виде у друштвеној одмазди и репресији. Након тога, своју потпору је нашло у утилитаристичкој концепцији, која сврху казне види у њеној корисности за друштво, односно специјалној и генералној превенцији. Иако су ове теорије доминантне у области кривичног материјалног права, нашле су своју примену и у кривичном процесном праву као његовој надоградњи. Законик о кривичном поступку прописујући правила одвијања кривичног поступка, делатност учесника у поступку, посебно главних субјеката, не треба занемарити сврху кажњавања, те у том контексту, у успостављању нових института, поштовати кривичноправне норме. Легалитет се, осим кроз призму прожимања кривичноматеријалног и

¹ Кнежевић, С., *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012, 42.

кривичнопроцесног законодавства, издваја и као једно од темељних начела на којима је од давнина заснован кривични поступак.

С обзиром да се његова суштина манифестује кроз функцију гоњења, начело легалитета је у теорији кривичног процесног права сврстано у категорију начела кривичног гоњења. Функција гоњења првенствено припада јавном тужиоцу, када се ради о кривичним делима која се гоне по службеној дужности. Изузетно, када су за то законом предвиђени услови, кривично гоњење може преузети или предузети лице оштећено таквим кривичним делом, које се тада појављује у својству оштећеног као субсидијарног тужиоца. Мада, објективно гледано, јавни тужилац увек има далеко веће могућности за реализацију кривичног гоњења, у односу на оштећеног, иако му законски то право у неким ситуацијама и припада. Томе у прилог говори формулација члана 6. става 1 Законика о кривичном поступку, која заправо даје поставку начела легалитета. У том смислу, његову суштину чини обавеза јавног тужиоца да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је неко лице извршило кривично дело за које се гони по службеној дужности.² Пошто је наглашена обавеза јавног тужиоца, има аутора који се пре опредељују за термин „начело облигаторности“.³

У наведеној законској одредби, законодавац користи термин „основи сумње“, док је у законнику који му је претходио, коришћен термин „основана сумња“. Поједини теоретичари се критички односе према оваквој, садашњој формулацији, коју аргументују у смислу нижег стандарда доказаности. Код основане сумње, између разлога за и разлога против постојања одређене чињенице, постоји равнотежа.⁴ Код основа сумње имамо ситуацију да разлози против доминирају над разлозима за постојање спорне чињенице, односно да постоји већи број доказа у прилог томе да лице није учинило кривично дело, у односу на оне који говоре у прилог томе да је учинио.⁵ Реч је о терминима које треба разликовати у квантитативном смислу, те се са правом указује на коришћење првобитне законске формулације.

До кривичних дела која се гоне по службеној дужности, долазимо системом елиминације оних која се гоне по приватној тужби (нарушавање неповредивости стана, повреда тајности писама и других пошиљки, неовлашћено фотографисање, неовлашћено прикупљање личних података,

² Законик о кривичном поступку-ЗКП („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014), члан 6. став 1.

³ Јекић, З., *Кривично процесно право*, Београд, 2003, 83.

⁴ Бркић, С., *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013, 72-73.

⁵ Бркић, нав. дело, 72. „Овако низак стандард доказаности за покретање истраге, може се с правом критиковати“. Цитирани аутор инсистира на враћању претходне законске формулације „основана сумња“.

увреда, клевета, изношење личних и породичних прилика, повреда моралних права аутора и интерпретатора, кривична дела против имовине код којих је учинилац у блиском сродству са оштећеним). Ако изузмемо кривична дела против живота и тела и многа друга којима се угрожава појединац, по службеној дужности се гоне и она дела којима се угрожава правни и економски поредак једне држав

3. НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА УЗ ОСВРТ НА УСЛОВЉЕНИ ОПОРТУНИТЕТ У КРИВИЧНОМ ПРОЦЕСНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Као вид одступања од начела легалитета, опортунитет подразумева могућност јавног тужиоца да не покрене кривични поступак и када су за то испуњени законски услови, ако сматра да то у датом случају не би било целисходно. Поред поменутих основа сумње, потребно је још да дело које је пријављено представља кривично дело за које се гони по службеној дужности и, да није наступила застарелост гоњења, да дело није обухваћено амнестијом или помиловањем. Сви наведени услови кумулативно морају бити испуњени да би јавни тужилац могао да започне гоњење. И код начела легалитета и код начела опортунитета, установљена је обавеза јавног тужиоца да кривично гони, с тим што код легалитета ова обавеза наступа аутоматски, по сили закона, чим је извршено дело које се гони по службеној дужности, а код опортунитета, након што јавни тужилац оцени целисходност гоњења.⁶ Ради се о дискреционој оцени јавног тужиоца, која ни у ком случају не сме бити самовољна, већ првенствено треба да поступа уважавајући јавни интерес.

Опортунитет кривичног гоњења обухвата неколико ситуација у којима јавни тужилац ценивши целисходност гоњења, може донети одлуку да не покрене кривични поступак, иако су за то испуњени сви законски услови:

- 1) Код кривичних дела која врше малолетна лица;
- 2) Код кривичних дела учињених од стране правног лица;
- 3) Када дође до закључења споразума о признању кривичног дела;
- 4) Код кривичних дела за која је законом забрањена казна затвора у трајању до три године, ако је претходно осумњичени изразио стварно кајање, или је штету већ надокнадио, или је штету већ отклонио (одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности), и

⁶ Бејатовић, С., Ђурђић, В., Шкулић, М., Илић, Г., Киурски, Ј., Матић, М., Лазић, Р., Ненадић, С.: *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, 18.

5) Код условљеног опортунитета.

Могућност одлагања кривичног гоњења у односу на малолетна лица постоји у нашем кривичнопроцесном законодавству већ дужи низ година.⁷ Закоником о кривичном поступку од 2001. године, одлагање гоњења проширено је и на пунолетна лица. Од свих поменутих случајева, највећу пажњу завређује условно одлагање гоњења или, условљени опортунитет. Разлог за то лежи у томе што је проширен круг кривичних дела под окриљем овога института. Најпре су то била дела за која је забрањена казна затвора до три године, а потом, од 2009. године, дела за која је предвиђена казна затвора у трајању до пет година.⁸

Сам назив „условљени опортунитет“ говори о томе да јавни тужилац може одложити кривично гоњење пунолетном лицу за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година, ако осумњичени испуни одређене услове, односно ако испуни једну или више обавеза које му јавни тужилац, зависно од врсте кривичног дела, одређује у наредби за одлагање кривичног гоњења. За овако нешто потребно је да претходно постоје основи сумње (какав термин користи законодавац) да је лице извршило кривично дело за које је поменута казна забрањена и да осумњичени раније није осуђиван. Зависно од саме врсте кривичног дела, објекта напада, последице која је наступила, те обавезе могу бити различите, при чему њихово испуњење јавни тужилац може, што опет зависи од последице дела, осумњиченом наложити алтернативно или кумулативно. Обавезе су таксативно набројане у члану 283. Законика о кривичном поступку:⁹

- 1) Отклањање штетне последице коју је осумњичени проузроковао кривичним делом, или накнада причињене штете;
- 2) Уплата новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе;
- 3) Да обави друштвенокорисни или хуманитарни рад;
- 4) Да испуни доспеле обавезе издржавања;
- 5) Да се подвргне одвикавању од употребе алкохола или опојних дрога;

⁷ Стевановић, Ч., *Кривично процесно право СФРЈ*, Научна књига, Београд, 1988, 58-60.

⁸ Илић, Г., Киурски, Ј., *Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима - регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013, 242.

⁹ ЗКП, члан 283.; Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А.: *Коментар законика о кривичном поступку, Пето издање-према стању законодавства од 1. октобра 2013. године*, Службени гласник, Београд, 2013, 651-653.

- 6) Да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања;
- 7) Да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.

Један од услова је ранија неосуђиваност учиниоца. Након што испуни неку од наведених обавеза у року од годину дана, јавни тужилац одбацује кривичну пријаву решењем, а крајњи исход је да се лице према којем је овај институт примењен не заводи у казнену евиденцију.¹⁰ С обзиром да се овим видом поступања жели избећи кривични поступак и изрицање кривичне санкције од стране суда, кривична ствар се решава вансудским путем. Из тога произилазе основне одлике мера које одређује јавни тужилац. Не изричу се у кривичном поступку, нити их изриче суд, а настоје да се побољшају односи између учиниоца и оштећеног, тиме што ће испуњењем обавеза бити намирен, без претераног чекања. Осим тога, као што смо навели, не уводе се у казнену евиденцију и не повлаче правне последице осуде, јер осуде у правом смислу речи заправо и није било. Како нису у питању кривичне санкције, њихов циљ није репресија, већ превентивно деловање на осумњиченог.

Да не би дошло до ситуације да се условљени опортунитет примењује више пута према истом учиниоцу у погледу истог кривичног дела, Републичко јавно тужилаштво је 01. 01. 2008. године формирало централну евиденцију лица према којима је условно одлагање већ примењено, у којој се осим лица заводи врста кривичног дела.¹¹ Дакле, пре него што приступи примени овог института, јавни тужилац проверава да ли пријављено лице пролази кроз ову евиденцију. Уочавамо да не постоји ограничење када су у питању сродна кривична дела чији је извршилац исто лице. То указује да јавни тужилац може да приступи примени овог института, у односу на исто лице, под условом да није учинио исто кривично дело, али исто тако није искључена могућност његове примене код сродних кривичних дела. Сродна дела су она која у посебном делу Кривичног законика припадају истој категорији, односно имају исти заштитни објекат. Тако је могућа ситуација да је према осумњиченом који је извршио кривично дело пореске утаје, примењен условљени опортунитет, а да до његове примене опет дође у свакој наредној ситуацији у којој исто лице изврши кривично дело које припада категорији кривичних дела против привреде.

¹⁰ Мајић, М., *Кривично процесно право – Практикум за припрему правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2018, 21-22.

¹¹ Мирков, Ж., *Начело опортунитета кривичног гоњења у тужилачкој пракси - од пријема кривичне пријаве до решења о одбачају кривичне пријаве*, Право – теорија и пракса, бр. 7-9, 2016, 64.

Последњих година забележена је све већа примена овога института у пракси. У прилог томе говори податак да је у периоду од 2010. до 2014. године, испуњавањем обавеза од стране осумњиченог кроз институт одлагања кривичног гоњења, у Првом основном тужилаштву у Београду, прикупљено више од пет милиона евра, која сума је отишла у хуманитарне сврхе, махом за помоћ болницама и домовима здравља.¹² Најпознатији случај примене овога института код нас био је када је познати гитариста и композитор, Горан Бреговић, због нелегалне градње уплатио два милиона динара у хуманитарне сврхе. Генерално гледано, он јесте подобан за примену у односу на лакша кривична дела, али не можемо рећи да тој категорији припадају сва кривична дела за која је законом запређена казна затвора у трајању до пет година.

4. УСЛОВНО ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ПРАКСИ ОСНОВНИХ И ВИШИХ ТУЖИЛАШТАВА

Примену института одлагања кривичног гоњења, анализирали смо у пракси Основних и Виших јавних тужилаштава на подручјима Апелационог јавног тужилаштва у Београду, Новом Саду, Крагујевцу и Нишу, у протеклој 2017. години. Ради детаљније анализе, а у циљу прегледности, статистичке податке ћемо представити табеларно.

Табелом 1. приказаћемо за која се кривична дела најчешће примењивао овај институт, и укупан број лица као извршилаца истих. У **табели 2., 3., 4. и 5.** приказаћемо на који је начин институт условног одлагања кривичног гоњења примењен на подручјима Апелационог јавног тужилаштва у Београду, Новом Саду, Крагујевцу и Нишу.

¹²Преузето са: <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/drustvo/aktuelno.290.html:516526-Odlaganjem-krivicnog-gonjenja-sakupljeno-vise-od-pet-miliona-evra>, посећено 09. 05. 2018.

Табела 1.

Кривично дело	Број лица према којима је примењен институт одлагања гоњења на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Београду	Број лица према којима је примењен институт одлагања гоњења на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Новом Саду	Број лица према којима је примењен институт одлагања гоњења на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Нишу	Број лица према којима је примењен институт одлагања гоњења на подручју Апелационог јавног тужилаштва у Крагујевцу
Угрожавање јавног саобраћаја (чл. 289. КЗ)	2.619	1.461	611	1.141
Неовлашћено држање опојних дрога (чл. 246а КЗ)	1.152	543	/	271
Крађа (чл. 203. КЗ)	827	312	360	327
Шумска крађа (чл. 275)	/	/	118	/
Тешка дела против безбедности јавног саобраћаја (чл. 297. КЗ)	215	125	/	203
Фалсификовање исправе (чл. 355. КЗ)	187	195	98	/
Недавање издржавања (чл. 195. КЗ)	135	154	/	127
Угрожавање сигурности (чл. 138. КЗ)	120	/	113	99
Лака телесна повреда (чл. 122. КЗ)	/	105	96	/
Укупно	5255	2895	1396	2068

Извор: file:///C:/Users/Dell/Downloads/rjt%20statistika%20233.pdf

Табела 2.

АЈТ Београд	Решено применом условног одлагања кривичног гоњења на начин:							Новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе
	Отклањање последице или надокнада штете	Уплата новца у корист хуманитарне организације	Другиствено користан или хуманитарни рад	Испуњење доспеле обавезе издржавања	Поддржавање одвикавању од алкохола или опојних дрога	Поддржавање психосоцијалном третирану	Испуњење судске одлуке	
ВЈТ Београд	46	58	/	/	/	/	/	4 177.665.
ВТК Београд	1	16	5	/	/	/	/	1 224.498.
Прво ОЈТ Београд	236	1567	277	1	/	1	/	64 852.655.
Друго ОЈТ Београд	190	971	160	25	1	3	/	43 691.500.
Треће ОЈТ Београд	182	1241	119	10	/	/	/	50 416.820
ОЈТ Лазаревац	4	114	/	/	/	/	/	4 150.000.
ОЈТ Младеновац	10	162	/	3	/	/	/	6 820.919.
ОЈТ Обреновац	10	174	/	6	/	/	/	5 073.500.
ВЈТ Ваљево	/	9	/	/	/	/	/	240.000.
ОЈТ Ваљево	76	160	45	/	7	11	/	5 783.000.
ОЈТ Мионица	6	56	1	1	1	1	/	1 228.000.
ОЈТ Уб	19	216	20	/	/	/	/	6 234.000
ВЈТ Панчево	/	3	/	/	/	/	/	150.000.
ОЈТ Панчево	1	213	1	11	1	/	4	9 080.000.
ОЈТ Вршац	8	119	1	12	3	6	1	6 295.000.
ВЈТ Смедерево	/	/	/	/	/	/	/	/
ОЈТ Смедерево	44	94	/	8	/	/	/	3 428.000.
ОЈТ Велика Плана	/	98	1	3	/	/	/	2 526.587.
Укупан новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе								215 372 145

Извор: file:///C:/Users/Dell/Downloads/rjt%20statistika%20233.pdf

Табела 3.

АЈТ Нови Сад	Решено применом условног одлагања кривичног гоњења на начин:							Новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе
	Отклањање последице или надокнада штете	Уплата новца корист хуманитарне организације	Другиствено користан или хуманитарни рад	Испуњење доследне обавезе издржавања	Поддржавање одржавању од алкохола или опојних дрога	Поддржавање психологија лном третирању	Испуњење судске одлуке	
ВЈТ Нови Сад	/	5	/	/	/	/	/	205.000
ОЈТ Нови Сад	31	943	21	7	/	/	/	37.877.200
ОЈТ Бачка Паланка	5	/	/	/	/	/	/	4.400.000
ВЈТ Суботица	5	/	/	/	/	/	/	270.000
ОЈТ Суботица	25	311	/	41	/	/	/	9.275.000
ОЈТ Сента	4	94	/	10	/	/	/	1.084.000
ВЈТ Сомбор	/	9	/	1	/	/	/	270.000
ОЈТ Сомбор	24	248	50	16	/	4	/	7.844.000
ОЈТ Врбас	8	130	7	2	/	/	/	6.253.060
ВЈТ Зрењанин	/	9	/	/	/	/	/	300.000
ОЈТ Зрењанин	23	246	/	/	/	/	/	7.654.357
ОЈТ Бечеј	12	78	7	4	/	/	/	3.489.388
ОЈТ Кикинда	14	187	/	17	/	/	/	5.396.500
ВЈТ Сремска Митровица	/	2	/	/	/	/	/	9 0.000
ОЈТ Сремска Митровица	25	287	21	10	/	1	/	14.453.815
ОЈТ Рума	9	173	9	7	/	1	/	7.297.801
ОЈТ Стара Пазова	9	246	/	9	/	/	/	13.373.228
ВЈТ Шабац	/	3	/	/	/	/	/	80.000
ОЈТ Шабац	6	243	/	7	/	/	/	9.697.500
ОЈТ Лозница	29	171	/	17	/	/	/	5.515.000
Укупан новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе								134.825.849

Извор: file:///C:/Users/Dell/Downloads/rjt%20statistika%20233.pdf

Табела 4.

АЈТ Крагујевац	Решено применом условног одлагања кривичног гоњења на начин:							Новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе
	Отклањање последиче или надокнада штете	Уплата новца у корист хуманитарне опанаснаше	Друштвено користан или хуманитарни рад	Испуњење доследе обавезе издржавања	Повраћање одвикавању од алкохола или опојних лекова	Повраћање пенхолошја лином третману	Испуњење судске одлуке	
ВЈТ Крагујевац	/	6	/	/	/	/	/	170.000
ОЈТ Крагујевац	42	430	/	7	2	11	/	12.707.000
ОЈТ Аранђеловац	2	222	3	4	/	/	/	9.336.539
ВЈТ Јагодина	/	10	/	/	/	/	/	200.000
ОЈТ Јагодина	197	/	/	/	/	/	/	6.557.908
ОЈТ Деспотовац	5	70	/	2	/	/	/	1.778.500
ОЈТ Параћин	23	73	5	9	/	/	/	1.575.000
ВЈТ Крушевац	2	5	/	/	/	/	/	150.000
ОЈТ Крушевац	58	283	/	18	/	/	/	9.532.000
ОЈТ Брус	18	75	/	/	/	/	/	1.584.000
ОЈТ Трстеник	1	66	/	/	/	/	/	2.810.000
ВЈТ Краљево	/	37	/	/	/	/	/	1.320.000
ОЈТ Краљево	29	324	/	15	/	/	/	12.310.000
ОЈТ Рашка	14	59	/	/	/	/	/	1.950.000
ВЈТ Нови Пазар	/	5	/	/	/	/	/	260.000
ОЈТ Нови Пазар	8	224	/	/	/	/	/	5.543.000
ВЈТ Пожаревац	/	2	/	/	/	/	/	60.000
ОЈТ Пожаревац	7	184	1	15	/	/	/	5.550.000
ОЈТ Велико Градиште	3	40	/	1	/	/	/	1.134.000
ОЈТ Петровац на Млави	2	36	/	5	/	/	/	1.305.000
ВЈТ Чачак	/	5	/	/	/	/	/	180.000
ОЈТ Чачак	13	369	/	14	3	/	/	10.566.000
ОЈТ Горњи Милановац	7	59	/	/	/	/	/	1.580.000
ВЈТ Ужице	/	/	/	/	/	/	/	/
ОЈТ Ужице	3	241	/	7	/	/	/	5.548.000
ОЈТ Пожега	7	112	/	1	/	/	/	2.655.000
ОЈТ Пријепоље	/	153	/	2	/	/	/	3.875.000
Укупан новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе								100.236.947

Извор: file:///C:/Users/Dell/Downloads/rjt%20statistika%20233.pdf

Табела 5.

АЈТ Ниш	Решено применом условног одлагања кривичног гоњења на начин:							Новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе
	Отклањање последње или наредне доконала штеће	Уплата новца у корист хуманитарне организације	Друштвено користан или хуманитарни рад	Испуњење дестеле обавезе издржавања	Подвргавање одвикавању од алкохола или опојних дрога	Подвргавање психосоцијалном третману	Испуњење судске оллуке	
ВЈТ Ниш	/	4	/	/	/	/	/	170.000
ОЈТ Ниш	124	388	1	18	/	/	1	14.037.000
ОЈТ Алексинац	31	231	/	3	/	/	/	6.740.000
ВЈТ Врање	/	1	/	/	/	/	/	50.000
ОЈТ Врање	154	225	2	5	/	1	/	6.324.000
ОЈТ Владичин Хан	43	80	/	/	/	/	/	1.362.000
ВЈТ Зајечар	/	/	/	/	/	/	/	/
ОЈТ Зајечар	25	189	10	7	/	/	/	5.009.408
ОЈТ Бор	7	109	/	3	/	/	/	1.725.000
ВЈТ Неготин	/	/	/	/	/	/	/	/
ОЈТ Неготин	4	124	/	6	/	1	/	3.095.000
ВЈТ Лесковац	/	/	/	/	/	/	/	/
ОЈТ Лесковац	20	317	/	9	/	/	/	9.476.000
ОЈТ Лебане	/	77	/	3	/	/	1	1.803.000
ВЈТ Прокупље	/	2	/	/	/	/	/	40.000
ОЈТ Прокупље	8	82	/	/	/	/	/	2.532.000
ОЈТ Куршумлија	12	51	/	/	/	/	/	1.555.000
ВЈТ Пирот	/	/	/	/	/	/	/	/
ОЈТ Пирот	9	64	27	1	/	/	/	3.250.000
Укупан новчани износ уплаћен у хуманитарне сврхе								57.168.408.

Извор: file:///C:/Users/Dell/Downloads/rjt%20statistika%20233.pdf

У највећем броју случајева, условно одлагање кривичног гоњења примењивано је на подручју Апелационог тужилаштва у Београду (5 255). Анализом статистичких података долазимо до закључка да су учиниоци у протеклој, 2017. години, најчешће по наредби јавног тужиоца испуњавали обавезу уплате новчаног износа у хуманитарне сврхе, што важи за сва четири обухваћена подручја. Притом је највећи новчани износ уплаћен на подручју Апелационог тужилаштва у Београду.

ЗАКЉУЧАК

Нема сумње да је институт условног одлагања кривичног гоњења, од вишеструке користи. Он се чак, из разлога што се вансудским путем решава кривична ствар, не сврстава ни у категорију поједностављених процесних форми, јер оне подразумевају кривични поступак код којег изостаје нека од фаза, а овде није дошло ни до његовог покретања. Међутим, и поред тога се сматра значајним, јер се тежи избегавању трошкова кривичног поступка, па је усаглашен са прагматиком процесне економије. Управо из овога следи његова превентивна сврха. Уместо ретрибуције, кривична ствар се не решава изрицањем кривичне санкције, већ неким од наложених обавеза о којима се не доноси судска одлука, те је искључиво превентивног карактера.

У протеклих неколико година, забележен је пораст примене овога института. Јавном тужиоцу су додељена широка дискрециона овлашћења, тако да без сагласности оштећеног и одобрења суда, сада, без одуговлачења, може самостално одлучивати о судбини кривичне пријаве. Анализом података у протеклој години, дошли смо до закључка да је до условног одлагања најчешће долазило код кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја, за чији је основни облик предвиђена казна затвора до три године, а за тежи, до пет година. Након овог, следи по учесталости примене условног одлагања гоњења, кривично дело неовлашћено држање опојних дрога, за које је прописана казна затвора до три године, или новчана казна, а у неким случајевима може доћи и до ослобођења од казне.

Новине које законодавац предвиђа у погледу кривичних дела на која се примењује сада овај институт, могу се изложити критици, јер сва кривична дела за која је законом запређена казна затвора у трајању до пет година, не можемо третирати безопасним. Тој категорији рецимо припадају кривично дело пореске утаје, кријумчарење, прање новца, за чије је основне облике прописана казна затвора у трајању до пет година. Мада се за сада, као што смо видели, примена одлагања задржала на подручју лакших кривичних дела, која не носе висок степен друштвене опасности, не мора да значи да ће се таква пракса задржати и у будућем периоду. Из тог разлога, предлажемо да поново заживи некадашње законско решење, које у обзир узима кривична дела за која је запређена казна затвора у трајању до три године.

Mirjana DJUKIĆ

Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

DEFERRING OF A CRIMINAL PROSECUTION IN SERBIA – NORME AND PRACTICE

Summary

One of the basic principles of the criminal procedure, the principle of legality of prosecution, implies the obligation of the public prosecutor to prosecute, if there is a reasonable suspicion that a person has committed a criminal offence prosecuted ex officio. The obligation of prosecution arises from the perception of the offence as an act that violates or endangers the general social values, and accordingly, it also carries a high degree of social danger. The exception to this principle is the cases in which the principle of opportunity is applied. One of the aspects of the principle of opportunity is the postponement of criminal prosecution (conditional opportunity). The public prosecutor may postpone prosecution, when it comes to relatively minor or medium-serious crimes, if the suspect accepts any of the imposed obligations. When the obligation is fulfilled, a criminal complaint is dismissed. It is a diversionary model of treatment, which turns from criminal procedure to the out-of-court form of solving the criminal case. It seeks to avoid the costs of criminal proceedings and is in line with the pragmatic of the process economy. For a deeper analysis, the institute of suspended prosecution of criminal prosecution was analyzed from a normative and practical aspect.

Keywords: principle of legality, principle of opportunity, conditional opportunity, principle of the process economy

ЛИТЕРАТУРА

Бејатовић, С., Ђурђић, В., Шкулић, М., Илић, Г., Киурски, Ј., Матић, М., Лазич, Р., Ненадић, С.: *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012;

Бркић, С., *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013;

Законик о кривичном поступку-ЗКП („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014);

Илић, Г., Киурски, Ј., *Опортунитет кривичног гоњења и досадашња искуства у његовој примени у: Поједностављене форме поступања у кривичним стварима - регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС у Србији, Београд, 2013;

Илић, Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев. А.: *Коментар законика о кривичном поступку, Пето издање-према стању законодавства од 1. октобра 2013. године*, Службени гласник, Београд, 2013;

Јекић, З., *Кривично процесно право*, Београд, 2003;

Кнежевић, С., *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012;

Мајић, М., *Кривично процесно право – Практикум за припрему правосудног испита*, Службени гласник, Београд, 2018;

Мирков, Ж., *Начело опортунитета кривичног гоњења у тужилачкој пракси - од пријема кривичне пријаве до решења о одбачају кривичне пријаве*, Право – теорија и пракса, бр. 7-9, 2016.

Стевановић, Ч., *Кривично процесно право СФРЈ*, Научна књига, Београд, 1988.

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Душанка ЈОВОВИЋ*

339.727.22

ЗНАЧАЈ НАЧЕЛА ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ ЗА ПОЛИТИКУ ФИНАНСИРАЊА ЕКОНОМСКОГ РАЗВОЈА ЕКСТЕРНИМ ИЗВОРИМА

Iustitia regnorum fundamentum.
(Праведност је основа владавине.)

Апстракт: У раду је сагледаван значај правне сигурности за политику привлачења страних директних инвестиција као далеко најважнијег облика екстерних извора финансирања економског развоја у данашњим условима привређивања. Ефикасним правним системом, држава обезбеђује заштиту интереса свих економских учесника чиме се, поред осталог, стимулише прилив страних директних инвестиција и поспешује привредни развој. Правном регулативом држава треба да обезбеди довољно атрактивне финансијске стимулансе за привлачење страних инвеститора. Страни инвеститор мора да буде уверен да се усвојени закони у земљи домаћина примењују ефикасно у пракси. Поштовање закона смањује неспоразуме који су резултат супростављених интереса економских субјеката. Ово за резултат има смањење трансакционих трошкова и повећање економске ефикасности. Недвосмисленим прописима и посебно њиховим поштовањем, држава делује у правцу минимизирања опуртонистичког понашања привредних субјеката, што подстицајно делује на унапређење ефикасности коришћења ограничених економских ресурса.

Кључне речи: економски развој, финансирање економског развоја, екстерни извори финансирања економског развоја, држава, правна сигурност.

УВОД

Питања акумулације и ефикасне алокације капитала су од есенцијалног значаја за квалитет функционисања сваке економије. У суштини, ради се ангажовања довољне суме штедње којом се финансирају инвестиције на националном нивоу које обезбеђују задовољавајући економски раст и промену структуре производње сходно захтевима

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

техничког прогреса. У начелу, треба разликовати домаће и стране изворе финансирања економског развоја. Домаћи извори су свакако од кључног значаја за финансирање економског развоја сваке земље. Међутим, у условима растуће глобализације, веома важну улогу у политици финансирања економског развоја имају и екстерни извори финансирања инвестиција.

Екстерни извори могу бити приватног и јавног порекла. Кретање приватног капитала је доминантно детерминисано профитним мотивима. У другом случају, ради се највећим делом о финансијским средствима којима располажу међународне финансијске организације (Међународни монетарни фонд, Светска банка, Европска банка за обнову и развој).

Предмет овог рада су стране директне инвестиције као облик ангажовања екстерних извора у политици финансирања економског развоја у савременим условима привређивања. Циљ је да се истражи значај правне сигурности у земљама у које страни инвеститори реализују предузетничке активности. У том светлу, биће речи и о месту државе у функционисању савремене привреде.

1. ИЗВОРИ ФИНАНСИРАЊА ЕКОНОМСКОГ РАЗВОЈА

Кључно питање у функционисању сваке националне економије односи се на начине финансирања инвестиција. Основни извор финансирања економског развоја је домаћа штедња. Домаћа штедња обухвата штедњу сектора становништва, предузећа и државе.

Држава која на крају године има веће расходе у односу на приходе исказује буџетски дефицит. Збир буџетских дефицита у претходним годинама представља категорију јавног дуга. Висок коефицијент јавног дуга делује у правцу смањења националне штедње у будућем периоду из једноставног разлога што је неопходно све већи део бруто домаћег производа у будућности усмеравати на сервисирање јавног дуга. Међутим, дугорочне негативне последице великог јавног дуга по квалитет економских перформанси земље су вишеструке. Оне се, пре свега, огледају у смањењу ефикасности привређивања због неминовности растућег опорезивања и успоравања економског раста као неминовне последице истискивања инвестиција. Зато је за политику финансирања економског развоја од есенцијалног значаја стопа националне штедње.

Велики број фактора утиче на укупну штедњу као извора инвестиција у земљи међу којима неизоставно треба апострофирати следеће: величина бруто домаћег производа по становнику, једнакост у расподели дохотка, развијеност финансијског система посебно у делу финансијских институција, мере економске политике које поспешујуће делују на штедњу, итд. Економски развијене земље свој привредни и технолошки просперитет већ

дуже време доминантно базирају на инвестицијама финансираних домаћом штедњом. За разлику од ових привреда, у далеко највећем броју земаља ниског нивоа развијености, недовољна домаћа штедња представља један од елементарних проблема у финансирању њиховог развоја. Другим речима, ове привреде су принуђене на ангажовање стране акумулације у покретању властитог економског раста. Међутим, бројни проблеми које ангажовање екстерних извора финансирања економског развоја неизоставно прате ову појаву, веома често доводе дугорочно до испољавања још израженијих развојних ограничења ових привреда. Управо због те чињенице, треба реално сагледати добре и слабе стране политике финансирања економског развоја екстерном штедњом.

Величина инвестиција у свакој отвореној привреди у глобалу је детерминисана износом националне штедње и вредношћу нето извоза. Земље са суфицитом текућег рачуна углавном не зависе од екстерних извора финансирања. Супротно, привреде које бележе позитиван спољнотрговински биланс зависе од стране штедње, што је сасвим логично будући да су земље са негативним износом нето извоза повећале свој национални доходак за величину овог извоза. Ове земље су примиле додатне вредности роба и услуга произведених у другим земљама. Дефицит платног биланса значи да посматрана привреда троши више него што ствара¹.

Основни облици ангажовања приватне стране штедње су:

- стране директне инвестиције,
- портфолио инвестиције и
- банкарски зајмови и комерцијални кредити.

Претходно поменути облицима ангажовања стране штедње у циљу финансирања економског развоја треба додати и један број форми сарадње домаћих и страних предузећа које не могу да се сврстају ни у један од њих. Они се у политици финансирања економског развоја често означавају као нови облици ангажовања стране штедње. „У најелементарнијем смислу, нове облике финансирања могуће је поделити на: 1) заједничка улагања и 2) неимовинске корпоративне уговоре. Ове друге, могуће је надаље рашчланити на: уговорна улагања на линији купац – продавац (уговор о лиценци, фрашизинг, уговорно руковођење, производно руковођење и томе слично и б) стратегијске пословне алијансе“².

У даљем тексту акценат је на сагледавању могућих ефеката страних директних инвестиција као облика ангажовања страних извора у финансирању економског развоја. Реч је о кључном облику инвестирања на светској економској сцени у поседњим деценијама. Преко инвестиционих

¹ Слободан Цветановић, Игор Младеновић, Економија капитала и финансирање развоја, издање аутора, Ниш, 2015, 258-261.

² Ибид, 280-281.

пакета у земљу домаћина доносе капитал, тнања, нове технологије, нова организациона решења чиме вишеструко делују на даљи развој ових земаља и њихове повезаности са светом³.

2. СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ КАО ЕКСТЕРНИ ИЗВОР ФИНАНСИРАЊА ЕКОНОМСКОГ РАЗВОЈА

Стране директне инвестиције означавају важан облик ангажовања приватне стране штедње у покретању властитог економског развоја. По правилу, значе да је страни инвеститор својим улогом стекао право својине над делом или целим предузећем у земљи домаћина. Оне, другим речима, представљају комбинацију капитал својине и капитал функције. Код овог облика инвестиција, трансфер капитала и улагања се реализује на начин који обезбеђује страном инвеститору стицање права својине, контроле и управљања. Дакле, стране директне инвестиције имају предузетнички карактер. Управо та чињеница их чини другачијом формом инвестирања од осталих облика екстерних извора финансирања економског развоја.

Стране директне инвестиције су веома проучавана, али врло контроверзна тема у економској теорији. Посебно се ставови економских аналитичара разликују по питању сврсисходности и крајњих развојних домета страних директних инвестиција имајућу у виду привредну стварност земаља које су прихватиле тржишни начин привређивања крајем двадесетог века, независно од тога да ли је реч о приватизацији предузећа која су се налазила у државном власништву, „зеленим“ или „браон“ инвестицијама, спајањима или аквизицијама. Логика економског рзмишљања упућује на закључак да ангажовање страног капитала за резултат треба да има раст конкурентности и стварање амбијента здраве тржишне економије. Ипак, искуство показује да стране инвестиције често драматично повећавају број незапослених људи. Понекад се дешава да страни капитал неочекивано напушта земљу домаћина након истека рока трајања уговора и искоришћавања субвенција додељених од стране земље домаћина.

Анализа деловања страних директних инвестиција на економски раст земље домаћина је, поред осталог, функција је достигнутог нивоа њеног економског развоја. У првој, најнижој фази економског развоја земаља домаћина, најбитнију улогу у привлачењу страних директних инвестиција имају расположиви природни ресурси. Економском политиком, земља домаћин настоји да у што је могуће већем степену привуче дугорочни приватни капитал, чије је кретање мотивисано економским циљевима и

³ Драгана Ђурић, Зора Прекајац, Мирјана Видас-Бубања. Међународна економија, Институт економских наука, Београд, 2010, 184.

интересима. У следећој, другој етапи развоја, стране директне инвестиције могу поспешујуће деловати на економски раст земље домаћина улагањем у сектор прерађивачке индустрије и инфраструктуру. За трећу фазу, посебно су значајни облици страних директних инвестиција који имају елементе предузетничког менаџмента. Важност страних директних инвестиција у четвртој фази, односно у фази развоја информатичког друштва долази до изражаја у областима које карактеришу велики екстерни ефекти.

Сагледавање значаја страних директних инвестиција за економски развој земље домаћина није могуће реализовати независно од сагледавања многих неекономских циљева: политичког суверенитета, културног идентитета, еколошке безбедности и томе слично. Зависно од листе постављених циљева, свака држава ће обликовати властиту политику финансирања економског развоја посебно водећи рачуна о креирању амбијента који је у функцији привлачења и ангажовања страних директних инвестиција. Ангажовање стране штедње додатно проширује могућности инвестирања на нивоу националне економије.

У савременом смислу, стране директне инвестиције су сублимат власништва, технологије и менаџмента. Са становишта интереса земље домаћина, овај облик ангажовања стране штедње је неупоредиво прихватљивији у поређењу са портфолио инвестицијама. Међутим, ваља увек имати на уму да су друштвеноекономске импликације охрабривања страних директних инвестиција вишеструке и да су далеко израженије у односу на портфолио инвестиције.

Институционални носиоци страних директних инвестиција су транснационалне корпорације. Премда су настале средином 19. века, до њихове највеће експанзије долази век касније. Операције транснационалних корпорација су предмет контроверзних анализа које су повезане са штедњом, инвестицијама, менаџментом, иновацијама.

Већи део инвестиција транснационалних корпорација у досадашњем развоју је био лоциран у производњи, док данас сектор услуга важи за подручје њиховог посебног интересовања. Ово утолико пре што у многим услужним гранама инфраструктурног карактера као што је сектор телекомуникација улаз транснационалног капитала по правилу значи раст макроекономске ефикасности.

Најважније користи земаља у развоју од транснационалних корпорација нису искључиво везане за сам трансфер стране штедње. Потенцијални бенефити су много већи. Корисници ових инвестиција добијају квалитетнија добра уз ниже цене. Држава може прикупити додатни порез од улагања страних фирми и тако повећати своје буџетске приходе.

Критичари страних директних инвестиција сматрају да оне својим активностима могу утицати на смањење просечне стопе националне штедње у дугом року. Наиме, по њима, транснационалне корпорације, као основни

њихови институционални носиоци страних директних инвестиција често склапају ексклузивне споразуме о производњи са државном бирократијом у мање развијеним земљама гушећи тиме конкуренцију, а што је неупоредиво важније оне не реинвестирају добар део профита. Критичари надаље наводе да иако транснационалне корпорације плаћањем пореза на профит корпорација несумњиво доприносе повећању укупних пореских захватања, њихово учешће у попуњавању буџетских прихода је значајно мање него што би требало да буде. Ово првенствено због великих пореских олакшица, значајних пореских ослобађања инвестиционих улагања, као и постојања честих заштитних царина. И најзад, истичу критичари активности транснационалних корпорација, често је немогуће пресадити менаџмент и предузетничке способности на локалне услове. Штавише, уместо да делују на развијање локалних извора оскудних знања и ресурса, активности транснационалних копрпорација могу кочити развој домаћег предузетништва.

Прилив страних директних инвестиција зависи од:

- макроекономске стабилности,
- институционалне стабилности и
- политичке стабилности⁴.

3. ЦИЉЕВИ И АКТИВНОСТИ САВРЕМЕНЕ ДРЖАВЕ У ПРИВРЕДИ

Држава се битно разликује од осталих институција. Она има своје јаке стране које се огледају у способности спровођења мера принуде, што значи да она може реализовати бројне активности које не могу други субјекти. Међутим, држава има и многе слабе стране. Увиђање јаких и слабих страна државе важна је претпоставка компетентног сагледавања улоге у привреди и најефикасније начина њене реализације⁵.

Показало се да тржиште као инструмент макроекономске регулације ни издалека није у могућности да обезбеди економску равнотежу. Другим речима, поред тржишта морају постојати механизми који коригују тржишне мањкавости. Најкраће, овде се ради механизмима који су у функцији тзв. доброг управљања. Питање доброг управљања предмет је проучавања у политиколошким, социолошким и правним наукама, а њиме разумљиво континуирано интензиво у дугом року баве и економски аналитичари.

⁴ Anghel Brindusa, (2006) Foreign Direct Investment in Transition Countries: a Dynamic Analysis at Firm Level, <http://idea.uab.es/abrindusa/research/paper>, [pristup 10.05.2017]

⁵ Џорџ Стиглиц, Економија јавног сектора, Економски факултет Универзитета у Београду, 2013, 13-14.

Разумљиво, у економији се категорија доброг управљања поистовећује идејом економског управљања.

Добро економско управљање је потребно у циљу обезбеђења три битна предуслова функционисања тржишних привреда: сигурности власничких права, спровођења уговора, колективне акције у циљу онемогућавања злоупотребе институција. Тиме ће добро економско управљање подупрети читав процес економских трансакција на тржишту, а уједно и омогућити да се постигне пуни економски потенцијал друштва.

Сматрајући да није могуће замислити ефикасно тржиште без ефикасне државе, Стиглиц наводи неколико стандардних облика тржишних неуспеха: несавршена конкуренција, односно монополи, обезбеђење јавних добара, екстерни ефекти, непотпуна тржишта, непотпуне и асиметричне информације, неправична расподела дохотка, циклично функционисање привеле⁶. Трошкови информација јесу значајни аналитички сегмент у оквиру теорије трансакционих трошкова, из једноставног разлога – непотпуне и асиметричне информације могу изазвати трансакционе трошкове. Проблем асиметричних и непотпуних информација, држава може да превазиђе тако што ће створити квалитетан институционални оквир који ће представљати извор неопходних и правовремених информација за све учеснике на тржишту. На тај начин, држава ће, посредством својих институција, директно утицати да тржиште ефикасније функционише, јер ће смањити трошкове економским субјектима у обезбеђењу потребних информација (смањиће се трансакциони трошкови).

Општи циљ државе, као политекономске организације, јесте максимизација друштвеног благостања. Притом, у методолошком смислу, треба правити дистинкцију између два могућа приступа у сагледавању места и улоге државе, посебно у погледу кориговања тржишних неправилности. То су нормативни и позитивни приступ. Преокупација првог приступа је тражење задовољавајућег одговора на питање како држава може да реализује активности које су у њеној компетенцији, а други поставља питање шта је то што држава чини и какве су последице таквих активности. Уз то, позитивни приступ подразумева анализу како то држава чини.

Слободан Покрајац издваја осам најважнијих циљева које држава треба да оствари у склопу подршке пословању:

- јачање конкурентности свих привредних субјеката,
- равномерни регионални развој
- подизање квалитета предузетничке инфраструктуре,
- унапређење образовања за предузетнике,
- смањење административних препрека пословању,

⁶ Ибид, 76-84.

- јачање предузетничке климе у друштву,
- интернетизација и електронско пословање,
- директна бесповратна финансијска подршка предузетницима⁷.

Држава, по Покрајцу треба да подржава, стимулише а често да финансијски помаже свим економским субјектима који својим активностима доприносе:

- увећању друштвеног богатства
- расту запошљавања,
- повећању продуктивности,
- инестирању у инфраструктуру,
- повећању извоза,
- технолшкој модернизацији,
- подизању образовног нивоа становништва,
- еколошкој одрживости,
- повећању животног стандарда и укупног квалитета живота становништва⁸.

Добра илустрација начина на које држава креира пловни амбијент је композитни индекс Лакоћа пословања, који је креирала Светска банка 2003. године. Основни циљ овог индикатора је пружања објективне слике регулаторног амбијента за пословање. Укратко, што су прописи и процедуре једноставнији, то је лакше за актуелне и потенцијалне предузетнике да послују. Ефикасне регулаторне институције које су усмерене на потребе корисника такође могу да смање баријере између формалног и неформалног сектора. У 2017. години, индекс лакоће пословања обухватио је 190 земаља посматрајући 11 сетова индикатора (Табела 1).

Табела 1: Индикатори индекса лакоће пословања

Индикатор	
Оснивање предузећа	Процедуре, време, трошкови и неопходни минимални почетни капитал за оснивање друштва са ограниченом одговорношћу
Добивање грађевинске дозволе	Процедуре, време, трошкови добијања дозволе за изградњу објекта
Прикључење електричне енергије	Процедуре, време, трошкови прикључења објекта на електричну мрежу, поузданост напајања електричном енергијом и цена електричне енергије

⁷ Слободан Покрајцац, Предузетништво: изазови и путеви „креативне деструкције“ привреде Србије, Машински факултет Универзитета у Београду, 2010, 257.

⁸ Ибид, 257.

Регистрација имовине	Процедуре, време, трошкови преноса имовине и квалитет катастра
Могућност кредитирања	Систем кредитних информација и Закон о хипотекама
Заштита мањинских инвеститора	Права мањинских власника у трансакцијама са повезаним правним лицима и права у корпоративном управљању
Пореска политика	Исплате, време и укупна пореска стопа за компанију како би испоштовале све пореске обавезе
Међународна трговина	Време и трошкови извоза производа који има компаративну предност и увоз
Извршење уговора	Време и трошкови за решавање комерцијалног спора и квалитет судских процеса
Решавање несолвентности	Време, трошкови, исход и стопа приноса средстава у решавању несолвентности и јачина индекса законског стечајног оквира
Регулација тржишта рада	Флексибилност прописа о запошљавању и квалитет радног места

Извор: Doing Business 2017, World Bank, p. 14.

Индекс лакоће пословања се темељи на две врсте података. На законима и прописима који важе у једној земљи, с једне, и индикаторима који се односе на потребу да се постигне конкретни регулаторни циљ, с друге стране. Економска дистанца до регулаторног циља мери се на скали од 0 до 100, при чему је 0 најслабија перформанса, а 100 је циљ. Долажење до ових информација темељи се на анкети међу стручњацима: запосленим у јавном сектору, правницима, најчешће адвокатима. Прикупљени подаци се углавном односе само на престоницу посматране земље, али објављују се и извештаји који покривају већи број земаља.

4. ПРИНЦИП ПРАВИЧНОГ И ЈЕДНАКОГ ТРЕТМАНА У СПОРОВИМА КАО ПРЕТПОСТАВКА ЕФИКАСНОГ ПРАВНОГ СИСТЕМА

Важна претпоставка ефикасног економског управљања је ефикасан правни систем. Ефикасан правни систем државе представља оквир којим се обезбеђује повољно окружење за економски развој и заштиту интереса свих њених учесника чиме се, поред осталог, стимулише прилив страних директних инвестиција. Правном регулативом држава треба да обезбеди

довољно флексибилне политике и финансијске стимулансе за стране инвеститоре⁹.

Страни инвеститор мора да буде уверен да се усвојени закони у земљи домаћина, примењују ефикасно у пракси. Поштовање закона је у функцији смањења транснационалних трошкова, с обзиром да смањује неспоразуме који су резултат по дефиницији супростављених интереса економских субјеката. Ови неспоразуми повећавају издатке у вези уговарања и реализације уговора. Недвосмисленим прописима држава делује у правцу смањења опуртонистичко понашање страна у чиме она делује у смеру унапређења ефикасности коришћења по дефиницији лимитираних економских ресурса.

Утицај институционалних варијабли на прилив страних директних је често испитиван у литератури. Институције представљају правила игре у једном друштву. Другим речима, оне успостављају ограничења која регулишу односе између људи. Састоје се из: формалних правила (устав, закони и остала регулатива), неформалних ограничења (конвенције, норме понашања и самопрокламовани начини међусобног опхођења, као и дефинисаних принудних инструмената за њихову примену¹⁰. „Као економске категорије, институције је неопходно посматрати у тесној повезаности са економском политиком и привредним системом конкретне земље. Зато што регулишу економску сферу и омогућавају да се економске активности одвијају организованије, па самим тим и успешније, институције поседују јасну економску садржину. Њихова улога је незаобилазна независно од тога да ли се економске активности одвијају на нивоу предузећа, националне економије, или одређене међународне организације“¹¹

Квалитет институција има генерално позитиван и значајан утицај на прилив страних директних инвестиција. Независно и непристрасно судство, заштита власничких права, квалитет бирократије, административни захтеви и међународни ризик земље који обухвата војно мешање у области владавине права и интегритет правног система, позитивно доприносе приливу страних директних инвестиција. С друге стране, на прилив страних директних инвестиција негативно утичу фактори пословања који обухватају следеће:

⁹ Јелена Станојевић, Дарко Димовски, Улога правне државе у привлачењу страних директних инвестиција, *Правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 80.

¹⁰ Диана Драгутиновић, Милорад Филиповић, Слободан Цветановић, Теорија привредног раста и развоја, Центар за издавачку делатност Економског факултета у Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2015, 479.

¹¹ Властимир Лековић, Институционална економија, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2010, 57-58.

правно извршење уговора, рестрикције на продају непокретности, бирократске трошкове, таксе и друге накнаде, регулативу тржишта рада и покретање бизниса. Перцепција о повећању квалитета институција позитивно делује на прилив страних директних инвестиција.

Присуство добрих институција смањује неизвесност и трошкове пословања кроз њихов утицај на производњу и трансакционе трошкове. У принципу, делујући поспешујуће на инвестиције, изграђене институције су у функцији побољшара продуктивности производње подстицањем инвестиција. Према новом институционалном приступу, заједно са стандардним макроекономским ограничењима, институционални оквир земље је најважнији фактор који опредељује његове економске перформансе, и квалитет домаћих институција је кључно објашњење разлика у стопама раста и бруто домаћег производа по становнику.

Концепт правне сигурности се темељи на начелу правичног и једнаког третмана у споровима између државе и страног инвеститора. На овом начелу „почива **принцип правичног и једнаког третмана** као материјалноправни принцип је противтежа владавини силе и арбитражности. Начело правне сигурности функционише у контексту владавине права”¹². Притом, иако су правна начела према важности и значењу нивелирана, хоризонтално умрежена, ипак сматрамо да је начело владавине права темељно и „највише“, као идеал праведног друштва, јер носи у себи комплексност и испреплетеност каузалних и телеолошких аспеката друштвеног развоја, што у крајњој линији, даје сигнификантне податке о развијености у конкретном окружењу. Наведено је компатабилно са идејом да су критерији друштвеног развоја: (а) економска ефикасност, (б) политичка демократичност и в) еколошка освештеност”¹³

ЗАКЉУЧАК

Сложена питања акумулације капитала и посебно ефикасне алокације финансијских средстава у инвестиције су од есенцијалног значаја за квалитет функционисања сваке економије. У суштини, ради се величини штедње ка дела непотрошеног националног дохотка којом се финансирају инвестициони подухвати на националном нивоу који су у функцији

¹² Александар Ђирић, Предраг Цветковић, Принцип правичног и једнаког третмана као начело међународног права страних инвестиција: појам и карактеристике, *Правна сигурност као поспешујући фактор за директне стране инвестиције*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016, 40.

¹³ Zvonimir Lauc, *Načelo vladavine prava u teoriji i praksi*, *Pravni vjesnik*, 2016. Vol. 32 No. (3-4), 47.

обезбеђења одрживог економског раста и промену структуре привреде сходно захтевима техничког прогреса.

Принципијелно, у економској теорији се прави разлика између домаће и стране штедње као извора из којих се финансира економски развој. Домаћи извори су свакако од кључног значаја за финансирање економског развоја сваке земље дугорочно гледајући. Међутим, током последњих деценија, у условима растуће економске глобализације и интернационализације производње веома важну улогу у политици финансирања економског развоја имају и екстерни извори.

Екстерни извори могу бити приватног и јавног порекла. Кретање приватног капитала је доминантно детерминисано профитним мотивима. У другом случају, ради се највећим делом о финансијским средствима којима располажу међународне финансијске организације (Међународни монетарни фонд, Светска банка, Европска банка за обнову и развој). Поред економских, често у пласману ових средстава битну улогу играју и различити политички фактори.

Стране директне инвестиције су најћешћа форма међународног кретања капитала током претходних тридесетак година у глобалним релацијама. Најкраће, оне представљају важан фактор економских интеграција и битно утичу на карактер глобалног економског просперитета. Доприносе финансијској стабилности земље домаћина, убрзању економског раста и развоја и подизању животног стандарда у земљама домаћина.

Страни инвеститор мора да буде уверен да се усвојени закони у земљи домаћина, примењују ефикасно у реалном економском животу, што често није случај у пракси многих земаља у развоју. Концепт правне сигурности се темељи на начелу правичног и једнаког третмана у споровима између државе и страног инвеститора. На овом начелу почива **принцип правичног и једнаког третмана** као један од материјалноправних принципа за који сматрамо не само да представља својеврсној противтежи владавини силе и арбитрарности, већ да представља *condicio sine quo non* фикасног функционисања страних директних инвестиција у данашњим условима привређивања.

Dušanika JOVOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE IMPORTANCE OF THE PRINCIPLE OF LEGAL SECURITY FOR THE POLICY OF FINANCING THE ECONOMIC GROWTH BY EXTERNAL SOURCES

Summary

In the paper the author analyzes the significance of legal security for the policy of attracting foreign direct investments as a significantly most important form of external sources of financing of the economic growth in today's conditions of doing business. Using an efficient legal system, a state provides protection of interests of all the economic participating parties which, among other things, stimulates the inflow of direct foreign investments and encourages the economic growth. By legal regulations the state should provide attractive enough financial stimulus for attracting foreign investors. Foreign investors must be sure that accepted laws in the host state are efficiently applied in practice. Complying with the law reduces misunderstandings which are the result of the opposed interests of the economic subjects. As a result of this fact there is reduction of transaction costs and increase of economic efficiency. With unambiguous regulations, and especially complying with them, the state heads towards minimizing the opportunistic behavior of economic entities, which encourages the efficiency improvement of usage of the limited economic resources.

Keywords: economic development, financing of economic development, external sources.

ЛИТЕРАТУРА

Doing Business 2017, World Bank.

Zvonimir Lauc, Načelo vladavine prava u teoriji i praksi, Pravni vjesnik, 2016. Vol. 32 No (3-4), 47.

Слободан Цветановић, Игор Младеновић, Економија капитала и финансирање развоја, издање аутора, Ниш, 2015.

Anghel Brindusa, (2006) Foreign Direct Investment in Transition Countries: a Dynamic Analysis at Firm Level, <http://idea.uab.es/abrindusa/research/paper>, [pristup 10.05.2017]

Слободан Покрајац, Предузетништво: изазови и путеви „креативне деструкције“ привреде Србије, Машински факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.

Џорџ Стиглиц, Економија јавног сектора, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013.,

Јелена Станојевић, Дарко Димовски, Улога правне државе у привлачењу страних директних инвестиција, *Правна сигурност као успешујући фактор за директне стране инвестиције*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016.

Александар Ћирић, Предраг Цветковић, Принцип правичног и једнаког третмана као начело међународног права страних инвестиција: појам и карактеристике, *Правна сигурност као успешујући фактор за директне стране инвестиције*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2016.

Диана Драгутиновић, Милорад Филиповић, Слободан Цветановић, Теорија привредног раста и развоја, Центар за издавачку делатност Економског факултета Универзитета у Београду, Београд, 2015.

Властимир Лековић, Институционална економија, Економски факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2010.

Драгана Ћурић, Зора Прекајац, Мирјана Видас-Бубања. Међународна економија, Институт економских наука, Београд, 2010.

Др Љубомир МИТРОВИЋ*

347.726(497.11:4-672EU)
334.73(497.11)

СПЕЦИФИЧНОСТ ЗАДРУГА У СРБИЈИ У ОДНОСУ НА КАРАКТЕР ЕВРОПСКЕ ЗАДРУГЕ

Апстракт: Задруге су *sui generis* привредне организације чији је интерес унапређење пословања задругара, али не и максимизирање профита као што је то случај код компанија. Циљ истраживања овог рада је да се сагледа специфичност задруга у Србији у односу на карактер Европске задруге и укаже на потребу за променом правила у Закону о задругама, како би се усагласила са савременим кретањима у области организовања и пословања задруга – Европском задругом. Анализа је показала да важећи Закон о задругама није претрпео велике промене правно-економског оквира и тиме је остао на истој позицији у односу на раније важећи, класични концепт задруге. У раду су коришћени Закон о задругама Републике Србије (2015) – ЗОЗ, Уредба Европске задруге, Декларација о задружном идентитету, резултати анализе истраживања аутора из ове области, као и резултати других истраживања аутора. Када је реч о анализи задруга у Србији у односу на карактер Европске задруге коришћени су упоредноправна, индуктивна и дедуктивна метода. Оне су омогућиле да утврдимо која су национална задружна правила и која правила би требало изменити и дефинисати *de lege ferenda* како би задруге ефикасније функционисале у националном друштвено – економском систему.

Кључне речи: задруга, задругари, задружна начела, правно-економски оквир, Европска задруга.

УВОД

Задруге су посебан 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 повећавање ефикасности и рационалности привређивања и пословања. Сагласно интересима чланова задруге разликујемо: потрошачке задруге, произвођачке задруге, задруге које

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

пружају одређене услуге и радничке задруге.¹ Задруге и задругарство данас се посебно код нас актуелизују. Чињеница је да бројне задруге не обављају задовољавајуће своје функције, односно не помажу задругарима у организовању производње, као ни у откупу и продаји њихових производа. Отуда се указала потреба за доношењем одговарајућих правних аката који би на јединствен начин уредили правно-економски положај ових привредних субјеката, а тиме и решили бројне проблеме који се јављају у њиховом пословању.

Питање задруга као посебне врсте привредних организација у Републици Србији уређено је Законом о задругама из 2015. године. Овим законом нису усклађене значајне одредбе прописа о задругарима са регулативом задруга у економски развијеним земљама, посебно у земљама ЕУ. Такође, Универзално прихваћени концепт задруге, треба, у складу са препорукама Уједињених нација да усвоје сва национална законодавства. Потреба за прихватањем универзалног концепта задруге у домаћем законодавству проистиче из чланства Задружног савеза Србије у Међународној задружној алијанси, као и из чланства Републике Србије у Уједињеним нацијама и Међународној организацији рада. Пошто је задружни сектор значајан облик организовања привредних субјеката у готово свим земљама у свету, неопходно је да буде и законски уређен. Закон о задругама дефинише правни оквир оснивања, пословања и гашења задруга.² Он представља одбрамбени механизам и снажан алат за ефикасно функционисање задруге.³ Данас у упоредном праву постоје различита законска решења у приступу проблемима који се односе на правно-економски оквир задруга. Према типу закона који регулише рад задруга, европске земље можемо сврстати у три групе:⁴ прву групу чине земље које немају закон о задругама или које регулишу задруге другим законима (као

¹ Види: Dionis Jurić, *Evropska zadruga*, Pravo i porezi, Vol. 15, № 6, стр. 58 – 67, RRILF, Zagreb, 2006.

² Марија Николић, Јасмина Арсенијевић, *Компарација закона о задругама у Републици Србији и земљама у окружењу*, Регионална научностручна и бизнис конференција ЛИМЕН 2015, Зборник радова – Liderство и менаџмент: држава, предузеће, предузетник, 2015, 241.

³ Ausec Fici, *Cooperative identity and the law*, Euricse's Working Paper, № 023/12, 2012.

У прилог овој констатацији иде и Закон о задругама Словеније (1992). Наиме, захваљујући овом закону омогућено је да се сачува значајан део задружне имовине, у поређењу са законима других земаља насталим на територији СФРЈ, мада је мањи од предвиђених 45% у закону. Вид.: F. Avsec, *Poljoprivredne zadruge u Republici Sloveniji*, Sociologija sela (2005) 167 (1), 83 – 108, 91.

⁴ Марија Николић, *Еволуција задружног законодавства у Европи*, понатис магистарске тезе, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2009, 97.

што су грађанским законима Швајцарска и Италија, и трговинским законима Белгија, Чешка и Словачка); другу групу чине земље које имају општи закон о задругама који регулише све врсте задруга: Грчка, Португал, Бугарска, Хрватска, Словенија, БиХ; трећу групу чине земље које имају специјалан (посебан) задружни закон: Аустрија, Немачка, Француска, Шпанија. У Републици Србији функционисање задруга регулисано је једним општим, јединственим законом о задругама (ЗОЗ). Када је реч о правно-економском оквиру, додатним правилима ЗОЗ из 2015. није претрпео велике промене у односу на ранији важећи, класични концепт задруге као *sui generis* удружења. Зато ћемо у раду сагледати и савремени концепт задруге у законодавству Европске уније на примеру Европске задруге.

Циљ овог рада је да размотри улогу и значај задруга у друштвено-економском развоју, да се изврши компарација правно-економског оквира ЗОЗ у Србији са правно-економским оквиром закона о задругама развијенијих тржишних земаља (Европска задруга), при чему ће се идентификовати заједничке, универзалне карактеристике (начела – правила) и разлике у појединим решењима. Анализа задружних правила и закључци су изведени на основу примене упоредноправног метода, потпомогнутим индуктивно-дедуктивном методом. Ово нам је омогућило да утврдимо која су задружна национална начела (правила) и која би требало изменити, или дефинисати *de lege ferenda*. Стога би српско законодавство о задругама требало да усвоји не само решења из права ЕУ, као део општег процеса „угледања“ на стране узоре у праву, већ и као део процеса стандардизације, како би ефикасно функционисале српске задруге.

УЛОГА И ЗНАЧАЈ ЗАДРУГА У ДРУШТВЕНО-ЕКОНОМСКОМ РАЗВОЈУ

Задруге⁵ као привредни субјекти функционишу у различитим економским, одн. социолошким сферама. Оне су посебно значајне за средње и мало предузетништво. Од њих се очекује више него од профитних (пословних) друштава. Наиме, савремена привреда и друштво не могу се замислити без задруга и задругарства. Задруге су удружења, односно

⁵ Наша земља има дугу историју задругарства (прва пољопривредна кредитна задруга основана је у Вранову, код Смедерева 1894. године и трећа је задруга у свету) и једна је од 11 земаља оснивача Међународног задружног савеза, основаног 1895. године, али не чини довољно за унапређење задругарства. Многе задруге су затворене, а имовина продата. О овоме говори и податак да је у периоду 2009–2012. из Регистра Агенције за привредне регистре избрисано 735 задруга. Зато је било потребно повратак и оживљавање задругарства у Републици Србији и доношење новог Закона о задругама – ЗОЗ 2015.

предузећа будућности и носиоци будућег развоја локалних и руралних подручја. Само јаке и стабилне задруге могу имати утицаја на унапређење економског положаја не само својих чланова већ и локалних и руралних подручја у целини. Заправо „велики су на берзама, тргују и увећавају свој капитал, а мали морају да се удружују како би смањили трошкове производње, постигли већи степен конкурентности у продаји својих производа и услуга и увећали зараду”⁶.

Улога и значај задружног организовања нарочито је дошла до изражаја у земљама ЕУ. Развојем задругарства земље ЕУ решиле су бројне проблеме, пре свега, социјалне и економске природе. Задруге су значајне у брзом запошљавању радне снаге, посебно „у условима кризе, задруге решавају проблеме запослености и пословања на ефикаснији начин него комерцијалне компаније”⁷. Такође су од значаја и у развоју мање привлачних привредних области, мада су показале своју виталност и у областима профитних организација. Правна регулатива и практична искуства у задругарству земаља ЕУ добрим делом су нам помогла приликом доношења Закона о задругама 2015. године. Наиме, земљорадничко задругарство као модел економско-социјалне одрживости породичних пољопривредних газдинстава, као доминантни облик организовања у Србији, захтевало је „нужност реформе задружног законодавства у складу са европском задружном легислативом и систематским променама у привредном законодавству Србије, као и неопходност производно-економског и организационог реструктурирања земљорадничких задруга и трансформације задружних савеза у пословне асоцијације задруга и задругара”⁸. У вези са тим, важно је схватити да „копирање других модела не може довести до жељених ефеката, већ их је потребно смислено и вешто прилагодити нашим специфичностима. Једна од кључних специфичности и проблема са којима се суочава пољопривредно задругарство у Републици Србији је непостојање поверења пољопривредника у овакав вид удруживања. Да би се тај лимитирајући фактор елиминисао, неопходно је да се учине напори у правцу едукације и сталног пропагирања задружних вредности. На тај начин остварио би се један од предуслова за успешан и ефикасан задружни сектор,

⁶ Бранислав Гулан, *Задругарство у Србији, од оснивања до данас – 2018*, доступно на: <https://www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/>, 30.8.2018.

⁷ Carlo Borzaga, Gulia Galera, *Promovisanje zadruga u stvaranju boljeg sutra*, доступно на: <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/venice-croatian-3.0-0.pdf>, 30.03.2018.

⁸ Миладин Шеварлић, *Правци развоја земљорадничког задругарства у Србији*, доступно на: <https://www.makroekonomija.org/poljoprivreda/pravci-razvoja-zemljoradnickog-zadugarstva-u-srbiji/>, 30.8.2018.

а то је јачање људског потенцијала задруга у повећање чланстава. Уз потпуно поштовање принципа и правила за успех задружне делатности, пољопривредне задруге у Србији требало би да буду организоване тако да задовоље економске интересе својих чланова као и услове тржишта.”⁹

Чињеница је да задруге, на основу међународног искуства, показују велике и различите привредне, економске и друштвене предности у односу на остале организационе облике привредних субјеката. Велики потенцијали задруга за одрживи привредни и друштвени развој је омогућио да се савремени свет не може замислити без задруга и задругарства. Колики је значај задруга и задругарства у свету, Европи и код нас, сведоче и ови показатељи.

Наиме, готово половина светске популације обезбеђује средства преко задруга. У свету има три пута више задругара него акционара.¹⁰ Данас у свету има око милијарду задругара удружених у преко 750.000 задруга. Сматра се да је око 3 милијарде људи у интеракцији на разне начине са радом задруга као и да обезбеђују више од 100 милиона послова широм света, а што је за 20% више од мултинационалних компанија.

Значај задруга постаје све већи у оквиру Европске уније (ЕУ). На подручју држава чланица ЕУ регистровано је 246.000 задруга, запошљавају 4, 8 милиона људи и имају 144 милиона чланова што значи да је скоро сваки трећи грађанин ЕУ члан неке задруге.¹¹ Да су задруге веома значајне привредне организације говори и чињеница да су се многе развиле у истакнутим секторима¹² где показују да су јаке као и профитне организације и то: банкарство, осигурање, веледрогерија, здравство, енергетика, пољопривреда и сл. Тако се данас у државама ЕУ вржи промет свих пољопривредних производа преко задруга од 50% до 80%. То јасно доказује да су и велики, а не само мали произвођачи део задружног система. Посебно

⁹ Катарина Марковић, *Пољопривредно задругарство у републици Србији – Стање перспективе*, *Летопис научних радова*, број 1, Пољопривредни факултет, Нови Сад, 2007, 120

¹⁰ Miodrag Mićović, *The Legal Nature and Framework for Cooperative Activities*, *Economics of Agriculture*, The Balcan Scientific of Agrarian Economics, Belgrade, Academy of Economic Studies, Bucharest (Romania), Vol. LXIV, N^o 3 (1205 – 1218), UDC: 340:334.73, EP: 2017. P. 1206

¹¹ *Извештај о задругама и задругарству*, доступно на: http://novi.uciteljneznalica.org/PDF/arhiva%20autora/928_Izve%C3%85%C2%A1taj%20o%20Zadugarstvu.pdf, 30. 03. 2018.

¹² На основу званичних података Међународног задружног савеза највећи број задруга на подручју Европе налази се у терцијарним делатностима, односно сектору услуга. Закључак је производ укупног броја задругара, односно броја индивидуалних чланова, као и броја запослених. Колики је значај задружног сектора у привреди сведочи и податак да у земљама ЕУ чланство у задругама обухвата 22% укупне популације.

је високо тржишно учешће задруга у појединим сегментима пољопривреде унутар ЕУ (15). Наиме, специјализоване млекарске задруге у Аустрији, Данској, Француској и Шведској, учествују са више од 90% на тржишту млечних производа. Такође је велико учешће задруга и на тржишту меса: Данској – 90%, Француској – 69%, Шведској – 40%.¹³ Да се економије најразвијенијих западноевропских земаља снажно ослањају на задруге и њихово даље удруживање потврђују и следећи подаци: у Француској банкарске задруге држе 60% укупних депозита у 25% укупног тржишта малопродаје, у Немачкој сваки четврти становник је члан задруге, има 8106 задруга које обезбеђују посао за 440.000 људи. У Белгији фармацеутске задруге имају тржишно учешће од око 20%, док у Шпанији у здравственој нези задруге учествују са 21%, а у шведској дрвној индустрији и шумарству задруге учествују са 60%.

Када је реч о задругарству у Србији треба истаћи да је на почетку 2017. године било регистровано 2600 (према подацима задружног савеза Србије) разних задруга од чега је 1548 пољопривредних. На основу података Агенције за привредне регистре у Републици Србији, као активне воде се 1568 земљорадничких задруга, од којих око 11000 подносе финансијске извештаје пословања. Број задругара у земљорадничким задругама које се воде као активне износи око 31.000, од чега, што треба нагласити, преко четвртину задругара чине задругари у задругама које су неактивне и не обављају делатност за коју су регистроване. Задруге делују у оквиру 16 задружних савеза предвиђених задружним савезом Србије и задружним савезом Војводине. У задругама ради и око 10.000 запослених, међу њима су и директори. Морамо истаћи да земљорадничке задруге у Србији нису јаке организације, али су оне неопходне за мале и средње пољопривредне произвођаче, који без њих у већини случајева не би могли ни заснивати производњу ни постићи задовољавајуће услове реализације и наплате својих потраживања. Подсећамо, пољопривреду Србије карактеришу мала пољопривредна газдинства са распарчаним поседима, који се налазе већином у поседу физичких лица, а која су 91, 8% мања од 10ha и чија је просечна величина 5, 4ha (у ЕУ 7,9ha), као и то да је економска снага (величина) пољопривредног газдинства 5.939 евра (у ЕУ 25.128 евра). Очигледно је да је потребно удруживање у задруге како би се утицало на ефикасност, односно продуктивност и рентабилност пољопривредних газдинстава и тиме смањили високи трошкови производње, нерационално коришћење ресурса,

¹³Бранислав Гулан, *Задругарство у Србији од оснивања до данас – 2018*, доступно на: <https://www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/>, 30.8.2018.

затим подигао ниво техничко-технолошке опремљености, повећао број грла стоке по јединици пољопривредне површине и друге погодности.

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. Зато је било потребно доношење одговарајућих правних аката који би на јединствен начин уредили правни положај задруга, како би се осигурала њихова привредна делатност и решили проблеми који се јављају у њиховом пословању. За развој задругарства заинтересована је и сама држава Република Србија, аутономне покрајине и јединице локалне самоуправе.¹⁴

Наиме, оживљавање задругарства у Србији је високо патриотски чин који је од стратешког значаја. Реч је о најновијем пројекту, односно мисији „500 задруга у 500 села” поготову у брдско-планинским и пограничним подручјима где празан простор представља изазов за незване госте. Задруге су погодан организациони облик да уз бољу инфраструктуру, школу, амбуланту, пошту и цркву задржимо део сеоског становништва које намерава да оде из тих средина. Поражавајуће је да од 4709 села у Србији – 1200 је у фази нестајања. Оснивање нових задруга и ревитализација постојећих, дакле, има стратешки (геополитички) циљ. У вези са тим морамо истаћи да према тврђењу одређених историографа и аналитичара први пут је у својој 172 године дугој историји задругарства на просторима данашње Републике Србије, држава директним инвестицијама и бесповратним средствима помаже оживљавање задругарства. У 2017. години додељено је око 200 милиона динара (1,7 милиона евра), за 2018. годину задругари ће добити 825 милиона динара (око 7 милиона евра), а за период 2018-2020. планирано је да та сума достигне 25 милиона евра.¹⁵ Рок да се формирају „500 задруга у 500 села” је три године. Нове задруге ће од државе добити 50.000 евра, а постојеће до 100.000 евра.

Нема сумње, коначно је схваћено да је потребно оживљавање задругарства у Србији. Чак ни у српском парламенту није било опозиције приликом гласања за издвајање 825 милиона динара из државне касе на име обнављања задругарства. Наведени износ сви су оценили као недовољан за развој задругарства. Морамо истаћи да српска пољопривреда не може бити конкурентна уколико се не помогну мала и средња пољопривредна газдинства која имају највише поседа у Србији и представљају окосницу развоја српске пољопривреде. Ефикасан развој пољопривреде подразумева и

¹⁴ Вид. чл. 12. Закона о задругама – ЗОЗ, Службени гласник РС, бр. 112/2015.

¹⁵ Бранислав Гулан, *Задругарство у Србији од оснивања до данас – 2018*, доступно на: <https://www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/>, 30.8.2018.

одрживост људи. Српска села изумиру, у њима нема довољно младих људи и просечна старост оних који обрађују земљу је око 65 година. Поред тога, да би били конкурентни морамо да убрзано развијамо интензивну производњу, а зна се да од 50% до 80% земљорадничких задруга нема ниједног запосленог пољопривредног инжењера. На другој страни, Србија има 32.000 незапослених пољопривредних стручњака. Незапослених агронома и ветеринара је 5513, а од тога је 46 доктора наука и 418 магистара и мастера. Несхватљиво је и веома забрињавајуће да се најпродуктивније инвестиције (домаћа интелигенција) не користе. У питању су милијарде изгубљеног капитала. За такве људе, Србија је земља која не пружа перспективу и зато су је многи напустили, а велики број њих се спрема да оде у земље које више обећавају тиме што цене и вреднују рад и знање. Држава мора да ради без одлагања на још много кључних проблема српске пољопривреде. За њихово решавање потребно је да се организују сви „који нешто знају о пољопривреди од газдинстава, задруга, удружења, локалних заједница, комора, задружних савеза, института, факултета, министарства, владе до председника Републике, што би могло да резултира помаком и снажним импулсом посусталом аграру”¹⁶, а самим тим и задругарству. Највећу цену треба да плате они који су по економској снази најјачи. То је објективно и позитивно. Спас српског села је истовремено спас државе, њених људи и територије.

Задруга као привредна организација треба да послује на задружним принципима, како би остварила своје економске, социјалне, културне и друге интересе. Заправо, поштовање задружних принципа и вредности један је од кључних предуслова за успешно функционисање задруга. Задругари оснивају задругу и у њу улажу одређена новчана и друга средства, у њој раде, њоме управљају и у њој одлучују о свом економском и друштвеном интересу. Задруга им омогућава не само већу економију, већ и ефикасност, рационалност и повећање обима пословности. Заправо, примарни циљ задруге није добит, као код приватних предузећа, већ је то унапређење друштвено-економског положаја својих чланова – задругара, кроз заједничку активност на начелима узајамности, правичности и солидарности.¹⁷

Економска активност задруга има за резултат пораст привредне активности. Задруге послују на трајно одрживој основи, што све води ка порасту БДП-а нације. Дакле, развој задругарства у Србији не смањује економску активност осталих привредних организација (предузећа), већ задруге су неопходне ради допуне економске активности тамо где

¹⁶ Драго Цвијановић, *Ништа без развоја сточарства*, доступно на: <http://www.nirapress.com/prof-dr-drago-cvijanovic-nista-bez-razvoja-stocarstva/>, 30.8.2018.

¹⁷ Славка Митровић, *Допринос пољопривреде у развоју Србије*, Докторска дисертација, Универзитет у Приштини, Пољопривредни факултет, Лешак, 2016, 150.

профитносноне природне организације (предузећа) нису заинтересоване, што значи да су предузећа и задруге комплементарне привредне организације. У том смислу, правно-економски оквир закона о задругама чини подлогу за ефикасно функционисање задруга.

ПРАВНО-ЕКОНОМСКИ ОКВИР ЗА ОРГАНИЗОВАЊЕ И ПОСЛОВАЊЕ ЗАДРУГА

Задруге као специфичне привредне организације карактеришу одређена правила по којима се разликују од предузећа, односно компанија. Та правила заправо чине правни оквир за оснивање, деловање и рад задруга. Правила која су од кључног значаја за функционисање задруга односе се на: а) број оснивача задруге, б) чланство у задрузи, в) делатности, г) основни капитал, д) право гласа, кворум и доношење одлука и њ) на расподелу добити.¹⁸

А)

Познато је да број оснивача који могу оснивати једну компанију јесте један, или више. Међутим, анализе показују да закони о задругама захтевају већи број оснивача, како је и било у претходним законима. Према нашем важећем ЗОЗ-у задругу може да оснује најмање 5 пословно способних физичких лица¹⁹, с тим што осниваче не могу чинити лица која живе у заједничком домаћинству са оснивачем.²⁰ Оснивачи и задругари могу да буду домаћа и страна физичка лица у складу са законом.²¹

Европска задруга је правно лице које се може основати на подручју Уније у складу са условима и на начин одређен Уредбом. Уредба у члану 2 одређује 3 начина оснивања Европске задруге: 1) *ab initio*, од стране 5 или више физичких лица, 5 или више физичких и правних лица, или 2 или више правних лица; 2) фузијом 2 или више постојећих задруга; 3) преобликовањем

¹⁸ Miodrag Mićović, *op. cit.*, 1211.

¹⁹ Постоје разлике у броју оснивача задруга у земљама у окружењу. Тако у Словенији задругу може да оснују 3 физичка и/или правна лица (што је у складу са савременим тенденцијама у међународном задружном праву, како у погледу мањег броја чланова, тако и по основу укључивања правних лица); у Хрватској 7 физичких и/или правних лица; у Федерацији БиХ 5 физичких или правних лица, а у Републици Српској дозвољено је чланство само физичких лица; у Македонији минимум 3 физичка или правна лица; у Црној Гори то је најмање 5 физичких лица.

²⁰ Чл. 15, ст. 1 и 2, ЗОЗ.

²¹ Чл. 15, ст. 3, ЗОЗ.

постојеће задруге, која је најмање 2 године имала подружницу или друштво – кћер у некој другој држави чланици.²²

1) Оснивање Европске задруге *ab initio* допушта врло широку могућност оснивања од стране физичких лица и правних лица. Правна лица обухватају и дрштва капитала и друштва лица, као и задруге и друга правна лица којима је циљ остваривање профита, а уређене су јавним или приватним правом. Притом, постављају се два услова који се морају остварити за оснивања Европске задруге: минимални број оснивача и услов да оснивачи долазе из најмање две различите државе чланице ЕУ.²³

2) Други начин оснивања Европске задруге је фузијом постојећих задруга. Он се одликује тиме да се као оснивачи појављују задруге које су основане по националним прописима различитих држава чланица ЕУ, и то на тај начин да се једна задруга припаја другој која по обављеној фузији добија облик Европске задруге, или спајањем две или више задруга у једну нову задругу која по обављеној фузији добија облик Европске задруге.²⁴

3) Трећи начин оснивања Европске задруге је преобликовање постојеће задруге која је основана по националном праву државе чланице и која има регистровано седиште и главну управу смештену на подручју Уније, уз услов да је најмање 2 године имала подружницу или друштво-кћер на које се као меродавно право примењује национално право неке друге државе чланице. На тај начин се омогућава постојећим задругама, које прекогранично обављају своју приватну делатност да се преобликује у Европску задругу, без потребе за спровођењем сложеног поступка оснивања или фузије, које доводе до губитка контроле задруге над властитом имовином, односно до престанка постојања задруге.²⁵ У члану 35. Уредбе уређује се поступак преобликовања задруге у Европску задругу. Преобликовањем се наставља правни континуитет задруге, једино што она сада послује у облику Европске задруге и није могуће променити седиште задруге из једне државе чланице у другу.

Основни правни акт Европске задруге је статут којег чине одлука о оснивању и правила која уређују унутрашње устројство и правне односе између чланова и задруге. Оснивачи задруге доносе и усвајају статут задруге у складу са националним прописима државе чланице у којој Европска задруга има регистровано седиште о оснивању задруге, и који мора бити у

²² Чл. 2, ст. 2, Council Regulation (EC) N^o 1435/2003 of July 22nd 2003. on the Statute for a European Cooperative Society (SCE). Уредба о Статуту Европске задруге; преузето од: Dionis Jurić, *Europska zadruga*, Pravo i porezi, 2006.

²³ Вид. Појам трговачког друштва у члану 48. Уговора о Европској заједници.

²⁴ Чл. 19. Уредбе

²⁵ Dionis Jurić, *Europsko dioničko društvo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement, br.3, 457

писаном облику и потписан од стране свих оснивача.²⁶ Регистровано седиште Европске задруге је на подручју ЕУ и то у истој држави чланици у којој је смештена главна управа Европске задруге. Њега је могуће пренети у другу државу чланицу у складу са поступком који је одређен Уредбом, без потребе ликвидације постојеће Европске задруге или оснивања нове Европске задруге.²⁷

Б)

Већ на самом почетку Закона о задругама може се уочити да дефиниција задруге није потпуна. Наиме, и овог пута наш закон остаје непромењен по питању лица која могу оснивати задругу. Тако је „задруга правно лице које представља посебан облик организовања физичких лица“²⁸, а што није у складу са Декларацијом о задружно идентитету и са чланом 6. Правилника Међународне задружне алијансе, где је наглашено да задруге могу оснивати и друштва (правна лица), односно „any association of persons, or of societies is recognised as a co-operative society, provided that“.²⁹

Отуда је Задруга правно лице, а према Закону о задругама задругари (оснивачи) могу да буду само физичка лица (домаћа и страна). Заправо, задругар је физичко лице³⁰ које је члан задруге у целости, или делимично послује преко задруге, одн. које преко задруге продаје своје производе или 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. Као правно лице, задруга не може бити организована 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 (Словенија) могуће је не само да правна лица оснивају задруге, већ да се предузеће организује као задруга.³¹ Дакле, наш ЗОЗ дефинише задругу као правно лице и као посебан облик организовања физичких лица (задругара), али не и/или правних лица на

²⁶ Чл. 5. Уредбе

²⁷ Чл. 6 – 7. Уредбе

²⁸ Чл. 2. ЗОЗ

²⁹ ICA Rules, Amendments proposed to the General Assembly, unanimously adapted on June 6th 2008.

³⁰ Вид. чл. 2, 3, 14 – 16. ЗОЗ

³¹ Словеначки Закон о задругама: Zakon o zadrugah, 48.n. i 48.p. člen, Združitve in delitvez udeležbo drugih pravnih oseb, 48.r. člen, Spremenba pravne organizacijske oblike, 48.s. i 48.š. člen, Preblikovanje drugih pravnih oseb zadrugo.

добровољној основи, како је универзално прихваћен концепт. Чињеница је да би овај концепт, по препорукама Уједињених нација, требало да прихвате и усвоје сва национална законодавства.³² Исто тако, препоруке Уједињених нација, али и Међународне организације рада³³, као и Међународног комитета за промоцију и развој задруга³⁴ јесте 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 асоцијација (савез)³⁵. У том контексту поставља се питање – зашто код нас привредна предузећа не би могла да формирају задругу за заједничку набавку сировина и предмета потрошње за своје раднике. Исто тако код потрошачке задруге, у оквиру које би се успоставила и развијала веза између производње и потрошње.

Наша земља последњим (важећим) Законом о задругама требало је из више разлога да прихвати јединствени Универзални концепт за задруге. Наиме, Србија је члан Задружног савеза у Међународној задружној алијанси, а припада и чланству Уједињених нација и Међународне организације рада. Имајући у виду да Србија тежи прикључењу ЕУ, неопходно је да задружну законску регулативу усклади са правним оквиром за организовање и пословање Европске задруге, како би наше задруге могле да створе додатне могућности за увећање капитала и исте услове рада за њихово ефикасно функционисање.

Европска задруга је правно лице (субјект) чији је првенствени циљ задовољење потреба њених чланова, и/или развој њихових привредних или друштвених делатности.³⁶ Према јединственом концепту Европске задруге, чланови задруге могу бити физичка и/или правна лица. Он је прихваћен као такав и представља тенденцију у Међународном задружном праву, према коме право на учешће у оснивању и приступ задрузи треба омогућити не само физичким, већ и правним лицима. Наиме, један од поменутих задружних принципа демократске контроле пословања задруге јесте – да сваки члан може имати само један глас, одн. да „један члан - један глас“ задруга једнако примењује на физичка и на правна лица при доношењу одлука, а да чланство почива на добровољности и јавности. Међутим, правичност као принцип захтева да у посебним случајевима закон омогући одступање од наведеног правила, тако што ће дозволити да се задружним

³² UN Document A/56/73-E/2001/68 Report of the Secretary – General: *Cooperatives in social development*, United Nations, New York, May 14th 2001.

³³ 2002 ILO Recommendation N^o 193 on the promotion of cooperatives.

³⁴ COPAC (Committee for the Promotion and Advancement of Cooperatives)

³⁵ International Co-operative Alliance: Statement on the Co-operative Identity.

³⁶ Dionis Jurić, op. cit. (таč. 10)

правилима предвиди и право на више гласова за поједине чланове.³⁷ Заправо, неопходно је у задржним правилима прецизније утврдити критеријуме за стицање тог права и то на принципу једнакости и недискриминације чланова. Потребно је нагласити да се право на више гласова не даје на основу висине појединачно уложеног капитала у задрузи, већ сразмерно вредности послова које члан обавља са задругом.³⁸

В)

У Закону о задругама предвиђено је да се задруга не може организовати као привредно друштво, у смислу закона којим се уређују привредна друштва, или као други облик организовања, нити се може припојити или спојити с привредним друштвом или другим правним лицем које није задруга, нити променити форму у привредно друштво или друго правно лице.³⁹ Међутим, задруга може бити оснивач, одн. члан другог правног лица, у складу са законом и задружним правилима.⁴⁰ Оваква законска решења, у поређењу са европским, можемо констатовати да су превазиђена. Дакле, статусне промене задруга су могуће ако у њима учествује, или из њих настају искључиво задруге.

Задруга стиче својство правног лица уписом у регистар који води орган надлежан за послове регистрације привредних субјеката, у складу са законом којим се уређује регистрација привредних субјеката.⁴¹ Наше законодавство о регистрацији привредних субјеката је у складу са решењима Европске задруге. Наиме, у погледу регистрације задруга, треба истаћи да се Европска задруга уписује у судски регистар оне државе чланице у којој има своје седиште, у складу са националним прописима о регистрацији деоничарских друштава, који се примењују и при објави одговарајућих уписа у регистратор. Одлука о оснивању и престанку Европске задруге и преносу њеног седишта – објављује се у службеним новинама Европске уније.⁴²

Чињеница је да се задруге у савременим условима привређивања не посматрају изоловано од друштвено-економског живота. Њихов развој је тесно повезан са целокупним друштвеним и привредним кретањима у одређеној средини, региону, земљи, па и свету у целини. Данас, задруга није више везана само за пољопривреду, иако је њено присуство у пољопривреди најмасовније и најзначајније. Ово не значи да за задруге, као специфичне привредне организације постоје забрањене делатности и забрањена подручја.

³⁷ Закон о задругама Републике Словеније, *Zakon o zadrugah*, *Evropska unija - Article 59 (2) SCE Regulation*.

³⁸ Wisconsin State Law on Cooperatives – Chapter 185.12.

³⁹ Чл. 5, ст. 2. ЗОЗ

⁴⁰ Чл. 5, ст. 3. ЗОЗ

⁴¹ Чл. 5, ст. 1. ЗОЗ

⁴² Чл. 11 – 13. *Уредбе*

Одређена грана привреде није претпоставка за њено постојање, већ може постојати у свим делатностима у којима може исказати своју виталност и економску ефикасност. Зато Законом о задругама оне се могу оснивати као: земљорадничке, тј. пољопривредне, стамбене, занатске, потрошачке, радничке, студентско-омладинске задруге, социјалне, здравствена, као и друге задруге за обављање делатности из области производње, промета робе, вршења услуга и других делатности у складу са овим законом.⁴³ Ово показује да постоји потпуна слобода у формирању задруга. Заправо, задруге се могу оснивати и за обављање других делатности које нису забрањене законом⁴⁴, што значи да задруга може обављати законом дозвољене делатности.⁴⁵ Међутим, наш последњи Закон о задругама не омогућава да задруге спроводе трансакције кредита, што значи да депозитне и кредитне трансакције обављају само банке.⁴⁶

Г)

Средства, тј. основни капитал⁴⁷ задруге чине улози задругара, или чланарине ако се задруге оснивају без улога задругара. Иначе, улози задругара не морају бити једнаки, а могу бити новчани и неновчани. Задругар може имати само један улог у задрузи и улог задругара не може се преносити правним послом.⁴⁸ 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 за једнаким уделима и за једнаким бројем гласова када је реч о управљању задругом.

Заправо, наведене законске одредбе представљају помак ка основним вредностима задругарства, као што је правичност, као и принцип економског учешћа по коме сви задругари остварују корист од задруге под једнаким условима, али у сразмери вредности (обима) послова, које сваки од њих појединачно обави са задругом. Основни капитал задруге може се повећати (одлуком скупштине задруге) улозима нових задругара, повећањем улога постојећих задругара, или претварањем нараспоређене добити (расположивих резерви за те намене). Такође, одлуком скупштине задругара може се смањити оснивачки капитал, али не испод законом прописаног минималног новчног оснивачког капитала (минимални оснивачки капитал задруге износи 100 динара).⁴⁹ Ово је решење у складу са ставом да су закони

⁴³ Вид. чл. 10, ст. 1. ЗОЗ

⁴⁴ Чл. 11, ст. 14. ЗОЗ

⁴⁵ Чл. 9, ст. 1. ЗОЗ

⁴⁶ Чл. 5. ЗОБ

⁴⁷ Вид. чл. 16, 20 – 22. ЗОЗ

⁴⁸ Чл. 20, ст. 7 – 9. ЗОЗ

⁴⁹ Члан 21. ЗОЗ

који регулишу ограничену одговорност компанија применљиви и на задруге, што је разлог зашто је минимални капитал који се захтева од задруга исти као и тражени капитал за оснивање компанија.

Други начин формирања основног капитала задруге је из чланарине задруге (односи се 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 је у задружној својини и може се формирати 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 (ово су и елементи задружне својине) и друга имовинска права.⁵⁰

Задруга управља, располаже и користи своју умовину у складу са њеним правилима (Закон, уговор о оснивању). Она послује 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) обављати послове и са лицима који нису задругари, и за њих, а у складу са задружним принципима и закљученим уговором и задружним правилима. Исто тако, поред своје имовине, задруга у свом пословању може користити рад задругара и средства у својини задругара и других правних и физичких лица у складу са задружним правилима. 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.⁵¹

У циљу очувања задружне организације и задружног правила да корисници услуга имају контролу над менаџментом у случајевима где је дозвољено да такозвани не-корисници (услуга) имају статус члана задруге, примењују се два правна средства (механизма): прво се односи на ограничено право инвеститора да учествује у акцијском капиталу, друго се односи на ограничено право гласа. Тако је шпанско задружно законодавство најпре дозволило инвеститорима да учествују у акцијском капиталу до 33% од укупног удела задругара, а затим у подизању удела до 45% од укупног депозита.⁵²

⁵⁰ Чл. 53, ст. 2, 3, 1. ЗОЗ

⁵¹ Чл. 54 – 56. ЗОЗ

⁵² Авсец Франци, *Чланство корисника и инвеститора у задрузи: Упоредни преглед уређења у европском привредном простору и САД*, Страни правни живот, Vol. 53, № 2, Институт за упоредно право, Београд, 2009. Преузето од: Миодраг Мићовић, *op. cit.*, 1213.

Европска задруга је правно лице које се може оснивати на подручју Уније, складно условима и на начин одређен Уредбом о статуту Европске задруге. Основни капитал Европске задруге је подељен на пословне уделе, при чему је број чланова и основни капитал задруге променљив. Члан Европске задруге одговара за обавезе задруге до висине уложеног пословног удела, осим ако је статутом одређено другачије. Основни циљ Европске задруге је задовољење потреба њених чланова, и/или развој њихових економских и социјалних делатности, посебно путем склапања споразума око снабдевања робом или пружања услуга, или извршавања послова које обавља Европска задруга, или их наручује.

Основни капитал Европске задруге се изражава у националној валути, а ако је регистровано седиште задруге изван Евро зоне, она може изразити свој основни капитал и у еврима. Најнижи основни капитал Европске задруге не може бити мањи од 30.000 €. ⁵³ Држава-чланица може одредити и виши износ минималног основног капитала Европске задруге, ако тако прописују национални прописи за обављање одређене привредне делатности, ако задруга има регистровано седиште у тој држави чланици ЕУ. ⁵⁴ Статутом се одређује износ испод којег није могуће смањити основни капитал Европске задруге, као последица исплате пословних удела члановима који иступају из задруге (износ не може бити мањи од 30.000 €) ⁵⁵.

Основни капитал задруге се може повећати накнадним уплатама чланова, или примањем нових чланова, и може се смањити целовитим или делимичним - повраћај уплата, али не испод прописаног минимума. Промене основног капитала не захтевају промену статута ни објаве. ⁵⁶

Д)

Законом о задругама даје се могућност задругарима да имају једнако право гласа, примењујући задружни принцип „један задругар – један глас“. ⁵⁷ Одлуке се доносе већином од од укупног броја присутних чланова, осим у случајевима ако овим законом није другачије одређено – да одлуке доноси квалификована већина. ⁵⁸ Међутим, овај принцип (правило) није више непроменљив. Могућа су одступања и по правилу она су потребна када задруга има инвеститоре. Јединствено (универзално) правило је да сваки инвеститор (задругар) има један глас, осим ако то није другачије одређено правилима. Заправо, у Европској задрузи сваки члан има право на један глас,

⁵³ Чл. 3, ст. 1. и 2. *Уредбе*

⁵⁴ Члан 3, ст. 3. *Уредбе*

⁵⁵ Чл. 3, ст. 4. *Уредбе*

⁵⁶ Чл. 3, ст. 5. *Уредбе*

⁵⁷ Чл. 33. ЗОЗ

⁵⁸ Вид. чл. 35, ст. 2, и чл. 36, ст. 1. ЗОЗ

независно од броја пословних удела које држи.⁵⁹ Али право државе чланице у којој је регистровано седиште Европске задруге може допустити да се статутом одреди поједином члану више гласова, на основу његовог учешћа у делатностима задруге, као и на основу његовог удела у основном капиталу задруге. Притом, број гласова појединог члана ограничава се на 5 гласова, односно у распону од 15 до 30% од укупног броја гласова.⁶⁰ Поред ограниченог броја гласова инвеститора, у циљу очувања контроле управљања (менаџмента) од стране задругара, одређени су специфични услови у вези са кворумом, као и доношење одлука, како би се спречило надгласавање повлашћених чланова од стране инвеститора.

Уредба о статуту Европске задруге (Европска регулатива 1435/03) говори да статут треба да одреди специфичне захтеве (услове) за доношење одлука на скупштини.⁶¹ Одлука о изменама статута може се донети само уз присуство најмање половине од укупног броја чланова задруге, и најмање двотрећинском већином гласова. О одржаној скупштини води се записник.⁶² У случају да Европска задруга обавља више различитих делатности, или их обавља на подручју различитих територијалних јединица, или има неколико подружница, или има више од 500 чланова, статутом се може допустити одржавање посебних састанака по секторима или одељцима, ако то није у супротности с правом државе чланице у којој је регистровано седиште Европске задруге.⁶³ Треба истаћи да јединствени акт о задругама не дефинише кворум, осим ако то није другачије одређено правилима задруге. Кворум је остварен независно од броја присутних чланова, али даје посебан значај задругарима, под условом да: 1) укупан број гласова не би требало да буде мањи од већине укупног броја гласова; 2) да се одлука сматра основаном уколико има већину повлашћених корисника (систем двоструке већине)⁶⁴.

Ђ)

Имајући у виду да је задруга привредна организација, то значи да привређује у складу са основним економским принципима: она остварује приходе, расходе и добит. До прихода долази реализацијом производа и услуга. Може остварити и губитак, што значи да је изложена пословном ризику, али је тај ризик мањи него код предузећа, одн. привредних друштава. Разлог је у томе што предузеће тежи максимизирању добити, тј. профита (што је већи профит, то је већи и ризик његовог остварења). Поред тога,

⁵⁹ Чл. 59. Уредбе

⁶⁰ Чл. 59. Уредбе

⁶¹ Чл. 61. Уредбе

⁶² Чл. 62. Уредбе

⁶³ Вид. Чл. 63. Уредбе

⁶⁴ Авсец Франци, *Чланство корисника и инвеститора у задрузи*, преузето: Миодраг Мићовић, *op. cit.*, 1214.

уколико предузеће жели да повећа профит, значи да треба да повећа и обим производње и промет услуга (под осталим нормалним условима на тржишту). Дакле, пораст профита, тј. добити резултат је 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 тежи да оствари одређене интересе чланова задруге, одн. задругара. Свака привредна организација, тако и задруга, како би опстала и развијала се – мора остварити добит. Другим речима, задруга не послује са губитком, јер би тада дошло до умањења њене имовине.⁶⁵ О оствареној добити (годишњој) и њеној расподели, одлучује скупштина задруге, након усвајања финансијског извештаја.

Када је реч о расподели профита, тј. добити према ЗОЗ-у: задругари учествују у складу са принципом економског учешћа⁶⁶ чланова и то са њиховим уделом у задрузи и са вредношћу извршног промета који се преноси преко задруге, покривајући губитке пренесене из ранијих година, расподељујући добит у фондове за различите намене, ако су образовани (резивни фонд, задружни фонд за инвестиције и друге сврхе).⁶⁷ Као што се може уочити у ЗОЗ-у Републике Србије добит се расподељује у резервни фонд, одн. фондове различите намене, ако су образовани, што значи да је овај фонд необавезујући, тј. опциони. Наиме, добит се најпре расподељује у обавезни резервни фонд за покриће губитака пренетих од раније, затим у фондове за друге намене, ако постоје, и за исплату нето добити или приписивању добити улозима задругара. Најзад, нераспоређена добит преноси се у наредну пословну годину, или се користи за унапређење задруге. Уколико задруга има ових средстава доћи ће до смањења потреба за коришћењем скупих банкарских кредита.

Међутим, Уредба статута Европске задруге прописује обавезу стварања законских резерви, које се попуњавају из добити задруге.⁶⁸ Статут може одредити исплату удела и добити члановима задруге сразмерно њиховим пословима са задругом, или услугама које су обавили за задругу. Одлуку о употреби добити доноси скупштина чланова задруге, у складу са

⁶⁵ Љубомир Митровић, *Задруге у законодавству Србије и могућности за унапређење задружних начела*, Зборник радова са научноистраживачког 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, 2017, 273.

⁶⁶ Вид. чл. 58 – 59. ЗОЗ.

⁶⁷ Вид. чл. 4, пар. 3, ст. 3. ЗОЗ.

⁶⁸ Вид. чл. 59. ЗОЗ

одредбама статута.⁶⁹ Треба истаћи да Статут Европске задруге не одређује експлицитно да ли се укупан вишак може расподелити онима који нису чланови задруге, а који је остварен са онима који нису чланови задруге, или само онај вишак који је остварен пословањем задруге са својим члановима. Такође није одређен ни проценат у коме могу учествовати у расподели вишка повлашћених чланова и инвеститора. У том случају, јединствени акт о задругама одређује да удео повлашћених чланова у профиту, тј. добити – не може бити смањен на мање од 50%.⁷⁰

ЗАКЉУЧАК

Задруге су *sui generis* привредне организације чији је интерес унапређење пословања задругара, али не и максимизирање профита, као што је случај код осталих привредних организација. Оне у фокусу стављају кориснике услуга, односно чланове (задругаре) чији је интерес трајно обезбеђење прихода и добити, као и очување реалне вредности имовине коју су уложили у задругу (као свој улог). Због своје природе, задруге су императив модерног и продуктивног привредног развоја. Њихова улога посебно је значајна у условима кризе, јер је брже и ефикасније превазилазе у односу на остале привредне организације. Оне су веома значајне за средње и мало предузетништво. Стога, да би задруге опстале и развиле се потребна је правна регулатива, која је одбрамбени механизам и снажан алат за задружно ефикасно функционисање. Правна регулатива задруга у Србији дефинисана је Законом о задругама (2015).

Анализа у раду је показала да су учињене мање промене у садашњем закону (2015) у односу на претходни Закон о задругама (2006). Те промене се односе: а) на износ основног капитала; б) на то да улози задругара не морају бити једнаки, чиме се олакшава и убрзава капитализација задруга; в) да се улог задругара не може преносити правним послом, чиме се спречавају злоупотребе и изигравање закона; г) поједностављен је начин оснивања и организовања задруга – задруге могу оснивати најмање пет пословно

⁶⁹ Вид. чл. 65 *Уредбе*

⁷⁰ Све док законске резерве не стигну износ основног капитала задруге (најмање 30.000 €) постоји обавеза издвајања најмање 15% добити запословну годину након одбитка могућих губитака који су пренесени у законске резерве задруге. Добит коју је могуће расподелити чини вишак добити која преостане по одбитку износа који су унети у законску резерву, износа који су исплаћени као удео у добити, и износа пренесених губитака, а уз додатак свих пренесених вишкова и износа који се црпе из резерви. Скупштина може пренети добит у наредну пословну годину, унети је у законске и статутарне резерве, или је исплатити у облику удела и добити. Статутом је могуће и забранити расподелу добити (Уредба статута Европске задруге, чл.65, 66 и 67).

способних физичких лица; д) на то да су задруге растерећене обавезе оснивања обавезног резервног фонда и заробљавања средстава у њему, чиме се повећава капитал у задружном сектору. Наведене законске одредбе представљају помак ка основним вредностима задругарства, као што је правичност, као и принцип економског учешћа по коме сви задругари остварују корист од задруге под једнаким условима, али у сразмери вредности (обима) послова које сваки од њих појединачно обави са задругом.

Имајући у виду да Србија тежи уласку у ЕУ, то реформисање српских задруга треба усмерити и развијати у складу са Европском регулативом 1435/03 Европске задруге. Иако је јединствени карактер Европске задруге нарушен јер одредбе Уредбе о статуту Европске задруге и Смернице нуде различите моделе Европске задруге, зависно од државе чланице у којој она има регистровано седиште, ипак Европска задруга суштински има универзални карактер. Да би се правна регулатива српског задругарства усагласила са правном регулативом Европске задруге, потребно је изменити став о задрузи, јер задруге нису никаква форма организације само физичких лица, већ чланови могу бити и физичка и правна лица. Ово је први услов да се наше задруге изједначе са Европском задругом, а самим тим и са осталим привредним субјектима. Овим се стварају додатне могућности задруге да увећа капитал, а зна се да је задруга углавном усмерена на властите изворе капитала, јер постоје ограничења у приступу спољњем капиталу. Поред тога, потребно је релативизирати ефекат принципа „један члан – једна глас“, самопомоћ и идентитет, све у циљу изједначавања са осталим привредним субјектима (компанијама), а самим тим и са Европском задругом.

Ljubomir MITROVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SPECIFICITY OF THE COOPERATIVES RELATIVE TO THE NATURE OF THE EUROPEAN COOPERATIVE SOCIETY

Summary

Cooperatives are sui generis economic organizations whose interest is to improve the business of a cooperative, but not to maximize the profits, as is the case with companies.

The aim of this paper is to look at the specificity of the cooperatives in Serbia in relation to the nature of the European Cooperative Society and to point to the need for change the rules in the Law of cooperatives in order to comply with modern trends in the field of organizing and operating cooperatives - the European

Cooperative Society. The analysis showed that the applicable law on cooperatives did not undergo major changes in the legal and economic framework and thus remained in the same position in relation to the previously valid, classic concept of the cooperative. In scientific work were used the Law on Cooperatives of the Republic of Serbia (2015) - ZOZ, Regulation of the European Cooperative Society, Declaration of Co-operative Identity, the results of the analysis of the research by authors in this field, as well as the results of other author research. When it comes to the analysis of cooperatives in Serbia in relation to the character of the European Cooperative the comparative, inductive and deductive methods were used. They enabled us to determine which are the national cooperative rules and which rules should be changed and define *de lege ferenda* in order for cooperatives to function more effectively in the national socio-economic system.

Keywords: cooperative, cooperatives, cooperative principles, legal-economic framework, European Cooperative.

ЛИТЕРАТУРА

Antonio Fici, *Cooperative identity and the law*, Euricse's Working Paper, N^o 023/12, 2012.

Бранислав Гулан, *Задругарство у Србији од оснивања до данас – 2018*, доступно на: <https://www.makroekonomija.org/0-branislav-gulan/zadugarstvo-u-srbiji-od-osnivanja-do-danas-2018/>

Dionis Jurić, *Europsko dioničko društvo*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Supplement, br. 3, 2003.

Dionis Jurić, *Europska zadruga*, Pravo i povezi, Vol. 15, N^o 6, str. 58 – 67, RRIF, Zagreb, 2006.

Закон о задругама Републике Словеније, Закон о задругах, Европска унија - Article 59 (2) SCE Regulation.

Закон о задругама - ЗОЗ, Службени лист СРЈ, бр. 41/96, 12/98, Службени гласник РС, бр. 101/2005, 34/2006 и 112/2015.

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

ILO 2002 Recommendation N^o 193 the promotion of cooperatives.

Извештај о задругама и задругарству, доступно на: http://novi.uciteljneznalica.org/PDF/arhiva%20autora/928_Izve%C3%85%C2%A1taj%20o%20zadugarstvu.pdf

International Co-operative Alliance: Statement on the Co-operative Identity

Катарина Марковић, *Пољопривредно задругарство у републици Србији – стање и перспективе*, Летопис научних радова, бр.1, Пољопривредни факултет, Нови Сад, 2007.

Carlo Borzaga; Giulia Galera, *Promovisanje zadruga u stvaranju boljeg sutra*, доступно на: <http://www.euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/venice-croatian-3.0-0>

Council Regulation (EC) N° 1435/2003 of July 22nd 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE).

Commision of the European Communities, Draft Consultation Paper Cooperatives in Enterprise Europe, Bruxelles, 2001.

СОРАС Committee for the Promotion and Advancement of Cooperatives.

Љубомир Митровић, *Задруге у законодавству Србије и могућности за унапређење задружних начела*, Зборник радова са научноистраживачког 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, 2017.

Марија Николић, *Еволуција задружног законодавства у Европи*, Понатис магистарске тезе, Друштво аграрних економиста Србије, Београд, 2009.

Марија Николић; Јасмина Арсенијевић, *Компарација закона о задругама у Републици Србији и земљама у окружењу*, Министарство Просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, ев. бр. 47020, „Дигиталне и медијске технологије и друштвено-образовне промене“, 2015.

Миладин Шеварлић, *Правци развоја земљорадничког задругарства у Србији*, доступно на: <https://www.makroekonomija.org/poljoprivreda/pravci-razvoja-zemljoradnickog-zadugarstva-u-srbiji/>

Miodrag Mićović, *The Legal Nature and Framework for Cooperative Activities*, Economics of Agriculture, The Balcan Scientific of Agrarian Economics, Belgrade, Academy of Economic Studies, Bucharest (Romania), Vol. LXIV, N° 3 (1205 – 1218), UDC: 340:334.73, EP: 2017.

Славка Митровић, *Допринос пољопривреде у развоју Србије*, Докторска дисертација, Универзитет у Приштини, Пољопривредни факултет, Лешак, 2016.

UN Document A/56/73-E/2001/68 Report of Secretary – General: “Cooperatives in social development”, Unated Nations, New York, May 14th 2001.

Франци Авсец, *Пољопривредне задруге у Републици Словенији*, Социологија села 43, стр. 83 – 108, 2005.

Франци Авсец, *Чланство корисника и инвеститора у задрузи: упоредни преглед уређења у европском привредном простору и САД*, Страни правни живот, Vol. 53, N° 2, стр. 85 – 126, Институт за упоредно право, Београд, 2009.

Др Сузана ДИМИЋ*

336.226.11(497.11)

МОГУЋНОСТИ ЗА ПРАВИЧНИЈИ ПРИСТУП ОПОРЕЗИВАЊУ ДОХОТКА У СРБИЈИ

Апстракт: Нове тенденције у теорији и пракси опорезивања дохотка представљају удаљавање од традиционалног захтева правичности опорезивања. Под утицајем другачијих вредносних ставова економске филозофије, предност у обликовању пореза на доходак дана је економској ефикасности у односу на правичност.

Постојећи систем опорезивања дохотка у Србији нарушава кључне принципе опорезивања, као што су економска ефикасност, правичност, издашност и једноставност. Очекиваном и дуго најављиваном пореском реформом требало би отклонити те недостатке. Међутим, у одабиру модела опорезивања дохотка остаје отворено питање у погледу принципа правичности опорезивања, имајући у виду нове тенденције у опорезивању дохотка.

Кључне речи: начело правичности опорезивања, порез на доходак, порески систем Србије

1. АМБИЈЕНТ ЗА ОБЛИКОВАЊЕ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК У СРБИЈИ

Постојећи систем опорезивања дохотка у Србији, заснован на цедуларном опорезивању уз примену годишњег пореза на доходак грађана као корективном, нарушио је основне принципе опорезивања. Нарочито се то односи на правичност опорезивања, јер се због бројних недостатака не остварује ни хоризонтална, ни вертикална правичност. Због тога што се сваки приход опорезује појединачно примено различитих правила (различите пореске стопе, разлике у погледу трошкова насталих стварањем, односно, очувањем прихода), порески обвезници исте економске снаге плаћају различите износе пореза. Годишњи порез на доходак замишљен као корективни, јер га плаћају само грађани јаче економске снаге и то применом прогресивне стопе, није успео да допринесе остваривању вертикалне правичности опорезивања. Поред тога, он је нарушио и начела издашности и

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

једноставности, јер се у пракси показао слабо издашним због тога што га плаћа мали број пореских обвезника, као и административно веома сложеним за примену.

Република Србија, као и остале земље у окружењу, у процесу транзиције суочила се са бројним економским и социјалним проблемима. Доктрина економског либерализма, са настанком светске економске кризе почетком 21. века, наишла на преиспитивање у високоразвијеним државама и отворило се питање потребе примене елемената државног интервенционизма. За разлику од ових држава, које су економску кризу доживеле на путу развоја државе благостања, земље у транзицији су већ биле оптерећене бројним проблемима на путу укључивања у светске привредне токове. Привреде земаља сукцесора СФРЈ, мада су познавале одређене елементе тржишног привређивања, као што су већи степен самосталности предузећа, одређена извозна традиција, суочиле су се са проблемом стагнације, па чак и назадовања привредног раста. Као последица тога настали су бројни социјални проблеми, велика социјална раслојеност и велика стопа незапослености, што је је указало на потребу вођења одговорне социјалне политике државе.

Стагнација привредног раста (до чијег је назадовања у деловима неких земаља дошло и услед ратних разарања) условила је одређење за вођење развојно оријентисане економске политике. У избору сопственог пута привредног развоја два велика процеса добијају важну улогу, а то су глобализација и регионализација. Привредни и друштвени развој било које земље постаје незамислив без укључивања у глобалне светске привредне токове. За земље са ових простора, па и за Србију, постаје важно и приступање чланству Европске уније (у даљем тексту: ЕУ). У таквом амбијенту пред креаторе економске политике поставља се веома тешко питање одређивања стратегије развоја. Остваривање стратегије средњорочног и дугорочног развоја подразумева одређену улогу државе. А управо се активна улога државе доводи у питање, јер се, због наметања правила у креирању националних економских политика и установљавању привредног система од стране међународних економских институција (као што су Међународни монетарни фонд, Светска банка) и регионалних заједница (као што је ЕУ), нарушава њен суверенитет.

Развојно оријентисана економска политика у домену пореза уобличена је кроз давање приоритета економским циљевима. Један део фискалне теорије, праћен праксом у све већем броју земаља, занемарује социјалну функцију пореза. Налазећи оправдање у потреби обезбеђивања привредног раста, вођење социјалне политике препушта другим мерама, као што су социјални трансфери. Од налета нових схватања и промена у пореској пракси није остао заштићен ни порез на доходак (у даљем тексту: ПДГ), традиционално сматран погодним за остваривање редистрибутивне

улоге пореза. Током 60-тих и 70-тих година 20. века већи значај у обликовању пореских система био је дан хоризонталној и вертикалној правичности опорезивања. Пикети, француски економиста, наводи да је главна новина у 20. веку у погледу пореза био прогресивни порез на доходак и да је одиграо централну улогу у смањењу неједнакости.¹ На почетку 21. века, међутим, долази до промена у вредностним ставовима и класични *trade off* правичности и економске ефикасности је решен у корист економске ефикасности. Данас преовлађује растући консензус да порезе не треба користити као инструмент социјалне политике, која има фундаменталну функцију у прерасподели дохотка и богатства.² Синтетички порез на доходак, који је својим значајним присуством у току 20. века поговдао остваривању редистрибутивне улоге ПДГ, са првим деценијама 21. века уступио је место дуалном порезу и *flat tax*. Уместо збрајања свих прихода, без обзира на изворе у заједничку пореску основицу и примену прогресивних стопа, чиме се остваривала и хоризонтална и вертикална правичност опорезивања, долази до блажег опорезивања, односно, потпуног неопорезивања прихода од капитала. Такав, неједнак, порески третман различитих врста дохотка утиче на хоризонталну правичност, јер порески обвезници исте економске снаге плаћају различите износе пореза. Као последица глобализације капитал постаје веома мобилна пореска основица. Скадинавске земље су прве приступиле увођењу дуалног пореза, као израз потребе да домаћи капитал задрже унутар својих граница. Повлашћени третман прихода од капитала постигнут је одвајањем прихода од рада од прихода од капитала и опорезивањем прихода од рада прогресивном пореском стопом док се на приходе од капитала примењује пропорционална пореска стопа и то, по правилу, најнижа стопа из прогресивне скале којом се опорезују приходи од рада. Земље у транзицији, суочене са недостатком сопственог капитала, настојале су да привуку страни капитал увођењем *flat tax*, мада не у изворном (Хал-Рабушкином) моделу који подразумева неопорезивање прихода од капитала. Повлашћени порески третман прихода од капитала ове земље су оствариле прописивањем ниских пропорционалних стопа и изузећем од опорезивања неких или већине прихода од капитала. Штетна пореска конкуренција врши притисак на креаторе националних пореских политика да смањују пореско оптерећење прихода од капитала у односу на остале пореске основице. Да би задржале потребан ниво пореских прихода, јер није дошло до смањења јавних потреба иако се заговарала рационална јавна потрошња, савременим државама не преостаје ништа друго него да тежиште опорезивања пребаце на мање мобилне пореске основице,

¹ Тома Пикети, Капитал у XXI веку, Нови Сад, Академска књига, 2015, 531.

² Sven Steinmo, The evolution of policy ideas: tax policy in the 20 th century, British journal of Politics and International Relations, Vol. 5, No 2, 2003, 228.

као што су потрошња и имовина. Помак од опорезивања дохотка ка јачем опорезивању потрошње не доприноси правичности опорезивања. Порези на потрошњу су регресивни и управо порез на доходак може, према ставовима традиционалне фискалне теорије, да послужи као механизам за ублажавање регресивног дејства тих пореза. Притисци на државе постају тако јаки да су оне приморане да се експлицитно одричу хоризонталне правичности опорезивања.³

2. ОГРАНИЧЕЊА И МОГУЋНОСТИ КОЈЕ СТОЈЕ ПРЕД КРЕАТОРИМА ПОРЕЗА НА ДОХОДАК У СРБИЈИ

Пореска пракса држава у окружењу у погледу ПДГ је различита. Док је Словенија увела дуални порез, порески закони у Македониј, Црној Гори и Републици Српској садрже обележја *flat tax*. У домаћој литератури, која се залаже за реформу постојећег система ПДГ, присутна су сва три модела као могућа решења за опорезивање дохотка у Србији: синтетички пореза на доходак, дуални порез и *flat tax*. Уз уважавање чињенице да алтернативни модели, дуални порез и *flat tax*, имају својих предности,⁴ са аспекта правичности опорезивања даје се предност синтетичком порезу на доходак. Мишљење да је синтетички порез најпогоднији облик опорезивања дохотка у Србији било је доминантно у време почетака пореских реформи 90-тих година 20. века. Генерално гледано, 20. век је био обележен преовлађивањем синтетичког пореза у пореским системима. Данас, са променама у целокупном амбијенту, које су допринеле постепеном напуштању синтетичког пореза, поставља се питање оправданости његовог увођења код нас, са закашњењем од скоро три деценије. Са друге стране, некритичко прихватање савремених модела ПДГ, свакако, не може бити оптимално решење. Такође, Србију, као земљи која се определила за улазак у чланство ЕУ, важни су наговештаји, за сада само у литератури, о дуалном порезу као моделу којим би се постигла хармонизација ПДГ у оквиру ЕУ.

Све промене кроз које је Србија прошла у претходним деценијама довеле су до суочавања са крупним социјалним проблемима, јер је стопа

³ Howel H. Zee, *Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues and Comparative Country Developments*, IMF Working Paper 05/87, 2005, 6.

⁴ Анализу ових модела, као и закључке о њиховом увођењу у порески систем Србије дали су бројни аутори. На пример, Милојко Арсић и др. *Пореска политика у Србији - поглед унапред*, Фонд за развој економске науке, Београд, 2010, 60.; Саша Ранђеловић, *Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији*, (докторска дисертација), Економски факултет Београд, 2012, 339.

ризика од сиромаштва је веома висока.⁵ Социјалним трансферима пружа се друштвена помоћ и подршка за савладавање социјалних и животних тешкоћа појединцима, односно, породицама, које нису у могућности да, по основу рада или због неспособности за рад, обезбеде својој породици и себи задовољавање основних животних потреба. Њима се обезбеђују различите врсте материјалне помоћи, као што су новчана социјална помоћ, помоћ за оспособљавање за рад, једнократна новчана помоћ и др.⁶ Поред тога, посебним законом је регулисано пружање материјалне подршке породици са децом, као што су дечији додатак, накнаде за време породилског одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета, родитељски додатак и др.⁷ Улога социјалних трансфера, као најзначајније мере социјалне заштите, несумњива је у смањењу сиромаштва у Србији, мада мања него у земљама ЕУ.⁸ И поред настојања мера за смањење сиромаштва, тек предстоји борба да се настави са реформом у свим областима социјалне политике, како би се обезбедило озбиљније смањење стопе сиромаштва и укључивање маргинализованих групација (рурална популација, старе особе, нискоквалификовани, незапослени и др.) у друштвени систем.

У том контексту, приликом формулисања будућих законских решења требало би водити рачуна о правичнијем приступу опорезивању дохотка, јер постојећи неправичан порески систем (делом последица изразите направичности постојећег система ПДГ) продубљује неједнакост и велику социјалну раслојеност присутну у Србији.

Алтернативни модели испуњавају све захтеве у погледу остваривања кључних принципа опорезивања, док се у погледу правичности опорезивања не може дати једноставан одговор, јер нови ставови фискалне теорије и пореске праксе представљају удаљавање од захтева за правичношћу опорезивања. Увођење дуалног пореза или *flat tax* свакако би било

⁵ Према подацима Републичког завода за статистику стопа ризика од сиромаштва (ова лиц а нису нужно сиромашна већ само имају већи ризик да то буду) за 2016. годину износи 25,5%, односно стопа ризика од сиромаштва или социјалне искучености износи 38,7%.

⁶ У складу са Законом о социјалној заштити ("Службени гласник РС", бр. 24/2011).

⁷ Чл. 1. ст. 2. и чл. 9. ст. 1. тач.1-6. Закона о финансијској подршци породици са децом ("Службени гласник РС", бр. 16/2002, 115/2005 и 107/2009).

⁸ Подаци истраживања обављеног у Србији говоре да је стопа сиромаштва у 2016. години смањена за 26,3% захваљујући социјалним трансферима. Ефективност социјалних трансфера је у порасту од 2013. године, али је и даље мања него у земљама ЕУ, где је стопа сиромаштва 2008.године, захваљујући социјалним трансферима смањена за 32% (нав.према: Сиромаштво у Републици Србији 2006-2016, Тим за социјално укључивање и смањење сиромаштва, 2017, 18.

оправдано, имајући у виду да постојећи систем опорезивања дохотка у Србији нарушава кључне принципе опорезивања. Међутим, приликом реформисања ПДГ креатори пореске политике требало би да узму у обзир социјалне прилике у Србији. Уместо досадашњег прописивања стандардних одбитака за обвезнике и чланове његове породице само у оквиру годишњег пореза на доходак грађана, требало би ове одбитке омогућити свим обвезницима ПДГ. Према важећим одредбама, код пореза на зараде постоји лично одбитак на име егзистенцијалног минимума, али не и одбитак за издржаване чланове породице.

Табела 1. Износи одбитака у систему пореза на доходак у Србији за 2017. годину

порез на зараде	годишњи порез на доходак
стандардни одбитак	лични одбитак
15.000 динара	29.689 динара
	одбитак за издржаване чланове
	9.896,4 динара

Извор: Износи прописани чл. 15а. ст. 2. и чл. 88. ст. 1. Закона о порезу на доходак грађана Републике Србије ("Службени гласник РС", бр. 24/01, 80/02, 80/02 - др. закон, 135/04, 62/06, 65/06 - исправка, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 - УС, 93/12 и 114/12 - УС, 8/13- усклађ. дин. изн., 47/13, 48/13 - испр, 108/13, 57/14, 68/14 - др. зак., 5/15-ускл.дин.изн., 112/15, 5/16 - усклађ.дин.изн., 7/17 - усклађ.дин.изн., 117/17- усклађ.дин.изн. и 7/18 - усклађ.дин.изн.); подаци Републичког завода за статистику о просечној годишњој заради у 2017. години објављени у "Службеном гласнику РС" бр. 6/2017; Обрачун за личне одбитке код годишњег пореза на доходак грађана урађен је на месечном нивоу, у циљу његове упоредивости са висином стандардног одбитка код пореза на зараде.

Такође, приликом прописивања одбитака законодавац би требало да води рачуна о њиховој висини. Повећање стандардног одбитка од 11.000 динара на 15.000 динара (у току 2017. године) представља побољшање постојећих законских решења. Међутим, упоређивањем ових износа са статистичким подацима о прагу ризика од сиромаштва недвосмислено се

може закључити да постојећа висина личног одбитка ни у ком случају не обезбеђује потребан егзистенцијални минимум.⁹

Табела 2. Праг ризика од сиромаштва у Србији за 2016.* годину

једночлано домаћинство	15.416,00 динара
двоје одраслих са једним дететом старости до 14 год.	27.748,82 динара
двоје одраслих са двоје деце старости до 14 год.	32.373,63 динара

Извор: Републички завод за статистику, Сиромаштво и социјална неједнакост 2016.

* Подаци нису узети за 2017. годину него за 2016. годину, јер су то последњи расположиви подаци у Републичком заводу за статистику.

Ради остваривања правичнијег приступа тебало би порезом на доходак обухватити све приходе без обзира на изворе. Поједини аутори примећују да је, због високе стопе утаје пореза на доходак од закупа непокретности, постојећи систем изразито хоризонтално неправичан. Лица која су свој капитал уложила у некретнике *de facto* не плаћају порез у односу на лица која су свој капитал уложила у банку или предузеће и плаћају порез на камату или дивиденду.¹⁰

У односу на постојећи систем ПДГ, који примећује различита правила за поједине приходе, требало би увести такав модел опорезивања дохотка који би обухватио све приходе и то применом јединствене пореске стопе, на пример стопе од 10%. Тиме би се остварила хоризонтална правичност опорезивања, јер би порески обвезници исте економске снаге плаћали једнаке износе пореза. Такође, на овај начин би се остварио и принцип једноставности, што би представљало велики напредак у односу на постојећи систем ПДГ који је изузетно сложен и повлачи велике трошкове.

Од хоризонталне правичности опорезивања креатори пореске политике Србије не би требало да одустану, без обзира на свеприсутнији тренд повољнијег пореског третмана прихода од капитала. Стварање

⁹ Према последњим подацима Републичког завода за статистику апсолутна линија сиромаштва (тзв. егзистенцијални минимум) за 2016. годину износи 11.694,00 месечно за једночлано домаћинство, док се за вишечлана домаћинства овај износ множи са бројем чланова.

¹⁰ Саша Ранђеловић, Реформа пореза на доходак грађана у Србији: ефикасност и правичност vs. политичка економија, Квартални монитор бр. 32, Фонд за развој економске науке, Београд, 2013, 64.

повољног пореског амбијента јесте један од фактора за привлачење страног капитала, али ефекти опорезивања не могу се узети као одлучујући, јер је привредни раст условљен комбинацијом бројних фактора. Поједини аутори су указали на то да се ефекат опорезивања не може прихватити без разматрања других варијабли. На питање узрочности не може се дати једноставан одговор, јер је мала вероватноћа да ће иста развојно оријентисана пореска политика бити подједнако успешна за све земље.¹¹

Раздвајање прихода од рада и прихода од капитала и повољнији порески третман прихода од капитала не би било оптимално решење за Србију ни зато што би се у том случају терет опорезивања пребацио на приходе од рада. У Србији већ постоји велико фискално оптерећење рада (због великих доприноса за социјално осигурање), па би јаче опорезивање прихода од рада само допринело већем фискалном оптерећењу рада, а тиме посредно утицало на запосленост. Високо пореско оптерећење рада, преко повећања трошкова рада које има послодавац, утиче на смањење тражње за радном снагом, која је у Србији узрок високе стопе незапослености.

Постојећа корективна компонента у виду годишњег пореза на доходак не доприноси остваривању вертикалне правичности опорезивања, јер га плаћа веома мали број грађана. У формулисању будућих законских решења ефекат вертикалне правичности би се могао постићи прописивањем одбитака на име егзистенцијалног минимума у висини која би пратила износ средстава неопходних за задовољавање основних животних потреба. Такође, прописивање олакшица не би тебало да се задржи само на личном одбитку. Управо имајући у виду конкретне прилике у којима живи знатан део становништва Србије као и потребу вођења активније демографске политике требало би прописати пореске олакшице за издржаване чланове породице.¹²

3. ЗАКЉУЧАК

Постојећи систем ПДГ у Србији нарушио је кључне принципе опорезивања, па и правичност опорезивања. У контексту дуго очекиване реформе, поставља се питање одабира модела опорезивања дохотка, имајући у виду све присутнији тренд повољнијег пореског третмана прихода од

¹¹ Gareth D. Myles, Economic Growth and the Role of Taxation - Agregate Data, OECD Economics Department Working Papers No. 714, 2009, 63.

¹² Мада чисти модел *flat tax* познаје само лични одбитак, Порески законик Русије (земље која је међу првима увела овај порез), на пример прописује стандардне одбитке демографског карактера (чл. 218. тач.4. глава 23.(која се односи на порез на доходак физичких лица) Пореског кодекса Руске Федерације ([Налоговый кодекс РФ] [Глава 23] [Статья 219] <http://www.zakonrf.info/nk/218/>).

капитала. Под притиском пореске конкуренције, да се, због привлачења страног капитала, повољније опорезују или потпуно ослободе од опорезивања приходи од капитала, пред креаторима пореског политике Србије стоји тежак задатак.

Некритичка примена модела ПДГ познатих у пракси других земаља није оптимално решење за Србију. Стварање подстицајног пореског амбијента јесте један од фактора привлачења страног капитала, али ефекти опорезивања се не могу узети као одлучујући. Привредни раст је условљен комбинацијом бројних фактора који се разликују од земље до земље.

Приликом формулисања будућих законских решења не би требало одустати од хоризонталне правичности опорезивања, без обзира на тенденцију различитог пореског третмана прихода од рада и прихода од капитала. У односу на постојећи ПДГ, који је изразито неправичан, увођењем новог модела требало би обезбедити правичнији приступ опорезивању дохотка кроз постојање хоризонталне и вертикалне правичности. Опорезивањем свих прихода јединственом стопом би се постигло да порески обвезници исте економске снаге плаћају једнаке износе пореза. Док би се ефекти вертикалне правичности могли постићи прописивањем одбитака на име егзистенцијалног минимума. Поред личног одбитка, због потреба вођења демографске политике у Србији, требало би прописати пореске олакшице за издржаване чланове породице. Имајући у виду материјалне прилике у Србији, приликом одређивања личног одбитка и одбитака за издржаване чланове породице требало би водити рачуна да њихова висина прати износ средстава неопходних за задовољавање основних животних потреба.

Suzana DIMIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE POSSIBILITIES FOR BETTER ACCESS TO TAXATION OF INCOME IN SERBIA

Summary

New tendencies in income tax theory and practice represent a departure from the traditional requirement of fairness of taxation. Under the influence of different values of attitudes in economic philosophy, the advantage in shaping the income tax is given to economic efficiency in comparison to equity.

The existing income taxation system in Serbia violates key taxation principles, such as economic efficiency, equity, generosity and simplicity. The anticipated and long-announced tax reform should address these shortcomings.

However, in choosing a model of income taxation, there remains an open question as to the principle of equity taxation, bearing in mind the new tendency in income taxation.

Keywords: Personal Income Tax, equity, tax system of Serbia

ЛИТЕРАТУРА:

Арсид Милојко и др., Пореска политика у Србији - поглед унапред, Фонд за развој економске науке, Београд, 2010,

Ранђеловић Саша, Реформа пореза на доходак грађана у Србији: ефикасност и правичност vs. политичка економија, Квартални монитор бр. 32, Фонд за развој економске науке, Београд, стр. 63-66, 2013

Ранђеловић Саша, Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији, (докторска дисертација), Економски факултет Београд, 2012

Zee, H.Howel, Personal Income Tax Reform: Concepts, Issues and Comparative Country Developments, IMF Working Paper 05/87, 2005

Myles D. Gareth, Economic Growth and the Role of Taxation - Agregate Data, OECD Economics Department Working Papers No. 714, 2009

Пикети Тома, Капитал у XXI веку, Нови Сад, Академска књига, 2015

Steinmo Sven, The evolution of policy ideas: tax policy in the 20 th century, British journal of Politics and International Relations, Vol. 5, No 2, 2003

Сиромаштво у Републици Србији 2006-2016, Тим за социјално укључивање и смањење сиромаштва, 2017

[Налоговый кодекс РФ] [Глава 23] [Статья 219]
<http://www.zakonrf.info/nk/218/>

УСТАВНОПРАВНА И УПРАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

КОНТРОВЕРЗЕ ДРЖАВЕ И ЊЕНЕ ПРАКСЕ У ОСТВАРЕЊУ НАЈБОЉЕГ ОБЛИКА И НАЧЕЛА ВЛАДАВИНЕ

Апстракт: Живимо у времену истрошених политичких идеја и у оквиру једног (демократског) модела државе и владавине који се велича више него што то заслужује. Демократија је требала да буде остварење правичне владавине за све људе, да их учини једнаким и задовољним али у томе није успела. У њој има много дволичности, недемократије и демагогије са којом се вешто сакривају њени недостаци а преувеличавају њене вредности и успеси које није постигла. Наша савремена епоха не нуди алтернативу демократији, не отвара врата за озбиљну критику, преиспитивање па и њену замену напреднијим обликом владавине. Демократска владавина заостаје за индустријским, техничким, културним и осталим достигнућима које је постигла наша модерна цивилизација. У одсуству нових постдемократских идеја и облика државе немамо куд већ да се окрећемо прошлости, античким узорима које никако не смемо да избришемо из колективног памћења. Античка епоха и њени мислиоци су изнедрили богато политичко искуство, понудили разноврсне облике државе и поредака који су прихватљиви и за наше друштвене, економске, културне и политичке прилике и услове у којима живимо. Под утицајем античког политичког искуства данас се ослобађамо демократских предрасуда да је најбољи облик владавине онај у коме власт врши већина. Владавина већине се показала као неуспешна јер је тенденциозно све људе изједначила по вредности. Међутим, видимо да сви људи нису и не могу да буду једнаки нити да њихово мишљење и расуђивање има једнаку вредност. Зато се кроз историју и политичку праксу показало да је био далеко успешнији, напреднији онај облик владавине који се ослањао или на појединца или богату, мудру и утицајну мањину него онај који се ослањао на већину (народ). Све велике идеје и пројекти су потекли, дело су појединаца и успешне мањине, а не масе. Масе су се више истицале у разградњи, рушењу (револуцији) постојећег стања него у стварању и развијању оног што је напредно и пожељно као трајна вредност. Све оно зашта су се масе ватрено заузимале кратко је трајало и брзо исчезавало. Иза мањине су остале велике идеје и

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

дела која су непролазна и представљају наше духовно надахнуће из кога црпимо моралну и животну снагу. Зато и према античким идејама о правичној и доброј владавини и успешном поретку треба да будемо обазриви, прилазимо им без предрасуда или идеолошке обојености (ограничености). То што смо у једном периоду те античке облике држава одбацили као немогуће или неприхватљиве за наше услове не значи да то треба да буде наш коначни став. Према античком схватању државе и владавине морамо да покажемо пуно уважавање и разумевање. Треба да проникнемо у тајну античке мисли (филозофије) и њиховог политичког искуства које не треба олако да одбацимо. То није нешто што припада само далекој прошлости и што не може да се понови у нашој стварности или будућности.

Кључне речи: држава и облици владавине, врсте и класификације државних облика, традиционалне и модерне типологије држава трихотомије и дихотомије, мешовити системи владавине као комбинација најбољих елемената једног и другог система, проблематичност савремене демократске владавине и враћање античким коренима и узорима, трагање за напреднијим постдемократским системом владавине.

УВОД

Још од античког доба које представља узор политике и развијеног политичког живота траје полемика око идеалног облика државе. Трага се за идеалним поретком или обликом владања друштвом који би задовољио људе разноврсних политичких захтева и очекивања. Великани античке мисли (Платон, Аристотел и др) су политички живот поистовећивали са постизањем врлина достојних човека и политичке заједнице. Они су у тражењу одговора на то шта је најбоље, чему треба тежити закључили да је најбоља она држава (поредак) у коме владају најбољи људи.¹ Од њих па до данас остала је та дилема како доћи до тих најбољих људи, који је то облик управљања односно владања најбољи и најпожељнији за друштво. Да ли је идеалан онај поредак у коме влада један човек (монарх), филозофи као најумнији људи, група богатих и утицајних појединаца (аристократија) или је то народ као већина, дакле да се приклонимо демократској владавини? Током политичке историје и праксе су испробани различити рецепти, на делу су били различити модели држава и облика владавине и тешко је рећи шта је добро, које је решење најбоље. Уствари сваки облик владавине има својих и добрих и лоших страна и елемената. У трагању за идеалним обликом

¹ Коста Чавошки, Увод у право I, основни појмови и државни облици, издавачка кућа "Драганић", Београд, 1996, 177.

владања треба инсистирати на таквом уређењу у коме би дошле до изражаја само оне добре а не лоше особине политичке владавине. Практично пошто ни један облик владавине сам за себе није добар, довољан или задовољавајући најбоље решење би било одредити се за мешовити систем. То би био систем у коме се узајамно преплићу, прожимају па и обуздавају односно ограничавају монархијско, аристократско и демократско начело.² При томе када говоримо о идеалној држави или поретку треба имати на уму да су људи по својој природи несавршени тако да тешко могу да досегну до савршеног политичког поретка или облика владавине. Аристотел је у своје време мудро говорио и саветовао шта је најбоље чинити и каквом поретку треба тежити. Он је предлагао да уместо владавине људи треба увести владавину мудро састављених закона јер су закони правило без страсти за разлику од људи подложних страстима, слабостима и предрасудама.³ Када се већ помиње Аристотел није на одмет да кажемо да је он направио класификацију, извео типологију добрих и лоших облика државе или владавине. Он је преферирао ка монархији као најбољем облику владавине али је истицао као прихватљиве облике и аристократску и демократску владавину.⁴ Кварењем добрих облика владавине настају они лоши и то бива онда када се монархија претвара у аутократију, аристократија у олигархију а демократија у демагогију.⁵ Аристотел је тако у складу са својим реалистичким гледањем и схватањем политике поставио тај закон кварења, деформације једног облика државе у други али и поставио основе за мешовите облике држава (политичких уређења) или системе владавине.

У жељи да избегне крајности или претераности једног или другог облика владавине Аристотел није остао искључив и доследно привржен само монархистичкој владавини него је заговарао као најбољи, мешовит облик владавине, и то онај монархијско - аристократски.⁶ Такво решење мешовитог монархијско-аристократског облика владавине много векова касније преузима и угледни хришћански теолог и филозоф Тома Аквински али и неки савремени политички мислиоци, пре свих Монтескије. Он (Монтескије) је уочио и истакао поделу на монархијску, републиканску и деспотску владавину⁷ при чему би његова монархија одговарала оној Аристотеловој,

² Ибид, 178

³ Коста Чавошки, Могућност слободе у демократији, истраживачко - издавачки центар, ССО Србије, Београд, 1981, 197.

⁴ Видети: Јован Ђорђевић, Политички систем "Савремена администрација", Београд, 1988, 170.

⁵ Ибид, 170.

⁶ Видети: Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи "Нови глас" Бања Лука, 1991, 195-196.

⁷ Видети: Монтескије, О духу закона, том 7., Филип Вишњић, Београд, 1989.

деспотија би се слагала са аутократском владавином, док би република била оличење умерене политичке демократије. Монтескије је при томе различите облике владавине објашњавао природним и друштвеним узроцима, деловањем природних и друштвених закона. Као поборник географског детерминизма он је у проучавању државе и политичког уређења испитивао утицај географског фактора, климе, конфигурације и величине територије као и везу других природних чинилаца са државом и обликом њене физиономије и владања. Тако је Монтескије тврдио, доказивао да деспотске владавине најчешће успевају на великој територији, да настају и развијају се у плодним земљама где су људи марљиви, уздржани и скромни, док монархије успевају у државама средње величине а демократије у малим државама.⁸ Дакле упоредо са чистим облицима владавине до наше епохе се одржала и идеја мешовитог система - комбинација елемената различитих облика у једном који би оличавао оно најбоље, од сваког појединачног. Ту идеју су прво истакли антички филозофи (Платон, Аристотел, Полибије и др.) али су је прихватили и наставили каснији, модерни теоретичари политике (политичког друштва) - Жан Боден, Монтескије, Русо и др. Историја и пракса државе и њених облика се кретала од аутократске, деспотске преко монархистичке до демократске владавине коју су величали модерни теоретичари привржени пре свега идејама и учењу Русоа. Но, и сам Русо који је највише учинио за демократију (био јој најприврженији) био је свестан њених слабости и ограничења. Зато је тврдио да добро уређена (демократска) владавина мора да буде руковођена општом вољом оличеном у закону.⁹ То што живимо у епохи демократије не значи да морамо да размишљамо само демократски, некритички се ограничавамо и сводимо само у оквире демократске владавине. До сада смо стекли богато и разноврсно искуство са демократском владавином да можемо да будемо критички настројени према њој, отворени за различите изазове и решења - како из прошлости тако и за неке нова које нам нуди наше модерно доба постлибералне демократије и цивилизације.

I

Владавина је један од основних појмова науке о држави, централна категорија и институција којом се бави, проучава традиционална и савремена политичка теорија (наука). Под њом се подразумева сваки институционални облик моћи или у персоналном смислу свака група људи која се организује

⁸ Др Милован Марковић, др Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998, 33.

⁹ Жан Жак Русо, Друштвени уговор - о пореклу и основама неједнакости међу људима, "Просвета", Београд, 1949, 33.

ради остварења својих циљева и контроле међусобних односа.¹⁰ Тако гледано може да се говори о различитим облицима владавине или испољавања моћи група у зависности од циља коме теже. Такву владавинску моћ поседују разне скупине, организације почев од школе, универзитета, разних корпорација и удружења па све до државе као оличења политичке владавине. Држава има највећу моћ, моћнија је од свих других институција и група унутар ње па је и њена владавина изнад свих тих других које су јој ограничене и потчињене. Та државна владавина се остварује као политичка владавина с обзиром да тежи реализацији политичких циљева који воде постизању успешне и добро организоване државе, вођењу њене политике (јавних послова). Просто речено, политичка владавина прожима само биће државе, она се идентификује са државом тако да се државе међусобно разликују и упоређују према типу владавине коме припадају. Државна или политичка владавина као испољавање најјаче политичке моћи се у крајњој линији подупире и остварује насиљем. Насиље јесте основа државне владавине и моћи мада држава не треба да се поистовети са насиљем, њему тежи и само се њиме служи. Насиље је крајње средство одбране, очувања ауторитета државе и њене успешне владавине. Та државна, политичка владавина треба да се ослања на спектар других могућности и средстава које држави стоје на располагању. Са њима она стиче углед рационалне и мудре творевине која влада мудро и путем закона и знања а само изузетно посеже за силом и насиљем. Још је Платон давно говорио да је исправна она владавина у којој су владари господари науке односно у којој је то владање изједначено са уметношћу, вештином помоћу које филозофи – владари досежу до суштине лепог правичног и доброг.¹¹ Историја и пракса државе се кретала од аутократске ка неаутократској или савременије речено демократској владавини. Прве, велике државе: царевине, деспотије и др. су биле аутократски уређене и настројене. Оне нису имале никакву дилему или могућност избора другачијег облика владања. Владавина појединца (или групе) је била нужна и логична у ситуацији и односу према већини (народу) која је била неупућена и недорасла владању, управљању државом и њеним пословима. Требало је да прођу векови да би се та већина (народ) уздигла, стекла политичку културу и вештину да влада-управља и одлучује о јавним пословима. Владавина једног (монарха) или мањине (аристократије) је дуго била у предности у односу на другачији облик владавине који протежира, обухвата ширу групу управљача. И данас када живимо у царству демократије и величамо је, свесни смо слабости и недостатака те већинске владавине, онда када народ влада као већина. Демократија је још од античких времена

¹⁰ Матић – Подунавац, Политички систем, Београд, 1997, 135.

¹¹ Карл К. Попер, Отворено друштво и његови непријатељи, том I, БИГЗ, Београд, 1993, 176-177, 218, 373.

била непопуларна јер је схватана као владавина сиромашних а сиромашни никада нису били у стању да добро владају, управљају државом. За разлику од Платона који је судбину државе, доброг владања ставио у руке способне, угледне и утицајне мањине филозофа, Аристотел је био опрезнији, умеренији и рационалнији. Он је тражио средину, нагињао мешовитом систему владавине у коме би се прожимале, дошле до изражаја добре стране једног и другог система који се комбинују. Тако је сматрао да је већински принцип опасан и неправедан као и мањинско (олигархијско) одлучивање, па је предлагао да се та два принципа комбинују. На тај начин, оно што одлучи већина између сиромашних и већина мањине богатих, по њему, најбоље одговара духу праведности и једнакости.¹²

Независно од личних склоности да ли је неко више наклоњен мањини или већини, чињеница је да је кроз историју владавина мањине оставила већи траг и постигла већи успех него владавина већине. А и сама природа власти, владања више нагиње мањини него већини, више је то однос између неједнаких. У том односу је мањина у предности наспрам већине; мањина је надређена и заповеда а већина је подређена и прунуђена да се повинује заповестима мањине. Чак и у демократији као владавини већине – питање је да ли ту стварно влада већина или је и ту опет владавина мањине али у име већине. Уствари у сваком систему владавине, по правилу, само они најутицајнији одлучују и управљају судбином целог народа. У томе су сличне и монархије и аристократије (олигархије) као и демократске републике. Искуство из вођења политике, јавних послова нас учи да што је једно политичко тело шире – у тој сразмери је и мањи број оних који њиме управљају. У свакој политичкој организацији од партије преко разних удружења до државе – масе контролише њихово вођство, јака мањина која искоришћава слабост и равнодушност већине. Већина људи је равнодушна и неспремна за јаве послове, политику, пре пристаје да буде послушна него да њу неко слуша. И тамо где већина успе да влада, такво владање и одлучивање заостаје за оним монократским зато што је већина некомпетентна, спорије одлучује од мањине, а и неодговорнија је. Код ње (већина) се губи одговорност, за разлику од појединаца или мањине, где се увек зна ко је одговоран. Мањина је увек вреднија и компетентнија од већине. Код већине преовлађује просечност и у њој нема надарених, талентованих појединаца за вршење јавних послова. У мањини увек се нађу они који су надарени, склони вештини владања, вођења политике. Зато су системи мањинске владавине успешнији, ефикаснији од система већинске владавине. У мањини се пре открију и истичу они који завређују пажњу, који

¹² Аристотел, Политика, Култура, Београд, 1970, 202.

су обдарени вештином управљања државним пословима него што се такви појединци могу открити и истаћи у већинској (демократској) владавини.

У систему већинске владавине се фаворизује мишљење већине до кога се долази збиром појединачних мишљења која имају једнаку вредност. Но, из искуства знамо да сва мишљења немају подједнаку вредност, да има тачних и нетачних мишљења, као и да већина само по свом броју не мора да буде у праву и исправније поступа од појединаца. Уствари догађа се нешто обрнуто. Не само да не треба потценити мишљење мањине него је оно много пута исправније од мишљења већине. Познато је да је у сукобу мишљења око великих и отворених питања цивилизације мањина заслуживала да се њено мишљење не само чује, толерише него и уважава. Треба констатовати да људске, моралне, стручне и друге способности и вредности нису равномерно распоређене на мањину и већину. Оно што је вредније, драгоценије није свима доступно не припада сваком него пре појединцима или чак међу њима одабранима. Зато је сигурније, поузданије се ослонити на такве способне појединце чак и уз повећан ризик њихове (ауторитативне) владавине. Не треба се препустити просечној, неуверљивој већини од које не могу да се очекују већи домети без обзира на мањи ризик или опасност од злоупотребе или деформације њихове владавине. Иако звучи ризикантно па и опасно можда је и боље препустити се ауторитативној владавини уколико се она покаже као ефикасан начин управљања, вођења државе него демократској (неауторитативној) владавини уколико иза ње не следе успешни резултати вођења државне политике.

II

Постојање бројних и разноврсних држава и политичких поредака намеће и потребу њиховог упоређивања и утврђивања основних врста или типологија државних облика и начина владања. Почев од античких времена па до данас смењивале су се историјске класификације држава према различитим мерилима. То богатство политичке праксе и живота омогућује нам да сагледамо свет и у богатству политичких разноликости. Како примећује проф. Јован Ђорђевић, тако избегавамо идеолошке и етноцентристичке поделе и тежимо јединству света, отклањамо наметнуте супротности међу државама оспоравајући сваком право да намеће свој „развијенији или виши“ облик државног уређења или владања.¹³ Ово упоређивање и класификовања држава и њихових облика омогућује изучавање сличности и разлика између појединих држава као и њихово сврставање (груписање) по сличним или заједничким карактеристикама у

¹³ Видети: Јован Ђорђевић, Упоредни политички системи, Београд, 1983.

једну групацију држава и система.¹⁴ Ово разврставање држава према облику или типу владавине врши се у складу са различитим мерилима при чему се за главни критеријум узима број управљача у једној држави али и неки други, попут тога како се влада и који су циљеви владавине.¹⁵ При томе, почев од оних раних, традиционалних па до ових савремених теорија о држави углавном се инсистирало на трихотомијама и дихотомијама, класификацијама држава које не прелазе два или три државна облика у једној историјској епохи.

Прве поделе и теорије о држави срећемо још у античкој епохи и за њих су заслужни великани ране античке мисли. Тако је Херодот поред заслуга за историју, стекавши епитет оца историје дао велики допринос и проучавању државе и њених облика уређења односно владања. Он је први систематизовао та рана античка проучавања државе и уочио три врсте државних облика: монархију, олигархију и демократију.¹⁶ После њега на пољу политичке мисли и изучавања античког политичког искуства и различитих облика држава се истиче Платон. И он је био привржен трихотомији подели држава на три њена облика или типа и то у зависности од тога ко влада, управља државом и према ком принципу се то врши. Ако управља умна мањина (која оличава врлину знања и способности) онда је то аристократска владавина, ако управљају храбри, ратници, онда је то тимархија (тимократија), а ако влада већина која нагиње слободи, онда је то демократска владавина.¹⁷ И Аристотел следи Платонову логику и тријалистичку поделу држава и њених облика али од ње донекле одступа, мења је тако што истиче да поред три добра постоје и три лоша облика владавине. Аристотел сматра се облици владавине разликују према томе ко и како влада. Он све државе дели на монархије, аристократије и демократије с тим да у монархији влада појединац, у аристократији то чини мањина утицајних људи поштујући правила и конвенције а у демократији то чини већина у складу са општим интересима.¹⁸ Као што је речено, Аристотел је уочио закон претварања добрих у лоше облике владавине па је сходно реалистичком приступу држави и политици нагињао мешовитом уређењу или мешовитом систему владавине. Он је сматрао да је најбољи облик

¹⁴ Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“, Бања Лука, 1991, 191.

¹⁵ Матић – Подунавац, Политички систем, Београд, 1997, 138.

¹⁶ Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988, 169.

¹⁷ Јован Комшић, „Политички систем“, Институт друштвених наука, Београд, 2000, 96.

¹⁸ Видети: Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988, 170.

државе онај у коме се комбинују начело мањинске и начело већинске владавине јер се тиме избегавају крајности, опасности мањинске (олигархијске) али и демократске (анархијске) владавине. Средњи век је означио доминацију хришћанства и хришћанских, теолошких теорија и доктрине која велича божанску владавину. Такво учење је поставио отац хришћанске филозофије Свети Августин а наставили су га и многи каснији хришћански теолози и мислиоци (Тома Аквински и др.). Они су заступали мистичан, теолошки поглед на живот и свет, истина са више или мање схоластике, попустљивих (или непопустљивих) теолошких и догматских ставова, тврдњи. Основу ових теолошких погледа на живот, природу, друштво и свет око нас чини учење да над свима нама стоји Бог. Он је изнад свих и свака власт долази од њега. То учење најбоље илиструју речи светог Павла „да нема власти да није од Бога, а власти што постоје од Бога су установљене.¹⁹ Бог као извор свега: живота, лепоте, добра и осталог је и оличење највише власти. Над нама постоји само божанска владавина и божанска држава којој се дивимо, приклањамо и повинујемо. У складу са оваквим ставом Свети Августин разликује световну државу (као оличење зла и греха) од божанске државе (као оличење љубави према Богу).²⁰ Световна држава је настала из презира према Богу и њена судбина је да мора пропасти (што се и догодило са Римом 410 год. услед најезде варвара) док је савршена и вечита само божанска држава утемељена на божијој љубави и вољи. Нешто умереније теолошке ставове много векова касније је заступао Тома Аквински. Иако и по њему власт извире из божије воље, државу – монархију ствара монарх, он је њен творац па је тако у посматрању државе следио Аристотела и применио један реалистичан – научно теолошки поглед. Тома Аквински прихвата исту шему државних облика и то су: република (владавина већине), монархија (владавина појединца, монарха) и аристократија (владавина мањине) док су лоши облици владавине – настали кварињем добрих: тиранија, олигархија и демократија.²¹

Модерне трихотомије напуштају средњовековну схоластику и догматику и у подели држава, облика владавине се ослањају на рационалност, уважавање природних и друштвених чинилаца и закона. Тако Монтескије судбину добре државе и владавине не везује ни за случајност ни за вољу појединца него за поштовање природних (клима, простор, географски положај, величина и др.) и друштвених (економија, обичаји, култура и остало) закона. И он разликује три облика владавине: републику,

¹⁹ Посланици светог апостола Павла Римљанима (302.111) Свето писмо, Нови завет, Свети

²⁰ Милован Марковић, Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998, 28.

²¹ Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“ Бања Лука, 1991, 196.

монархију и деспотизам. Републиканска владавина је у рукама народа као већине и њен принцип је крепост, монархијска владавина припада владару који је врши према принципу части а деспотска владавина је она коју врши појединац не ослањајући се на законе већ на своју вољу и код које је страх и покорност њен основни принцип.²²

Кругу модерних теоретичара државе припада и Макс Вебер који према начину вршења власти разликује три облика владавине: традиционална – почива на очувању традиционалних установа и друштвених норми и њу оличава шеф породичне, локалне односно државне заједнице; харизматска – њу врши личност са харизмом и то без ослоњања било на традиционална или рационална правила и рационална – почива на бирократском владању и управљању почев од предузећа до државе и која се заснива на хијерархијској структури и организацији и поштовању рационалних правила.²³

Трихотомија аустромарксисте Макса Адлера полази од класног принципа и мерила и у њој се истичу три облика државе: тероризам, диктатура и демократија. Терористичку владавину спроводи једна мањина (партија) над већином, диктатуру спроводи већина над мањином а у демократској владавини се губи разлика између већине и мањине, ту се остварује бескласна владавина.²⁴

Трихотомне класификације држава су кроз историју пратиле и оне дихотомне: (са два облика) традиционалне и модерне. Први и најбољи облик дихотомије је дао у Новом веку Николо Макијевели, страсни познавалац античке и модерне политичке мисли. Он анализира политичку прошлост али и савремена збивања своје епохе – пре свега у Италији, али и осталим земљама Европе (Шпанији, Турској и др.). Он разликује два облика владавине: монархију и републику. Узор републиканске владавине је нашао у својој Италији а уставне монархије у Француској и апсолутне монархије у турској царевини.

Модерне дихотомије значе корак назад у сагледавању модерних држава и њихових облика. Оне полазе од поделе света према идеолошкој и етнополитичкој припадности или шеми и то на два дела: слободни (западни) који је по дефиницији демократски и онај други, недемократски или тоталитарни. Ова дихотомија је одражавала атмосферу хладног рата (70-тих година XX века) и поделу света на слободни, демократски и неслободни (комунистички) на челу са СССР и осталим социјалистичким државама и где

²² Видети, Монтескије, О духу закона, Филип Вишњић, Београд, 1989.

²³ Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“, Бања Лука, 1991, 198.

²⁴ Ибид, 198.

је спровођена ауторитарна владавина.²⁵ Том кругу идеолошке мисли о држави припада и француски социолог Рејмон Арон. Он разликује демократске, плуралистичке државе и системе (у којима постоји дисперзија политичке моћи) и унитарне државе у којима је власт усредсређена у једној партији и која је врши ауторитарно.²⁶ Нешто блажи у оцени појединих држава и система је Ерлих Вајл. Он одступа од политичког приступа и принципа у подели државних облика и инсистира на правном (уставном) принципу као мерилу за поделу, разврставање облика владавине. Тако он дели државе на уставне и неуставне при чему би уставне биле успешне а неуставне неуспешан модел и пример владавине. У уставним државама влада и поштује се устав и постављена правила политичке игре док у неуставним државама нема устава нити се поштују правила политичке игре јер их нема, систем је затворен и лишен политичке борбе и усредсређен у носиоцу највише, централне власти.²⁷

III

Нашу политичку епоху обележава егзистенција и доминација два облика владавине: монархије и републике. Монархија је старија, историјски претходи републици што не значи да је аргументирано напреднија и превазиђени облик владавине. Гледано историјски било је и напредних и неуспешних монархија али исто тако и напредних и успешних. Зато и не чуди што су биле веома популарне још у античко доба. То важи и за републике. Нису све прогресивне и демократске него је било (а и сада их има) и таквих које су горе и од најгорих монархија (нпр. комунистичке). Монархије су се током свог постојања, развитка мењале и усавршавале више него републике. Оне су прошле више фаза своје трансформације и то посебно важи за оне феудалне, средњовековне. За разлику од њих, републике нису показале неки слободан простор за своје унапређивање. Или простор речено, док су се монархије мењале и усавршавале републике су остале исте, на оном нивоу развитка на коме су и настале, појавиле се. Монархије постоје дуго, одржавају се вековима и током дуге историје и праксе прошле су неколико етапа и фаза. То се посебно односи на феудалну епоху где монархије доминирају, доживљавају процват и појављују се као сталешке, апсолутне (неуставне) да би крајем XVIII века на позорницу политичког живота иступила уставна

²⁵ Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988, 176.

²⁶ Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“, Бања Лука, 1991, 202.

²⁷ Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988, 177.

(ограничена) и парламентарна монархија. Сталешке монархије су настале у периоду феудалне расцепканости, партикуларизма када су сталешке скупштине са властелом на челу имале практично сву власт, док је монархова власт била слаба и није се осећала у свим деловима државе. Такво стање се мења са апсолутном монархијом у којој монарх уједињује државу и централизује власт у својим рукама сузбијајући партикуларистичке тенденције феудалне властеле. Монарх постаје апсолутан, неограничен у својој власти. Он није везан никаквим законима нити подложен било каквим ограничењима, док су сви остали и племићи и обични грађани његови поданици.

Уставна или ограничена монархија се појавила као реакција на монархов апсолутизам. Она је ограничила монархову апсолутну власт и ставила је у оквире и границе устава. Оно што је својствено институцији монарха је да се на тај положај не долази избором. Монарх се не бира, он на тај положај долази наслеђем. Уставом се само одређује која породица влада и којим се редом наслеђује престо. Иначе за монархије је уобичајено да престо наслеђује најстарији мушки наследник мада је током монархистичке историје било и изузетака од тог правила. На основу тога што се престо наслеђује не треба да се закључи да он припада једној породици као породично имање које се преноси с оца на сина.²⁸ Баш захваљујући уставној и ограниченој монархији, монархова власт се схвата као јавна служба која не може да буде предмет приватно-правног наслеђивања.²⁹ Власт коју монарх врши је власт која му је додељена, припада му као државном органу а не као припаднику једне краљевске породице или династије. Зато треба да се прави разлика између власти која монарху припада као државном органу и оне власти коју има над својом династијом и коју врши у свом приватном, династичком интересу. Даље, монархија се одликује и тиме што монарх ставља у покрет све три власти.³⁰ Он поставља органе управне и судске власти а што се тиче законодавне власти он поставља чланове горњег дома (нпр. Дома лордова у Енглеској), с тим да је он и тај који сазива парламент, отвара, одгађа, закључује његов сазив и распушта га.³¹ У судској власти и пословима монарх има право помиловања, у управној да именује министре и друге чиновнике а у законодавној има право предлагања закона (истина ређе) и његовог потврђивања.

За монарха је карактеристично да не одговара ни политички ни кривично. Због својих политичких грешака монарх не може да буде уклоњен

²⁸ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1990, 352.

²⁹ Ибид, 352.

³⁰ Ибид, 352.

³¹ Ибид, 352.

са власти. Но, то не значи да не може са власти да буде уклоњен вануставним путем (што се догодило у Француској револуцији 1789. год.). Монарх је и кривично неодговоран што значи да не може да буде оптужен и гоњен за кривична дела која почини. Монархова политичка и кривична неодговорност је последица схватања да је монарх суверен, носилац највише власти и да као такав не може да одговара пред другим, нижим органима.³² Но, данашња слика о монархији и монарху се умногоме променила. За данашње монархије се обично каже да у њима монарх влада али да не управља већ да то чини влада као ефективни део извршне власти. Министри се бирају у парламенту, зависе од његове воље а не монархове, тако да су монархова овлашћења према влади више симболична.

За разлику од монарха, председник републике није наследан, већ је изборан. На тај положај не долази по уставу већ изборима било од стране парламента или народа. Зато и постоји разлика у положају председника републике у председничком систему власти и онога у парламентарном систему власти. У председничком систему, председника републике бира народ (бирачи) а у парламентарном систему га бира парламент или скупштина. Постоји и могућност да се на положај председника републике дође и насилним путем (превратом, пучем и сл.). Док у председничком систему председник републике има целокупну извршну власт, њен је шеф, у парламентарном систему није тако. У парламентарном систему председник републике има више репрезентативну власт, он је њен симболични носилац док стварну извршну власт има влада која произилази из парламента и њему одговара. У односу на монарха (и монархију) председник републике не ставља у покрет све три власти.³³ Законодавна власт не функционише под његовим упливом, не зависи од њега. Председник републике не сазива парламент, не отвара и не затвара његов сазив, нити има право да га распусти јер су то радње самог парламента који сам себе ставља у покрет.³⁴ Председник републике учествује у судској власти својим правом помиловања док у законодавним пословима учествује правом предлагања закона (ређе) и правом одбацивања закона (суспензивни вето). Истина то његово право одбацивања закона је слабије од монарховог права потврђивања закона (апсолутни вето). Зато председник републике није у стању да као монарх спречи да нешто не постане закон што му не одговара.

У односу на монарха, председник републике одговара и политички и кривично.³⁵ Политички, председник републике одговара за своју политику, политичке грешке које почини и то било пред бирачима или парламентом у

³² Ибид, 353.

³³ Ибид, 356.

³⁴ Ибид, 356-357.

³⁵ Ибид, 357.

зависности од тога ко га бира. Та његова политичка одговорност долази до изражаја приликом нових избора када може да не буде изабран на нови председнички мандат. Што се тиче кривичне одговорности председника републике она је потпуна и председник одговара за своје кривичне радње с тим да се она организује, реализује на различите начине.

У САД за ту кривичну одговорност председника Републике се тражи да га Представнички дом (путем импичмента) оптужи пред Сенатом (горњим домом). Овај двотрећинском већином присутних сенатора одлучује да ли је председник кривично одговоран или не³⁶ што има и политичке реперкусије, повлачи његов пад са председничког положаја. У другим земљама (као рецимо у Италији), председник Републике може бити оптужен за велеиздају и повреду устава и она се утврђује од стране Уставног суда, док у Француској, председник Републике одговара пред посебним телом – Високим судом правде изабраним од стране оба дома парламента³⁷ која га својом одлуком и оптужују, покрећу поступак његове одговорности.

Поред начина долажења на положај, монарх и председник републике се разликује и у погледу дужине трајања мандата. Монарх је временски неограничен у вршењу своје функције, врши је док је жив, док је функција председника републике временски ограничена на период за који је изабран (уз могућност поновног избора). Већина устава предвиђа да мандат председника републике траје четири године (нпр. у САД) али има и оних који предвиђају председнички мандат у трајању од пет година (као наш Устав од 2006. год.) мада неке државе (рецимо Француска, Италија и др.) предвиђају да председнички мандат траје седам година.

IV

Питање односа између монархије и републике све је мање историјско. Када се говори о избору између монархије и републике, ми смо се некритички од почетка сврстали на страну републике. Према монархији гајимо осећања као према једном давно превазиђеном и заосталом облику владавине који више не би требало да се понови. У монархији смо видели све оно што је лоше у владавини, а у републици замишљамо да је остварен идеал цивилизоване и демократске владавине. Не видимо да у монархији није све тако назадно и неподношљиво, како се тврдило, а да у републици није све тако идеално, како се замишљало.

Историја разних облика државе показује да не постоји идеалан тип државе и да ни један народ није предодређен само за један систем владавине.

³⁶ Видети члан I, Одељак 3, Устава САД од 1787. год.

³⁷ Видети члан 67 и 68 Устава Француске Пете Републике од 1958. год. „Збирка новијих устава“, св. II, Институт за упоредно право, Београд, 1963.

Између разних облика владавине не може да се направи таква подела и разлика по којој једни облици имају само добре, а други само лоше особине. Досадашње искуство са разним облицима владавине (пре свега монархијом и републиком) нас учи да добре и лоше особине владавине нису равномерно распоређене. Мање или више, добрих и лоших особина има у сваком облику владавине. Како примећује Слободан Јовановић, човечанство напредује захваљујући томе што се мењају и његови облици владавине, па је зато немогуће да се један од тих облика издвоји и прогласи за идеалан.³⁸ Не може унапред да се тврди да је демократска република напредна и да увек штити људска права и слободе, а да је, нпр. монархистичка држава назадна и деспотска. И републиканска држава може да буде деспотска и назаднија од монархистичке државе, уколико у име опште воље сузбија вољу и слободу својих грађана.³⁹ Зато не треба паушално да се тврди да је демократска република боља од монархије, или да је, обрнуто, монархија боља од републике. Много је ближе истини када се каже да ни један облик владавине није савршен и да зато треба више нагињати мешовитим системима. Тако Русо сматра да не може да се повуче дефинитивна и јасна граница између разних облика владавине, и да постоји тачка у коме се један облик владе стапа са другим, следећим.⁴⁰ Није једноставно да се по квалитету политичких установа за републику каже да је боља о монархије. Републику, по Монтескијеу, покреће политичка врлина, а монархију част, али и у републици има части, као и што у монархији има политичке врлине.⁴¹ Треба искористити предности разних облика владавине, као и што треба избећи њихове слабости. Уопште узев најбољи је онај облик владавине чије устројство најбоље одговара устројству народа коме је намењен.⁴² Џон Лок сматра да су људи по природи слободни и да, такви, слободно бирају свој облик владавине, онај који им највише одговара.⁴³ Живимо у времену у коме преовлађују републиканске владавине док су монархијске у мањем броју. Због тога се често чује да су монархије изумрле, а да оне које још постоје представљају симболичну институцију. Оне симболишу једно време на које је народ поносан због традиције и историје али више немају опипљиве функције, не мешају се превише у друштвени живот. Међутим, овакво

³⁸ Слободан Јовановић, Политичке и правне расправе, друга свеска, књижевница, Геца Кон, Београд, 1910, 232.

³⁹ Михаил Бакуњин, Држава и слобода, ИГП Дело ООУР Глобус, Загреб, 1979, 253.

⁴⁰ Жан Жак Русо, Друштвени уговор – О пореклу и основама неједнакости међу људима, „Просвета“, ИП „Рад“, Београд, 1949, 52.

⁴¹ Монтескије, О духу закона, књига I, „Филип Вишњић“ Београд, 1989, 3-4.

⁴² Ибид, 16.

⁴³ Џон Лок, Две расправе о влади, књига I, НИП „Младост“, Београд.

историјско гледање на монархију све мање нас задовољава. Између републике и монархије не може да се прави разлика као између млађег и старијег облика владавине.⁴⁴ По томе би испало да је млађи облик напреднији, а старији назаднији и да је као такав превазиђен. Уствари, како каже Слободан Јовановић и један и други су подједнако стари, јер се јављају у току целе политичке историје⁴⁵ која није потврдила да је наместо монархије дефинитивно победила република. Иако начело монархије не може да се измири са дефиницијом демократије не може да се порекне да осим демократских република постоје и демократске краљевине – у којима владар управља државом у интересу народа. И управо већина данашњих уставних и парламентарних монархија су спојиве са таквим демократским елементом. Дакле монархија не значи увек лични режим као што ни републиканска владавина не значи увек владавину народа. У одсуству владалачког деспотизма, у републиканској владавини се јавља скупштински деспотизам који је исто тако противан уставу.⁴⁶ Монарх је користан онда када је активан и према скупштини и према влади; он треба да буде самосталан према њима, и да има увек мишљење којим треба да је у стању да их придобије. У духу уставне монархије је да владар буде један од уставних фактора, да подједнако са скупштином учествује у доношењу и мењању устава.⁴⁷ Зато Слободан Јовановић критикује праксу по којој владар може само својим ветом да спречи уставну промену а не и да у њој учествује. За њега таква пракса значи да се владар доводи пред свршен чин, да се нечему приклони или да се уклони.⁴⁸ Монархија има ту предност што владар ретко допушта себи да прибегава крајњим решењима. Он мора да буде опрезан да у ономе што уради непромишљено не остане сам и не окрене против себе све остале.

Насупрот монархији у републиканској владавини народ се поводи за собом, за својим страстима и спреман је да иде до краја у својим намерама. Монархија је погоднија од републиканске владавине зато што се код ње увек сједињује приватни и јавни интерес у једној личности (монарху); све што монарх више остварује свој приватни интерес – све више остварује и јавни

⁴⁴ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, 359.

⁴⁵ Ибид, 359.

⁴⁶ Др Слободан Јовановић, Перић о владалачкој власти, Архив за правне и друштвене науке, орган Београдског правног факултета, издање наставника правног факултета, Београд, 1938, 1-2.

⁴⁷ Слободан Јовановић, Велика Народна скупштина – Студија о уставотворној власти, Штампарија „Светозар Николић“, Београд, 1900, 25.

⁴⁸ Ибид, 25.

(државни).⁴⁹ Код републиканске владавине носиоци власти немају никакав приватни интерес, па им зато (осим злоупотребе) није много стало да раде за добробит целог народа. Код монархије власт је истовремено и приватна и јавна, и монарх зато сам бира најмудрије и најспособније људе који ће да га саветују у вршењу државничких послова. У републикама „саветници“ могу да буду само изабрани представници на власти а то није гаранција да ће бити и најбољи. Монархове одлуке су постојаније од демократских (народних) одлука. Његова одлука зависи само од постојаности његове нарави, а народне одлуке од постојаности нарави и воље великог броја народних представника. Владавина монарха (мањине) има своје предности у односу на владавину већине (републиканску). Један човек или мањина је способнија да се брже од већине споразуме и изабере један правац политичког (државничког) деловања. Владавина једног или мањине је много прикладнија природи осетљивих и деликатних послова који захтевају тајност и обазривост у току разматрања и доношења одлука. Ти послови се, по правилу, обављају професионално, и важно је ко ће за њихово обављање да буде изабран. Монарх је ту у предности, јер за те послове бира људе према њиховим квалитетима и знању, док их народ бира према томе колико му ласкају и узбуђују га својом говорничком страшћу.⁵⁰ Оно што се уради демократски и јавно може да испадне штетно и наивно; оно што уради монарх или његова служба – може да буде од велике користи народу.

Монархија има већу шансу да опстане од републике, и зато је, по Монтескијеу и боља од ње. Република успева само ако је мала, има малу територију, али је незгода што тада постаје лак плен спољашњег непријатеља.⁵¹ Уколико је сувише велика ризикује да се распадне услед унутрашње несавршености, па произилази да је најподеснија монархија, јер је она углавном средње величине.⁵² Од монархије се највише зазире од страха да моћан владар не злоупотреби власт и заведе тиранију. Међутим, ни републиканска (демократска) владавина није без тог ризика. Она има много тешкоћа правне и техничке природе које компликују њену политичку организацију и отежавају њено функционисање.

Њен највећи проблем настаје због сукоба интереса који подривају јединство и друштвену хомогеност, и отварају пут ка тиранији већине.⁵³

⁴⁹ Томас Хобз, Левијатан или материја, облик и власт државе цркве и грађанске, књига I, Градина, Ниш, 1991, 193-194.

⁵⁰ Џејмс Брајс, Савремена демократија, књига трећа, Издавачка књижевница“ Геца Кон, Београд, 1933, 62.

⁵¹ Монтескије, О духу закона, књига I, Филип Вишњић, Београд, 1989, 139 и 149.

⁵² Ибид, 141 и 149.

⁵³ Др Ђорђе Тасић, Савремени политички системи и схватања о држави, Библиотека Коларчевог народног универзитета, Београд, 1936, 12.

Република не пружа већу гаранцију да у њој неће да се злоупотреби власт. Шта више, злоупотреба власти у републици је опаснија од злоупотребе власти у монархији. У монархији се очекује да монарх природно тежи да приграби што већу власт, па се у тој тежњи и ограничава. Међутим, у републици се не очекује да неко има неограничену моћ, па уколико је неко приграби онда је то много опасније него када се власт узурпира у монархији. У монархији се боље управља јер је мање управљача и они имају већи интерес да се тај посао добро обавља. Народна владавина је замишљена као средство одбране од тираније, али су у њој на политичку сцену ступили најгори људи. Тако испада да у демократској владавини најгори људи најбоље пролазе док се монархијска владавина појављује као природан облик у коме владају најбољи (монарх и мањина око њега). Монархија је у предности у односу на демократску републику нарочито код држава које су тек створене и имају потребу за јаком и усредсређеном влашћу.⁵⁴

Таква монархијска држава није неизбежно деспотска, нити је сметња за стварање слободног грађанског друштва. Чак је и могуће да тако јако и војнички организована монархија буде у сагласности са демократским особинама народа.⁵⁵

На монархију данас више не може да се гледа из угла омражене средњовековне монархије. Она није вечити покровитељ и савезник привилегованих сталежа нити је неизбежан противник народних интереса. Савремена монархија има све више услова да постане народна – да све више брине о интересу целе државе, а не о интересу једног човека, династије, појединих класа и слојева. Уставна (ограничена) и парламентарна монархија најбоље одговара потреби умереног и паметног владања у коме се избегавају замке политичких крајности и нетолеранције. Зато монархија није историјски превазиђен облик владавине, нити су њене слабости толико фаталне да се не дају исправити или поправити њеним очигледним предностима. Ако за монархију може уопште да се каже да је превазиђен облик владавине, онда то може да се каже само за апсолутну монархију. Таква оцена не важи за уставну монархију јер је у њој монарх одговоран и ограничен у својој власти. Дакле таква власт владара почива на уставу и уставом је ограничена, па је и такав облик монархистичке (уставне) владавине сасвим могућ и оправдан поред других уставом одређених облика владавине.

⁵⁴ Слободан Јовановић, Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, издавачка књижарница Геца Кон, Београд, 1924, 57.

⁵⁵ Ибид, 57.

Vladan MIHAJLOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

CONTROVERSY OF THE STATE AND ITS PRACTICE IN THE
REALIZATION OF THE BEST FORM AND PRINCIPLES OF THE
GOVERNMENT

Summary

Throughout the history of the state, various forms of state and rule have been shifting to this day. Some of these forms were successful and some were unsuccessful, and over time they were overcome and abandoned. The Ancient epoch has developed its own model of the state that has been a model for many future generations. Antique philosophers were mostly tending to the monarchy and aristocratic rule because they recognized the highest ideals and virtues on which successful rule and fair governance of the state is rested. Democracy was rarely and only in some instances an example of a successful state that was followed and accepted by antique philosophers. In the Ancient Worlds, a good and proper government was connected to a rich, capable and influential minority, but not for the poor and the incompetent majority (the people).

The modern era renewed the idea of democracy, gave it the size and importance that it does not have and does not deserve. Democracy has never reached the range that it was announced. It was promised more than it was done. Rule of democracy should represent the rule of all equals, but it never was. At this point, democracy has turned out to be a regime in which minorities rule on behalf of the majority.

Keywords: state and forms of government, types and classifications of state forms, traditional and modern typologies of the states of trichotomy and dichotomy, mixed systems of governance as a combination of the most elementary elements of one and the other system, the problematic of contemporary democratic rule and the return to ancient roots and patterns, a search for a more advanced post-democratic system of rule

ЛИТЕРАТУРА

Коста Чавошки, Увод у право I, основни појмови и државни облици, издавачка кућа "Драганић", Београд, 1996. год.

Коста Чавошки, Могућност слободе у демократији, истраживачко - издавачки центар, ССО Србије, Београд, 1981. год.

Јован Ђорђевић, Политички систем "Савремена администрација", Београд, 1988. год.

Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи "Нови глас" Бања Лука, 1991. год.

Видети: Монтескије, О духу закона, том 7., Филип Вишњић, Београд, 1989.

Др Милован Марковић, др Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998.

Жан Жак Русо, Друштвени уговор - о пореклу и основама неједнакости међу људима, "Просвета", Београд, 1949. год.

Матић – Подунавац, Политички систем, Београд, 1997. год.

Карл К. Попер, Отворено друштво и његови непријатељи, том I, БИГЗ, Београд, 1993. год.

Аристотел, Политика, Култура, Београд, 1970. год.

Јован Ђорђевић, Упоредни политички системи, Београд, 1983. год.

Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови глас“, Бања Лука, 1991. год.

Јован Комшић, „Политички систем“, Институт друштвених наука, Београд, 2000. год.

Посланици светог апостола Павла Римљанима (302.111) Свето писмо, Нови завет, Свети

Милован Марковић, Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998. год.

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1990. год.

члан 67 и 68 Устава Француске Пете Републике од 1958. год. „Збирка новијих устава“, св. II, Институт за упоредно право, Београд, 1963. год.

Слободан Јовановић, Политичке и правне расправе, друга свеска, књижарница, Геца Кон, Београд, 1910. год.

Михаил Бакуњин, Држава и слобода, ИГП Дело ООУР Глобус, Загреб, 1979. год.

Џон Лок, Две расправе о влади, књига I, НИП „Младост“, Београд

Др Слободан Јовановић, Перић о владалачкој власти, Архив за правне и друштвене науке, орган Београдског правног факултета, издање наставника правног факултета, Београд, 1938. год.

Слободан Јовановић, Велика Народна скупштина – Студија о уставотворној власти, Штампарија „Светозар Николић“, Београд, 1900. год.

Томас Хобз, Левијатан или материја, облик и власт државе цркве и грађанске, књига I, Градина, Ниш, 1991. год.

Џемс Брајс, Савремена демократија, књига трећа, Издавачка књижарница“ Геца Кон, Београд, 1933. год.

Др Ђорђе Тасић, Савремени политички системи и схватања о држави, Библиотека Коларчевог народног универзитета, Београд, 1936. год.

Слободан Јовановић, Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца, издавачка књижарница Геца Кон, Београд, 1924. год.

ИЗБОРНИ СИСТЕМ И БИРАЧКО ПРАВО

Апстракт: Бирачко право и изборни систем кроз који се остварује фундаментално начело суверенитета грађана представља основу легитимности највиших представничких али и у неким државама и извршних државних органа (предсједничким системима) преко којих грађани као носиоци суверенитета остварују функције државне власти, али и регионалне и локалне „власти“. Значај изборног права и бирачког права грађана на којем се темљи политички режим је и лакмус за оцјењивање не-демократског политичког режима сваке земље. У том контексту овај рад се бави питањима бирачког права и изборног система и његовим дилемама па чак и могућим обамнама бирача у црногорском правном систему.

Овај текст нуди одоговоре на питање да ли је изборно право -право бирача носилаца суверенитета да бирају посланике и одборнике или је оно изборна обамана бирача када гласају листе политичких партија.

Кључне ријечи: изборни систем, бирачко право, избори, изборни закони.

I. ТЕОРИЈСКИ АСПЕКТ ИЗБОРНОГ - БИРАЧКОГ ПРАВА

1. ПРАВНА ПРИРОДА БИРАЧКОГ ПРАВА

Један од веома значајних катализатора у демократском развоју сваког друштва, је свакако и право грађана да бирачкоју своје представнике и буду бирачкони у органима власти. Управо од могућности грађана да непосредно учествују и бирају своје представнике у органима власти оцјењује се и степен демократичности једног друштва, односно политичког режима државе.

Само бирачко право као лично политичко право грађана може имати свој ужи и шири смисао. Бирачко право, у ужем смислу, је право грађанина да бира и буде биран у представничка тијела, да предлаже кандидате за представничка тијела, као и да врши њихов избор и опозив. Бирачко право у ширем смислу обухвата и право грађанина да гласа на референдуму или да

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

учествује у другим облицима непосредног одлучивања, као и да одлучује на зборовима грађана. Због тога се бирачко право често назива и изборно право или право гласа.

Наравно, бирачко право је имало и своју теоријску и емпиријску еволуцију. Посматрано са теоријског аспекта, још у периоду француске револуције су се развила два теоријска схватања о бирачком праву као личном - субјективном праву грађанина или као јавна функција.

Према теорији народне суверености, бирачко право је лично природно право које припада сваком грађанину собзиром да је он носилац дијела народне суверености. То право појединца које предходи закону, па га законодавац само признаје тј. потврђује. То право појединцу закон не може ограничити нити одузети, јер му га закон није ни дао. Отуда се сматрало да је бирачко право оргинерно право и да оно јесте и мора бити прокламовано као опште право.¹ " Без бирачког права, појединац је роб власти, а не слободан грађанин " истицао је Слободан Јовановић.²

Према теорији националне суверености бирачко право је схваћено као јавна функција успостављена уставом ради изражавања националне воље. У основи ове теорије је нација носилац суверености (врховне власти). Будући да је нација, за разлику од народа недељив ентитет, различит од актуелних појединаца, то појединци по себи немају право учествовати у избору представника нације. У том смислу бирачко право је одраз права нације на представљање, собзиром да се воља нације може изразити само посредством представника нације. Вршећи избор представника нације грађани врше јавну функцију, а не своје лично право. Отуда нација може ово право дати само онима за које сматра да су достојни и способни да врше ову јавну функцију.³ Према овој теорији бирачи су државни органи, и у том контексту не треба говорити о бирачком праву, већ о бирачкој дужности. Бирачко право је такође једна јавна служба, једна " надлежност ", као и суђење, административање, решавање о законима.⁴

Према трећој - мјешовитој теорији бирачко право је истовремени и лично право и јавна функција. Бирачи имају лично право да учествују у изборима за своје представнике, а чином учешћа они постају функцинери тј. државни органи.⁵

¹ Ратко Марковић " Уставно право и политичке институције" Службени Гласник, Београд 1995 стр.271; Павле Николић " Уставно право " II измјењено издање НИУ " Службени лист СРЈ ", Београд 1993, 215.

² Слободан Јовановић, " О Држави ", Сабрана дијел Том VIII, 288.

³ Ибидем

⁴ Слободан Јовановић, оп. цит, 287.

⁵ Ратко Мраковић, оп. цит, 272.

А.Есмеин је истицао да бирачко право није ништа друго него право на учешће у формирању политичке воље, а његови уживаоци су политички бирачи. У том смислу вршење бирачког права је остваривање националног суверенитета јер нацију сачињавају појединци, а резултат њихових гласова сматра се изразом националне воље.⁶ Л.Диги сматра да бирачи и изабрани не располажу никаквим субјективним правом у својој тој функцији, већ имају дужност да изврше своју обавезу која проистиче из подјеле рада и солидарности друштва. У том смислу овај аутор сматра да је бирач дужан да именује посланике, а посланик изврши функцију која припада представничком органу чиј је члан.⁷

Повезано са проблемом бирачког права као личног права или јавне функције јавио се проблем обавезности или факултативности бирачког права. Наиме ако се бирачко право схата као лично право грађанина, онда је логично да право гласа буде факултативно, и да од самог грађанина зависи да ли ће то своје право да користи. Међутим, ако се бирачко право схвата као јавна функција, онда из такве његове природе произилази и обавезност гласања, чије је неизвршење најчешће праћено разним врстама санкција као што су: укор, новчана казна, брисање са бирачког списка итд. Компаративни системи показују да је много мање држава које су бирачко право третирали као дужност гласања, мада је оно било задржано у Аустралији, Венецуели, појединим провинцијама Аустрије, појединим кантонима Швајцарске, у Уставу Грчке из 1968 године, Уставу Португалије из 1976 године, Уставу Италије из 1948 итд.⁸

2. ОПШТЕ И ОГРАНИЧЕНО БИРАЧКО ПРАВО

Једно од основних питања у изборном систему, и најбитнији елемент бирачког права је и питање ко може (треба) да располаже са бирачким правом, односно правом гласања. Правно - политичка теорија и пракса дала су два одговора на ово питање позната као два принципа изборног права: опште и ограничено бирачко право.

Опште бирачко право не значи да су сви грађани носиоци овог права. Законодавства готово свих земаља успостављају одређене услове за стицање овог права. То су најчешће услови који су везани за држављанство, одговарајућу старосну доб (18 година, најчешће 21 година а некада и 25 година), и здравствено стање, при чему нико не може бити лишен овог права због личних особина као што су поријекло, пол, вјера, имовинско стање

⁶ Према: Др. Веселим Павићевић изборни систем и избори у Црној Гори 1990-1996 године, ЦИД, Подгорица 1996, 32.

⁷ Ибидем

⁸ Ибидем

степен образованости итд. При томе сматра се да опште право гласа могу имати само достојни људи, тј. они који нијесу осуђени на казну која их привремено или трајно лишава овог права.

За разлику од општег бирачког права, ограничено бирачко право карактерише прописивање одређених цензуса за његово остваривање. Ограничено бирачко право је било доминантно у периодима свог настанка и почетног еволутивног развоја. Посматрано са таквог - историјско правног аспекта бирачко право је имало своју еволуцију која се кретала од ограниченог према општем бирачком праву. Наиме, у фазама свог настанка бирачко право је најчешће било лимитирано одређеним цензусима као што су: имовински, полни, образовни, цензус настањености итд. Најважнији међу њима је свакако био имовински цензус.

Постојање имовинског цензуса значило је признавање бирачког права само богатом слоју друштва, тј. оним грађанима који су плаћали одређени износ пореза, док сиромашни слој друштва није имао права гласа, а самим тим ни могућности да бира представничка тијела. Имовински цензус за признавање бирачког права је у Франуској укинут после буржоаске револуције 1848 године, док се у Енглеској постепено смањивао реформама из 1832 и 1867, да би 1884 године био укинут. Слично се дешавало и у осталим државама.⁹

Други значајан цензус остваривања бирачког права је био образовни цензус, којим се бирачко право условљавало добијањем одређених титула, звања, диплома или само писмености.¹⁰

Трећи цензус остваривања бирачког права је пол. Наиме, лишавање жена бирачког права је била веома честа појава. Први пут женама је признато бирачко право у Шведској 1867 И то само за општинске изборе, а исте године и у САД у држави Вајоминг. Међу последњим земљама које су женама признале ово право су биле Швајцарска (на нивоу федерације) И Андора 1871, Сан Марино 1974 И Лихтенштајн 1984 године.¹¹

Боравишни цензус је такође био присутан. Овај цензус је условљавао право гласања дужином боравка грђанина у одређеној земљи или на

⁹ Тако нпр. Уставна повеља у Француској из 1814 године је предвиђала изборни цензус у висини од 300 франака, а Закон о изборима Дома посланика од 1831 цензус у висини од 200 франака.

¹⁰ Тако нпр. поменути Закон О изборима дома посланика од 1831 године је поред имовинског цензуса прописивао да право гласа, иако имају мањи порез, имају чланови Института и пензионисани официри армије са пензијом већом од 1.200 франака. У федералним јединицама САД право гласа је условљено способношћу грђанина да чита И пише (Устав Државе Њујорк од 1938). Устав Грчке од 1868 је тражио за избор посланика посједовање дипломе бар о завршеној средњој, општој или стручној школи.

¹¹ Ближе виђети Јован Стефановић, Уставно право ФНРЈ И компаративно, књига I, 428.

одређеној територији. У том погледу карактеристичан је Устав Исланда од 1944 године који предвиђа као услов гласања боравак на Исланду од најмање пет година. Устав Њу Џерсија од 1947 године утврђује да бирачко може бити грађанин који је био становник те државе једну годину, а округа у коме има право гласа најмање шест мјесеци. пре избора. Устав Белгије од 1831 предвиђа нужност домицила од најмање шест мјесеци у истој општини.¹²

Један од ређе примјењиваних цензуса је и расни цензус, који је онемогућавао право гласа грађанима одређене, најчешће црначке, расе при чему је био најизраженији у Јужноафричкој републици.¹³

3. АКТИВНО И ПАСИВНО БИРАЧКО ПРАВО

Када се говори о бирачком праву неопходно је разликовање активног и пасивног бирачког права. Под активним бирачким правом подразумјева се право грађанина да бира представнике у представничким тијелима. Под пасивним бирачким правом подразумјева се право грађанина да буде биран у представничка тијела.

Када се компаративно посматра активно и пасивно бирачко право, може се примјетити да је, нарочито у историјском смислу, постојала видљива разлика у погледу услова за стицање ових права, која је и данас присутна. Те разлике се најчешће огледају у погледу година старости, боравишта, имовине, али и образовања итд. При томе, ове разлике су се доминантно кретале у корист активног, а на штету пасивног бирачког права, собзиром да су за пасивно бирачко право најчешће прописивани строжији услови. Тако нпр. за избор у Представнички дом Конгреса САД тражи се да кандидат има најмање 25 година живота и да је 7 година грађанин САД-а, а за избор у Сенат да има најмање 30 година и да је 9 година грађанин САД-а.¹⁴ Поред старосног и боравишног цензуса за стицање пасивног бирачког права тражени су и други услови. Тако нпр. Устав Републике Француске од 1795 године предвиђао је да у Савјет стараца може бити бирач - грађанин са најмање 40 година ако је ожењен или удовац, као и да има домицил у Француској најмање 15 година, док је Уставна Повеља из 1814 као услов за избор у дом депутата департмана предвиђала 40 година живота и плаћање пореза од 1000 франака.¹⁵

За разлику од пасивног, услови за активно бирачко право су много либералнији. најчешће се, у погледу година старости, за активно бирачко

¹² Др. Павле Николић, оп.цит. 218.

¹³ Ибидем

¹⁴ Устав САД од 1787 чл. I одељак 2 став 2., одељак 3 став 3

¹⁵ Др. Павле Николић, оп.цит 219.

право тражи минимум старосне доби од 18 до 21 године. Тако нпр. доња граница од 18 година као услов за активно бирачко право је била најраспрострањенија у европи (Белгија, Данска, Финска, Француска, Њемачка, Ирска, Италија, Норвешка, Шведска, Велика Британија, Холандија, Луксембург итд), ређе од 19-20 година (Аустрија, Грчка, Јапан, Нови Зеланд, Швајцарска) а доња граница од 21 године прописана је у Шпанији и Индији.¹⁶

4. ЈЕДНАКО И НЕЈЕДНАКО БИРАЧКО ПРАВО

Уско везано са општим и ограниченим бирачким правом је и једнако и неједнако бирачко право.

Под једнаким бирачким правом подразумева се тзв.правило један бирач - један глас, односно да сви бирачи располажу истим бројем гласова.

По неједнаким бирачким правом подразумева се тзв.правило један бирач - више гласова, односно да бирачи располажу са различитим, већим или мањим, бројем гласова. При томе неки бирачи имају само један глас, док други бирачи имају два или више гласова.

Једнако право гласа је карактеристика савремених демократија, и одговара демократском захтјеву да сваки грађанин подједнако учествује у избору својих представника.

Неједнако право гласа је карактеристика буржоаских система, која је најчешће правдана различитим разлозима, као што је већа способност итд, али прави разлози су очигледно лежали у тежњи да се појача бирачка снага припадника владајућих слојева на изборима. У историји бирачког права постојали су различити облици неједнаког бирачког права као што су плурални вотум и многоструки (умножени) вотум.

Плурални вотум карактерисао се чињеницом да су су поједине категорије бирача формиране по основу имућности или степена образовања имале два или више гласова, за разлику од осталих бирача који су имали само по један глас. Овај систем примјењивао се у Белгији од 1893 до 1919 године.¹⁷

Моногоструки (умножени) вотум карактерисало је формално постојање једног гласа за сваког бирачка, али су поједине категорије бирача могле гласати у више изборних јединица. Овај систем је омогућавао сваком грађанину који је имао бирачко право да гласа у свим изборним јединицама у којима је посједовао законом прописано добро, и примјењивао се у Великој Британији до 1948 године.¹⁸

¹⁶ Упореди: Др.Веселин Павићевић, оп.цит. 34.

¹⁷ Упореди: Ратко Марковић, оп.цит. 274 и Др. Веселин Павићевић, оп.цит. 36.

¹⁸ Ибидем

Као трећи облик неједнаког бирачког права помиње се и породични вотум, по коме домаћин породице има број гласова сразмјеран величини породице као и систем дуплог вота који је био познат у Француској.¹⁹

Поред ове евидентне неједнакости бирачког права, постоји и тзв. прикривена или фактичка неједнакост, до које се долази посредно, упркос околности што формално правно посматрано сви бирачи имају једнако бирачко право. Посебан облик неједнаког бирачког права је представљао тзв. изборно - класни или " куријални " систем, који је иначе ријетко примјењиван у пракси. Карактеристика овог система је припадност бирача одређеној класној групи (тзв.курији), и то собзиром на свој социјални положај, при чему број бирача није био важан. Такво бирачко право је у пракси омогућавало да један припадник крупне буржоазије, велепоседник и сл. има вишеструко јачи глас од бирача из радничке класе, сиромашних сељака и њима сличних.²⁰ Поред овог система прикривеног, односно фактички неједнаког бирачког права, у пракси су познати и други системи, као што је систем изборне геометрије тзв. церимандеринг у САД-у тј. систем прекрајања изборних јединица по политичким мјерилима, како би се обезбедио несразмјеран утицај на изборне резултате.²¹

5. БИРАЧКО ТИЈЕЛО И ЕВИДЕНЦИЈА БИРАЧА

Бирачко тијело, у смислу теорије о народној суверености, је носилац суверене власти. Собзиром да бирачко тијело не може непосредно вршити власт, оно бира своје представнике који образују представничко тијело - парламент, скупштину, конгрес итд, које умјесто и у име бирачког тијела у одређеном временском периоду (мандату) врши државну власт.

Бирачко тијело чине грађани који имају бирачко право тј. уставом гарантовано право да бирају своје представнике и да буду бирани као представници. Са бирачком способношћу иде и представничка-посланичка способност тј. способност да представља бираче. Све ове особине чине садржину бирачког права, чиј је носилац под условима утврђеним законом, држављанин односно земље.

За регуларно спровођење избора, свакако да је један од најзначајнијих услова и потпуна и тачна евиденција бирачког тијела. То значи да је услов за спровођење избора доказивање бирачког права. Бирачко право се доказује уписом у бирачки списак., који је средство регистрације и евиденције бирача.

Сви носиоци бирачког права се уписују у бирачки списак. У бирачки списак се уписују грађани који су стекли законом прописане услове за

¹⁹ Ибидем

²⁰ Ближе виђети: Др. Павле Николић, оп. цит 220.

²¹ Ближе виђети: Ратко Марковић, оп. цит. 275.

бирачко право. Бирачко право могу обављати само грађани који су уписани у бирачки списак. Бирачки спискови као евиденције грађана са бирачким правом најчешће садрже : редни број, име и презиме бирача, пол, годину рођења , адресу становања и мјесто пребивалишта. Бирачки спискови су стални и јединствени .Они су стални зато што се не воде само за изборе, већ независно од избора у њега се уписују сви грађани који стекну бирачко право. Они су и јединствени јер важе за све изборе од представничких тијела јединица локалне самоуправе до представничких тијела федерације, али и за друге облике одлучивања грађана , као нпр. референдум.

Уписи и промјене у бирачки списак се врше се по службеној дужности на основу података из службених евиденција органа и по захтјеву странака на основу других јавних исправа и других вјеродостојних доказа, али и на основу непосредног провјеравања службених лица. Надлежни органи који воде службене евиденције о грађанским - статусним стањима , дужни су органима надлежним за вођење бирачких спискова достављати све податке који се односе на бирачко право.

Уписи и промјене које се састоје у измјени, допуни , исправци одређених података, као и брисање из бирачког списка по основу промјене мјеста пребивалишта, смрт или губитка пословне способности , врше се у току цијеле године , а могу се вртшати до закључења бирачког списка, а након закључења бирачког списка, до дана одређеног законом ,само по одлукама судских органа.

Бирачки списак има снагу јавне исправе. То значи да бирачки списак има снагу доказног средства да уписано лице има бирачко право и да се та чињеница не може испитивати на бирачком мјесту у тренутку избора. То такође значи да је бирачки списак доступан јавности на увид и да се могу, до законом одређеног рока, захтјевати његове измјене и допуне.

6. ЗАШТИТА БИРАЧКОГ ПРАВА

Свако право, па и бирачко право, има инструменте своје заштите. Ово право у свим државама са писним уставом има ранг уставног права и као такво ужива највећу правну - уставно правну заштиту. Циљ ове заштите је слободно опредељивање бирача и њихова заштита од сваког утицаја са стране , који би онемогућавао изражавање стварне воље бирача.

Облици заштите бирачког права могу бити различити у зависности од критеријума које узимамао као релевантне.

Према карактеру заштите, можемо разликовати политичку и правну заштиту бирачког права, према моменту заштите можемо разликовати заштиту бирачког права у току трајања изборног поступка и након окончања изборног поступка. У зависности од органа који пружају заштиту можемо разликовати заштиту коју пружају изборни органи (управни органи) и

заштиту коју пружају остали државни органи, најчешће судски органи. Уз судску заштиту, бирачко право најчешће ужива и највећи степен заштите - уставно судску заштиту, али оно ужива и парламентарну заштиту у облику институције верификације посланичког мандата.

II. МЕЂУНАРОДНО ПРАВНИ АСПЕКТ БИРАЧКОГ ПРАВА

Бирачко право је већ одавно престало да буде предмет уређивања искључиво унутрашњим правом, и све више добијало карактер универзалног - међународног права. Стога се бирачким правом, као универзалним правом грађана, баве и највиши органи међународне заједнице, који су ово право инкорпорирали и у највише међународно правне акте.

Још 1948 године Генерална скупштина Уједињених нација је у својој Универзалној Декларацији о правима човјека прописала да свако има право да учествује у управљању јавним пословима своје земље, непосредно или преко слободно изабраних представника (члан 21 став 1), да је воља народа основа државне власти која треба да се изражава на повременим и слободним изборима, који ће се спроводити општим и једнаким правом гласа, тајним гласањем или одговарајућим поступком којим се обезбеђује слобода гласања (члан 21 став 3).²²

Међународним Пактом о грађанским и политичким правима прописано је да сваки грађанин без икакве дискриминације: расне, полне, језика, вероисповести, политичког или сваког другог убеђења, националног или друштвеног поријекла, имовине, рођења или других околности, и без беразумних ограничења има право и могућност да учествује у вођењу јавних послова, било непосредно било преко слободно изабраних представника, да гласа и буде биран на повременим и исправно одржаним изборима, уз једнако и опште бирачко право, спроведеним тајним гласањем којим се обезбеђује слободно изражавање воље бирача (члан 25 став 1 а, б).²³

Детаљнија заштита " бирачког права " од разних облика дискриминације посебно је уређена појединим декларацијама и конвенцијама.

Тако на примјер, Декларацијом Уједињених Нација о укидању свих облика расне дискриминације је такође прописано да се никаква дискриминација због расе, боје коже или етничког поријекла неће допуштати у уживању политичких и грађанских права у односу на ма коју личност у сопственој земљи, а нарочито у право учествовања у изборима кроз опште и

²² Члан 21 Универзалне Декларације о правима човјека.

²³ Члан 25 ст.1 тач. а,б Пакта о грађанским и политичким правима.

једнако право гласа и узимања учешћа у управљању.²⁴ Обавеза државе да елиминира расну дискриминацију у свим њеним облицима и гарантовања политичких права, нарочито права учешћа на изборима, права гласа и кандидатуре према систему општег и једнаког права гласа, права учествовања у влади као и управљању јавним пословима, на свим нивоима, и права приступа, под једнаком условима јавним функцијама, такође је утврђена и Међународном Конвенцијом о укидању свих облика расне дискриминације.²⁵

Конвенцијом о елиминисању свих облика дискриминације жена, такође је прописано да су државе дужне предузети све мјере за отклањање дискриминације жена у политичком и јавном животу земље, а посебно су дужне да обезбједе, под једнаком условима као и мушкарцима право жене да гласају на свим изборима и јавним референдумима и да буду бирач у сва тијела која се бирају путем јавних избора (Члан 7 ст.1 тачка а).

Сличне одредбе о праву грађанина да слободно учествује у управљању непосредно или преко слободно изабраних представника садрже и регионални међународни акти о заштити права човјека, као што су Афричка Повеља о правима човјека и народа²⁶. И Америчка Конвенција о људским правима утврђује право и могућност сваком грађанину да учествује у вођењу јавних послова непосредно или преко слободно изабраних представника, да гласа и буде бирач на истинским периодичним изборима који се обављају путем општег и јавног права гласа и тајним гласањем чиме се гарантује слободно изражавање воље гласача. При томе вршење ових права и могућности, законом се може регулисати искључиво на основу година старости, држављанства, мјеста становања, језика, образовања, грађанске и умне способности и увјерења које издаје надлежни судија у кривичном поступку.²⁷

Посебну афирмацију на међународном плану " бирачко право " добија у последњој деценији XX вијека кроз низ међународних докумената којима се државе чланице обавезују на обезбјеђивање слободних повремених избора, тајним гласањем којима ће се обезбједити слободно изражавање воље грађана.²⁸

²⁴ Члан 6 Декларације Уједињених Нација о укидању свих облика расне дискриминације.

²⁵ Члан 5 ст.1 тачка ц Међународне Конвенције о укидању свих облика расне дискриминације.

²⁶ Члан 13 ст.1 Афричке повеље о правима човјека и народа.

²⁷ Члан 23 ст.1 тачка а, б, и став 2 Америчке конвенције о људским правима.

²⁸ Завршни документ са састанка Конференције о људској димензији КЕБС-а у Копенхагену, јун 1990 године, Париска Повеља за нову Европу, новембар 1990 итд, Европска Повеља о локалној самоуправи Савјета Европе члан 1.

Проткол 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права и основних слобода²⁹ јасно прописује да Високе стране уговорнице се обавезују да у примереним временским размацима одржавају слободне изборе с тајним гласањем, под условима који обезбеђују слободно изражавање мишљења народа при избору законодавних тела (члан 3)

У односу на локалну самоуправу Европска Повеља о локалној самоуправи уређује да локална самоуправа подразумијева право и оспособљеност локалних власти да, у границама закона, регулишу и руководе знатним дијелом јавних послова, на основу властите одговорности и у интересу локалног становништва. Ово право локалне власти ће вршити путем савјета и скупштине, састављених од чланова изабраних на слободних изборима, тајним гласањем, на бази непосредног, општег, за све једнаког бирачког права, а који (савјети односно скупштине) могу да имају извршне органе који су им одговорни. Ово право неће ни у коме смислу дерогирати зборове грађана, референдуме или било који други облик непосредног учешћа грађана у одлучивању (члан 3 став 1, 2).

Такође Поглављу 7.5 Копенхашког документа ОЕСЦ из 1990. године се наводи да ће државе судионице "поштовати право да грађани да могу тражити политичке или јавне дужности, појединачно или као представници политичких странака или организација, без дискриминације.

Коначни извјештај ограничене ОЕБС/ОДИХР мисије за посматрање избора од 14. Октобар 2012. године у Црној Гори даје кроз приоритетне и остале препоруке (законски оквир изборног система) јасне смјернице за унапређење изборног процеса у ЦГ . У оквиру приоритетних препорука посебно се инсистира да : 1.Треба предузети мјере да се повећа повјерење јавности у интегритет изборног процеса. Такве мјере могле би да укључују, али се не ограничавају само на, темељну истрагу свих навода о изборним нерегуларностима, јавну кампању против куповине гласова и изборних превара.2.Како би се унаприједило повјерење јавности у квалитет бирачких спискова, власти треба да уклоне имена преминулих са бирачког списка, а могли би уложити више напора да информишу јавност о предузетим мјерама на елиминацији дуплих уписа. Уз очување безбједности личних података, МУП би могао бити више отворен за јавни увид у процес ажурирања бирачких спискова.3.У складу са претходним препорукама које је дао ОЕБС/ОДИХР, треба измијенити и допунити законски оквир како би се укинуо услов 24-мјесечног пребивалишта. Док се не усвоји таква измјена, треба осигурати досљедну примјену важеће одредбе. 4.Државна изборна комисија треба активније да врши своја овлашћења надзора над правилним

²⁹ „Сл.лист СЦГ – Међународни уговори „ бр.9/03 и 5/05.

спровођењем изборног закона. Како би то могла да ради, државна изборна комисија (ДИК) мора имати одређено довољно финансијских и људских ресурса.⁵ Како би се осигурала досљедна примјена изборног закона, укључујући и права опуномоћених представника, ДИК би могла да осмисли јединствени програм обуке за све чланове бирачких одбора прије наредних избора.⁶ Како би се олакшао приступ гласача правним лијековима, могли би се припремити обрасци за приговоре који би били доступни на бирачким мјестима и у комисијама вишег нивоа на дан избора. У оквиру осталих препорука исте се баве изборним системом³⁰ спровођењем избора³¹ утврђивањем изборних листа³² кампање и финансирања³³ медијима³⁴ и приговорима³⁵

³⁰ 1. У изборном законодавству треба разрадити јасне процедуре за дођелу мандата мањинским листама. 2. Како би се осигурала већа заступљеност жена у парламенту, треба размотрити могућност допуњавања садашњег система квота захтјевом да жене буду котиране на вишим позицијама на изборним листама. Могао би се размотрити и систем наизмјеничног навођења једног мушкарца и једне жене као кандидата на изборним листама. 3. Изборни закон треба измијенити и допунити тако да омогући независне кандидате.

³¹ 1. Како би се заштитила тајност гласања, треба размотрити увођење посебних процедура гласања за мања и удаљена бирачка мјеста, посебно она са мање од 50 бирача. Могло би се размотрити и да се гласови са мањих бирачких мјеста пребројавају на општинском нивоу или да се тим гласачима изађе у сусрет да гласају путем писма. 2. Како би се додатно олакшао приступ гласању, процедуре за гласање путем писма би се могле ревидирати и поједноставити.

³² 1. Могле би се успоставити процедуре детаљније верификације потписа како би се омогућио темељнији преглед листа са потписима које достављају учесници на изборима да би се провјерила аутентичност потписа гласача и осигурало да исти гласачи нису дали свој потпис подршке више од једној листи.

³³ 1. Како би се осигурало отворено окружење за спровођење кампање и заштитили грађани од притисака и застрашивања, органи за спровођење закона треба по службеној дужности да истражују сва кршења изборног законског оквира. 2. Могло би се размотрити јасније дефинисање услова привременог и трајног запошљавања у јавном сектору, како то стоји у члану 21 Закона о финансирању политичких партија. Треба поштовати забрану запошљавања на привремене позиције и за консултантска мјеста у јавном сектору која ступа на снагу кад се распишу избори. 3. Како би се повећала транспарентност финансирања предизборних кампања, треба усвојити подзаконска акта која регулишу ревизију финансијских извјештаја које достављају политичке партије, који тренутно чекају на сувајање. Треба размотрити и могућност да се захтијева да временски период од расписивања избора до регистрације учесника на изборима такође буде покривен финансијским извјештајима које политичке партије подносе Државној изборној комисији. 4. Државна изборна комисија треба обезбиједити ресурсе који су јој потребни, посебно квалификоване ревизоре, како би спроводила задатке који су јој додијелени законом.

³⁴ 1. Ђелотворни надзор над поштовањем изборног закона од стране медија током предизборне кампање могло би да спроводи неко проактивно независно тијело

III. ПОЗИТИВНО ПРАВНИ АСПЕКТИ БИРАЧКОГ ПРАВА

1. СИСТЕМСКО - ПРАВНИ ОКВИРА (НЕ)УСТАВНОСТИ БИРАЧКОГ ПРАВА

Бирачко право је једно од основних политичких права грађана гарантовано напред изнесеним међународно правним актима а посебно Уставом Црне Горе из 2007 године који успоставља либерано демократски концепт бирачког права као права а не као дужности грађана у конституисању представничких тијела државе и локалне самоуправе. У том контексту теорија је одавно јасно дефинисала бирачко право као право грађана да конституишу највише органе државне, регионалне и локалне власт у првом реду представничка тијела преко којих грађани (бирачи) остварују своју функцију носилаца суверенитета власти. На помешном фону ратификованих међународно правних аката је и Устав ЦГ којим је јасно прописано да се бирачко право остварује на изборима, да је опште и једнако, да избори су слободни и **непосредни**, а гласање је тајно, као и да се не може успоставити нити признати власт која не проистиче из слободно (непосредно) изражене воље грађана на демократским изборима (члана 2, члана 45 и члана 83).

Међутим уставно правни концепт бирачког права темељно је нарушен „спорним» одредбама Закона о избору одборника и посланика³⁶ и Закона о бирачким списковима.³⁷

које има овлашћења и да одлучује по приговорима и да предузима хитне и ђелотворне активности против кршења закона. Ово тијело би могло да спроводи независно праћење медија током предизборних кампања. 2. Национални и локални јавни сервиси, у сарадњи са ДИК-ом, могли би размотрити припрему грађанске едукације и програма за информисање бирача. 3. Како би се гарантовала пуна једнакост у извјештавању и приступ за све учеснике на изборима, јавни медији треба да осигурају избалансираност извјештавања у вијестима и информативном програму. Треба уложити додатне напоре да се повуче јасна разлика између званичних активности владе и појављивања у сврхе кампање.

³⁵ 1. Треба преиспитати систем рјешавања спорова како би се у потпуности гарантовало ђелотворно правно средство, а одговарајуће поступке треба досљедно спроводити на свим нивоима. ДИК би погодовало додатно кадровско попуњавање, укључујући и правне стручњаке, да им помогну у благовременом процесуирању предмета. 2. У складу са претходним препорукама које је дао ОЕБС/ОДИХР, треба измијенити рокове за улагање приговора и рјешавање по приговорима како би се омогућило њихово темељно разматрање.

³⁶ "SI. list RCG", br. 4/98 od 18.02.1998, 05/98 od 25.02.1998, 17/98 od 20.05.1998, 14/00 od 17.03.2000, 18/00 od 31.03.2000, 09/01 od 22.02.2001, (SRJ) 09/01 od 02.03.2001,

1.2. Позитивно правни аспект бирачког права

Позитивно правни аспект бирачког права обухватају одредбе Устава ЦГ, Закона о избору одборника и посланика, Закона о избору Предсједника Црне Горе и Закона о бирачком списку.

А). Номотехника прописа

Правна наука је одавно дефинисала кључне прописе и њихову хијерархију а правна номотехника је уредила и начин писања закона и других прописа. При томе основно номотехничко правило у писању правних прописа (Устава, закона, уредби, статута, правилника и других општих аката) је да се садржина (материјални аспект закона) одражава у његовом називу. У том смислу сваки назив закона треба да је одраз његове садржине што очигледно није случај са Законом о избору одборника и посланика јер исти не уређује избор одборника и посланика од стране бирача као носилаца суверенитета, собзиром да је концепт овог закона избор “листа” политичких партија и евентуално грађанских “листа” а не одборника и посланика. У том смислу полазећи од садржине закона иманетније би назив изборног закона био “Закон о избору партијских и грађанских листа” а не одборника и посланика јер их грађани не бирају у складу са наведени уставним одређењем бирачког права као **непосредног** избора одборника и посланика.

Б). Уставно правни аспект бирачког права

Уставно правни оквир изборног-бирачког права чине одредбе Устава Црне Горе, у складу са којим се моарју усагласити закони и позаконски акти који уређују ову правну област, али и у складу са којима треба, уставно правно, оцјењивати спорне одредбе Закона о избору одборника и посланика и Закона о бирачким списковима. У том смислу Устав ЦГ прописује да је Црна Гора је грађанска, демократска, еколошка и држава социјалне правде, заснована на владавини права. Носилац суверености је грађанин који има црногорско држављанство. Грађанин власт остварује непосредно и преко слободно изабраних представника. Не може се успоставити нити признати власт која не проистиче из слободно изражене воље грађана на демократским изборима, у складу са законом (члан 2)

41/02 од 02.08.2002, 46/02 од 10.09.2002, 45/04 од 02.07.2004, 48/06 од 28.07.2006, 56/06 од 07.09.2006, 46/11 од 16.09.2011, 14/14 од 22.03.2014, 47/14 од 07.11.2014)

³⁷ "Sl. list Crne Gore", br. 10/14 од 26.02.2014

Црна Гора јемчи и штити права и слободе. Права и слободе су неповредиви. Свако је обавезан да поштује права и слободе других (члан 6). Забрањена је свака непосредна или посредна дискриминација, по било ком основу (члан 8 став 1). Потврђени и објављени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права саставни су дио унутрашњег правног поретка, имају примат над домаћим законодавством и непосредно се примјењују када односе уређују друкчије од унутрашњег законодавства (члан 9).

Права и слободе остварују се на основу Устава и потврђених међународних споразума. Сви су пред законом једнаки, без обзира на било какву посебност или лично својство (члан 17).

Зајемчена људска права и слободе могу се ограничити само законом, у обиму који допушта Устав у мјери која је неопходна да би се у отвореном и слободном демократском друштву задовољила сврха због које је ограничење дозвољено. Ограничења се не смију уводити у друге сврхе осим оних ради којих су прописана (члан 24).

Право да бира и да буде биран има држављанин Црне Горе који је навршио 18 година живота и има најмање двије године пребивалишта у Црној Гори. Бирачко право се остварује на изборима. Бирачко право је опште и једнако. Избори су слободни и **непосредни**, а гласање је тајно (члан 45). Јемчи се право на локалну самоуправу (члан 22).

Припадницима мањинских народа и других мањинских националних заједница јемче се права и слободе која могу користити појединачно и у заједници са другима као и право на аутентичну заступљеност у Скупштини Црне Горе и скупштинама јединица локалне самоуправе у којима чине значајан дио становништва, сходно принципу афирмативне акције (члан 79 став 1 тачка 9).

Скупштину чине посланици који се бирају непосредно, на основу општег и једнаког бирачког права и тајним гласањем. Скупштина има 81 посланика (члан 83).

У локалној самоуправи одлучује се непосредно и преко слободно изабраних представника. Право на локалну самоуправу обухвата право грађана и органа локалне самоуправе да уређују и управљају одређеним јавним и другим пословима, на основу сопствене одговорности и у интересу локалног становништва (члан 113). Општина има својство правног лица. Општина доноси статут и опште акте. Органи општине су скупштина и предсједник. (члан 115).

Закон мора бити сагласан са Уставом и потврђеним међународним уговорима, а други пропис мора бити сагласан са Уставом и законом (члан 145). Уставни суд одлучује о сагласности закона са Уставом и потврђеним и објављеним међународним уговорима (члан 149 тачка 1).

У наведеним уставним границама законом и подзаконским актом уређује се изборни систем а самим тим и бирачко право као његов фундамент.

Анализом одредби Устава ЦГ и спорених одредби закона о избору одборника и посланика може се закључити да бирачко право, поред услова за његово остваривање, обухвата и његов карактер, органе, вријеме, начин и поступак његовог остваривања и заштите. При томе, такође се може запазити да бирачко право није право за чије је остваривање довољно испуњење три уставна цензуса већ је оно, неуставно проширено другим додатним цензусима али и ограничено Законом о избору одборника и посланика и Законом о бирачким списковима. Такође различити цензуси су утврђени за пасивно бирачко право Предсједника Црне Горе при чему се и он бира на основу општег и једнаког бирачког права, **непосредним** и тајним гласањем уз цензусе да је; црногорски држављанин који има пребивалиште у Црној Гори најмање 10 година у посљедњих 15 година (члан 96 Устава).

Ц). Законодавно правни аспект изборног- бирачког права (посредно, ђељиво, дискриминаторско)

Поред уставно правног уређивања бирачког права, законодавац уређује услове, садржину, начин и поступак оставривања и заштита бирачког права. За разлику од поменуте одредбе члана 45 Устава РЦГ која уређује бирачко право, бирачко право у Закону о избору одборника и посланика је шире одређено. У ширем законском смислу обухвата поред активног и пасивног бирачког права (бирачко право у ужем смислу) и друга права. Бирачко право, у ширем смислу обухвата права бирача: да бирају и да буду бирани; да кандидују и да буду кандидовани; да одлучују о предложеним кандидатима и изборним листама; да кандидатима јавно постављају питања; да буду правовремено, истинито, потпуно и објективно информисани о програмима и активностима подносилаца изборних листа и о кандидатима са тих листа, као и да располажу другим правима која су предвиђена (члан 10) .

Мејдугим, члан 45 став 1 Устава ЦГ јасно прописује, императивном нормом, три цензуса за стицање бирачког права (пунољетство, пребивалиште, држављанство) не дозвољавајући законодавцу диспозицију проширивања круга за стицање бирачког права, тј. не уређујући да законодавац може “законом прописати и друге услове“ (диспозитивни дио норме).

У том контексту закон неуставно :

- 1). Проширује уставни цензуси за бирачко право и то “пословну способност” (члан 11 став 1) коју је уставотворац заборавио,
- 2). Додатно проширује тј, ограничава бирачко право уписом у бирачки списак ограничавајући бирача да бира ако није уписан у бирачки списак

(члан 2 Закона о бирачком списку) , при чему је из самог закона јасно да јер ријеч само о “техничком” закону којим се само успоставља евиденција бирача ради лакшег спровођења поступка избора.

3). Уводи додатни цензус за локалне изборе - пребивалиште у општини, односно градској општини, као изборној јединици, најмање шест мјесеци прије дана одржавања избора (члан 11 став 2)

4). Проширује и цензусом и условљавањем његовог остваривање гласањем “електронском индентификацијом” – биометријском личном картом;

5). Укидање пасивног бирачког права грађанину као права да се као појединац кандидује за представничка тијела,

6). Укидање права Савјетима националних мањина и мањских заједница да имају своје листе кандидата

7). Ускраћивање уставног јамчења права на локалну самоуправу происивањем инстационог надзора нар појединачним актима општинске избоне комисије од стране Државне изборне комисије у вршењу кадровске аутономије локалне самоуправе.

8). Ускраћивање уставног права грађана да “НЕПОСРЕДНО“ бирају одборнике и посланике, а не да бирају “листе” политичких партија и грађанске “листе”.

9). Оснивање изборних органа Државне изборне комисије, локалних изборних комисија и бирачких одбора као , доминантно, политичких органа

10). Происивањем Државне изборне комисије као државног органа са својством правног лица

11). Прописивањем Д*Онтовог метод преливања гласова.

1. Уставни цензуси за бирачко право (држављанство, пунољетство, пребивалиште најмање двије године прије одржавања избора) имају карактер императивне правне норме која не дозвољава диспозицију законодавцу да је проширује дугим условима. Прописивањем додатног четвртог цензуса бирачког права “пословном способношћу” (члан 11 став 1 ЗИОП), коју је уставотворац заборавио, доводи се у питање његова уставност.

2. Закон о упису у бирачки списак (члан 2 став 3) такође условљава остваривање бирачког права уписом у бирачки списак , што представља додатни пети цензус за стицање брачког права супротно члану 45 Устава ЦГ. У конкретној правној ситуацији - фактични и правно то значи да бирач може да испуњава све уставне цензусе услове као и остале законске цензусе али брачко право не може оставрити ако није уписан у бирачки списак. У том контексту упис у бирачки списак је важнији цензус него сви остали цензуси. При томе треба имати у виду да је Закон о бирачком списку је процесни закон који уређује поступак уписа , промјена у бирачки списак евиденцију бирача али њиме се не могу утврђивати додатни цензуси за стицање бирачког права, при чему је ријеч о закону који има само функцију

евиденције бирача ради лакшег спровођења избора али не може бити услов за гласање јер се идентитет бирача на бирачком мјесту доказује свим врстама јавних исправа које посједују личне податке бирача и фотографију из којих се на несумљив начин може утврдити његов идентитет. Правни режим јавне исправе је јасан и јавна исправа издата од стране надлежног органа у одговарајућем законском поступку има доказну снагу која подразумјева да се у чињенице и околности у јавној исправи сматрају истинитим.

3. Увођење и проширивање додатног шестог цензуса за локалне изборе је и “пребивалиште општини као изборној јединици најмање 6 мјесеци: Тиме бирачко право губи своје обележје “ јединственог бирачког права “ и постаје “ дјeljиво право “ али и дискриминаторско право. Управо прописивање додатног боравишног цензуса за локалне изборе , а нарочито његово разликовање за парламентарне , предсједничке има за последицу “ дјeljивост “ бирачког права. То практично значи да овај боравишни цензус од 6 мјесеци прије локалних избора може ускратити бирачко право бирачима који су у том периоду промјенили мјесто становања тј. неће моћи остварити своје бирачко право за локалне изборе које су иначе имали због цензуса од 6 мјесеци пребивалишта у новој општини у којој су се преселили а али ни у ранијој општини гдје су били уписани јер ће бити по службеној дужности брисани из бирачког списка општине из које су се иселили. У том смислу то значи правну и фактичку могућност да је бирачко право “дељиво” у смислу могућности да бирач који је промјенио мјесто пребивалиште а није испунио цензус од 6 мјесеци за локалне изборе може доћи у ситуацију да на дан одржавања истовремених предсједничких, парламентарних и локалних избора има бирачко право за парламентарне и предсједничке али да нема бирачко право а локалне изборе. То свакако представља апсурдну ситуацију када бирачко право , мимо устава , постаје дјeljиво а бирачу се ускараћује уставно право да бира или буде биран. Бирачко право постоји или не постоји а не може истовремено ,у зависности од врсте избора , постојати и непостојати.

4. Увођење и проширивање седмог цензуса условљавањем бирачког права гласањем “електронском индентификацијом” – биометријским пасошем и биометријском личном картома коју нема Црна Гора (члан 68а став 2 и 3 ЗИОП) је такође неуставно. У овом контексту постаје евидентно да технички (биометријски) аспекти су преузели и правно надвисили правну функцију што је својеврстан апсурд , јер у правној теорији је одавно позната и неспорна правна снага тзв. Јавних исправа чиј се подаци које садржи и у једном поступку не доказују већ се а priori имају узети као истините ако је јавну исправу у происаном поступку издао надлежни орган . У том смислу приликом остваривања сваког па и бирачког права јавна исправа којом се доказује индентитет особе и из које се на несумљив начин може утврдити

индентитет (укључујући и фотографију) мора се узети као правно релевантна и неспорна и омогућити бирачу да оствари своје право.

5. ОРГАНИЧАВАЊЕ ПАСИВНОГ БИРАЧКОГ ПРАВА БИРАЧА

Посебан облик неуставности и дискриминације бирача је ограничење пасивног бирачког права тј. права појединаца да се кандидује за посланика и одборника собзиром да је ЗИОП –а то право дао искључиво листама политичких партија и групама грађана чиме се врши директна политичка дискриминација бирача (члан 4 Закона), на што јасно указују и већ наведене препоруке међународних организација.

6. ОРГАНИЧАВАЊЕ ПАСИВНОГ БИРАЧКОГ ПРАВА НАЦИОНАЛНИМ САВЈЕТИМА

Посебан облик је дискриминације права Националних савјета као законских аутентичних представника и заступника мањинских народа, чиј правни положај је јасно происан у члану 35 став 1 тачка 1 Закона о мањинским правима и слободама, да имају право на своје кандидате односно листе кандидата. Наведеним уређивањем су дискриминаторски повријеђени међународно правни акти и уставно право мањинских народа на аутентичну заступљеност у Скупштини Црне Горе и скупштинама јединица локалне самоуправе у којима чине значајан дио становништва, сходно принципу афирмативне акције из члана члан 8 и члан 79 став 1 тачка 9 Устава ЦГ.

7. УСКРАЋИВАЊЕ УСТАВНОГ ЈАМЧЕЊА ПРАВА ГРАЂАНА НА ЛОКАЛНУ САМОУПРАВУ

Чланом 113 Устава ЦГ прописано је да се у локалној самоуправи одлучује непосредно и преко слободно изабраних представника. Право на локалну самоуправу обухвата право грађана и органа локалне самоуправе да уређују и управљају одређеним јавним и другим пословима, на основу сопствене одговорности и у интересу локалног становништва. Такође и Европска Повеља о локалној самоуправи грантује аутономију локалне самоуправе у конкретном случају кадровска аутономија у избору одборника и заштита права у изборном процесу (члан 3).

Одредбама ЗИОП –а нарушена је уставна границија јамчења права на локалну самоуправу (члан 12). Наиме ЗИОП –а прописује надлежност Државне изборне комисије да рјешава по приговору на рјешења општинске изборне комисије за локалне изборе (члан 108 став 2 и 110 став 2) што је супротно уставној аутономности локалне самоуправе јер су локални избори у

изворној (состпвеној), а не делегираној, надлежности локалне самоуправе у смислу члана 112 Устава ЦГ. У том контексту државна изборна комисија не може вршити инстанциони надзор тј. бити другостепени орган локалним изборним комисијама који рјешава по правним средствима учесника у локалним изборима, јер није ријеч о повјереним или пренесеним пословима државне управе што јасно произилази из концепираноих уставних и законског система локалне самоуправе (члан 112 Устава). У том контексту одлука општинске изборне комисије по приговору на одлуку бирачког одбора је коначана и може се побијати само уставном жалбом.

8. УСКРАЋИВАЊЕ ПРАВА НА НЕПОСРЕДНЕ ИЗБОРЕ

Бирачко право је сегмент остваривања универзалног права грађана на остваривање суверенитета грађана и право да учествују у управљању јавним пословима своје земље, непосредно или преко слободно изабраних представника коју грантује Универзална декларација о људским правима (члан 21), Међународни пакт о о грађанским и политичким правима (члан 25 став 1 тачка а и б) и други међународни акти. Партиципација грађања у вршењу јавних послова обухвата „*непосредно*“, одлучивање путем познатих института еферендума одлуке, аброгативног референдума, плебисцита, и других института када грађани остварају функцију власти непосредним одлучивање о неком јавном послу. Међутим бирачко право је и право бирача учествују у одлучивању о **јавним пословима** и *посредно* – преко својих непосредно изабраних представника у представничким органима (Скупштине, Парламент, Кнест, Дума, Сабор итд) тј право бирача у нашем уставноправном систему да бирају и буду бирани у представничка тијела као одборници или посланици (члан 83 Устава).

Уставно правна теорија јасно опређељује да су непосредни избори они избори када сваки бирач даје свој глас за истакнутог посланичког кандидата, а посредни избори су они избори када бирачи гласају за своје повјеренике а повјереници гласају за посланике³⁸. Такође непосредност избора се односи на директно исказивање политичке воље појединца, а не путем посредника који би евентуално гласао по његовом овлашћењу (пратија).³⁹

У наведеном контексту посебан облик ускраћивања права и политичке дискриминације је скраћивање уставног права грађана да

³⁸ Проф. Драган Батављевић, Уставно право, Правни факултет Крагујевац, 2013,10.

³⁹ Проф. Младен Вукчевић, Коментар Устава ЦГ 2015 стр 146) и проф. Ратко Марковић, Уставно право и политичке институције Београд 1995, 271.

“НЕПОСРЕДНО “ бирају одборнике и посланике а не да бирају “листе” политичких партија и грађанске “листе” . Овај тежак облик неуставности огледа се у супституисању уставног суверенитета грађана да бирају одборнике и посланике чиме се директно нарушава неотуђиво право бирача да **НЕПОСРЕДНО** врше избор својих представника у скупштини. У том правном контексту одлуке о избору посланика и одборника су неуставно преузеле политичке патрије , коалиционе листе и грађанске листе путем “затворених листа” кандидата које су они одређивали без права грађана да се изјасне о кандидатима већ искључиво о листама , чиме је изборни систем постао неједнак код избора одборника и посланика са једне стране и Предсједника ЦГ са друге стране којег бирачи бирају непосредно у складу са Уставом (члан 5 Закона о избору Предсједника ЦГ).

Оваквим начином прописивања темељно је нарушено бирачко право као опште , једнако чиме се флагрантно крше али и ограничавају законом уставна права грађана гарантована чланом 1 став 1 и став 2 , чланом 6 став 1 и 2 , чланом 17 , чланом 45 став 4 , чланом 83 став1 члан 115 став 3 и чланом 117 став 1 а за локалне изборе неуставно се ограничава зајамчено право на локалну самоуправу из члан 22 Устава и члана 3 Европске повеље о локалној самоуправи али и флагрантно кршење већ поменутог начела легитимног очекивања странке (бирача) да на исти начин у складу са уставом бира одборнике, посланике и Предсједника ЦГ а не листе плитичких партија, из Европске конвенције о основним људским правима и слободама и Протокола 1. Тиме се и на овај начин повређује општи принцип владавине права.

Непосредност одлучивања грађана на референдуму или збору грађана није спорна али је у контексту нашег уставноправног система спорна у односу на изборе одборника и посланика . При томе избором одборника и посланика не одлучује се о **јавним пословима** као ререферендумом већ о представицима грађана што неусмљиво јасно произилази из члана 45, 83 и 113 став 1 Устава ЦГ, а након њиховог избора грађани преко њих, одлучују о јавним пословима.

У наведеном контексту непосредног и посредног избора , бирачко право је лично право бирача и оно подразумијева право бирача да гласа непосредно на референдуму када одлучује о јавним пословима, избору Предсједника ЦГ али и о избору одборника и посланика. У том контексту је интересантно и правно забрињавајуће становиште Уставног суда ЦГ који стоји на становишту да непосредност не значи право бирача да „лично бира – гласа“ већ да лично учествује у поступку и лично гласа и да умјесто њега не може гласати друго лице , осим у изузетним ситуацијама – слијепа лица, а које становите је заузео у Рјешењу Уставног суда У-ИИ бр. 48/14 од 31.марта 2016 године) о неприхватању иницијативе за оцјену уставности одредбе члана 82 став 1 Закона о избору одборника и посланика које је очигледно селективно заузето уским тумачењем предметног члана . При томе Уставни

суд није нашао да своје становиште заснива на циљном тумачењу устава и исту одредбу повеже са изричитом одредбом члана 83 став 1 Устава ЦГ која јасно прописује да „Скупштину чине посланици који се бирају непосредно, на основу општег и једнаког бирачког права и тајним гласањем” и одредбом члана 45 став 1 као права бирача, а не партијских и других листа, да „Бира и буде биран“. У том контексту активно бирачко право и поступак избора одборника, посланика и Предсједника ЦГ, као и сваки правни поступак подразумјева три елемента и то : 1). Носиоца права - странку, са страначком легитимацијом да превасходно сам – лично учествује у том правном поступку као и свака друга странка у било ком другом правном поступку остваривања права и заштите својих интереса. 2. Поступак остваривања права тј процедура остваривања права (парнични, ван парнични, кривични, управни, прекршајни, изборни итд) и 3). Предмет одлучивања (парнична, ванпарнична, кривична, управна, прекршајна али и изборна ствар!).

То значи да непосредан избор из члана 45 став 4 и члана 83 став 1 Устава ЦГ у остваривању активног бирачког права, у нашем уставноправном систему, посебно са спекта јасноће члана 83 став 1 Устава ЦГ, обухвата оба права бирача (странке) која лично учествује у изборном поступку, уз објективна законска ограничења здравственог карактера (слијепило) али и право бирача да бира кандидате за одборнике и посланике, као што то ради у складу са чланом 5 Закона о избору Предсједника ЦГ, а не бира партијске или друге листе. У том смислу спорене одредбе закона нијесу у складу са одредбама члана 45 став 4 и члана 83 став 1 члана 113 став 1 за колане изборе али и члана 6 Устава ЦГ којим се јемчи и штити права и слободе, да су права и слободе су неповредиви и да је свако, па и законодавац, обавезан да поштује права и слободе других.

У том смислу, поред неведеног, последично се доводи у питање низ одредби Закона којима се прописује одлучивање бирача о изборним листовима.

9. ИЗБОРНИ ПАРТИЈСКИ ОРГАНИ

Посебно су уставно правно спорне одредбе о изборним “органима” за спровођење избора односно правни статус Државне изборне комисије као “правног лица” али и њихова “политичка” структура. У теорији државе и права су јасна обележја “органа” која немају својство правног лица јер то својство има само “Држава” и “Јединица локалне самоуправе (општина, град итд..)” а не и њени “органи”.

Такође је јасна категоризација органа власти, и у систему подјеле власти, на законодавне, извршене, судске и друге органе државне власти али и органе локалне самоуправе. При томе и у правно теоријском смислу и уставно правном смислу је јасно који органи су “политички” органи. У свим демократским системима политички органи су представнички државни,

регионални и локални органи власти у различитим видовима, као извршно политички органи – Влада, Предсједник државе и функционално њима слични органи, док су остали органи власти управни, судски, тужилачки и слични превасходно професионални органи. Међутим Закон о избору одборника и посланика обилује са “изборним органима” – Државна и општинске изборне комисије и бирачки одбори који су по својој структури доминантно политички органи чију структуру доминантно одређују актери политичке изборне сцене – политичке партије коалиције политичких партија, грађанске групе итд што апсолутно није уставно а ни прихављиво, али сасвим јасно опредјељује партитократско олигархијски, умјесто уставно правног демократског, систем власти супротно члану 1 устава ЦГ. Неуставност се огледа, између наведеног, у политичкој структури изборних органа кроз предлагаче партија и коалиционих изборних листа кроз “опуномоћене” представнике подносилаца изборних листа у изборним органима, предсједницима и члановима изборних органа који почивају на политичким критеријумима (члан 25,30,35).

10. РАСПОДЈЕЛА МАНДАТА

Битно обележје изборног система је и пројективни Д*Онтов метод којим се уређује расподела мандата на начин којим се мандати које је изборна листа добила дођељују се кандидатима према редосљеду на изборној листи (члан 96). И ситуација када, према резултатима гласања утврђеним на начин из члана 95 Закона, поједина изборна листа добије већи број мандата од броја кандидата који се налази на тој листи ти мандати припадају изборним листама које имају, по величини, највећи сљедећи количник (члан 97). Неуставност ових одредби се доводи у питање јер омогућава да поједине политичке партије добију мандате које нијесу освојиле на изборима преузимајући мандате од партија које нијесу оствариле ценсус или које имају већи ценсус од броја посланика на листи за улазак у скупштину. На наведени начин директно се угрожава право на непосредне изборе од стране бирача.

Dordije Blažić, LL.D

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

ELECTORAL SYSTEM AND VOTING RIGHTS

Summary

The right to vote and the electoral system through which the fundamental principle of citizens' sovereignty is represented the base of the legitimacy of the highest representatives, but also in some states, and executive state bodies (presidential systems) through which citizens as carriers of sovereignty realize the functions of state authorities and regional local authorities.

In addition to international legal acts, electoral law is regulated by the Constitution and Laws of all democratic states, and the electoral system and its models depend also on the constitutional legal framework of the state.

With this text, we try to point out the unconstitutionality of the electoral system in Montenegro, but also the highly discretionary decision of the Constitutional Court of Montenegro in dealing with the issue of immediacy of the election, as well as the lack of professionalism, that the Constitutional Court - ex officio assess all of its deficiencies.

Keywords: electoral system, voting law, elections, election laws.

ЛИТЕРАТУРА

Ратко Марковић "Уставно право и политичке институције" Службени Гласник, Београд 1995 с

Павле Николић "Уставно право " Друго измјењено издање НИУ " Службени лист СРЈ ", Београд 1993

Слободан Јовановић, " О Држави " , Сабрана дијел Том III ,
Др. Веселим Павићевић изборни систем И избори у Црној Гори 1990-1996 године, ЦИД , Подгорица 1996

Проф. Драган Батављевић, Уставно право, Правни факултет Крагујевац 2013

Проф. Младен Вукчевић, Коментар Устава ЦГ 2015 год , стр 146)

В. Дедовић., З. Вујовић., Изборни и партијски систем у Црној Гори, Подгорица

В. Павићевић., С. Дармановић., О. Комар., З. Вујовић. Избори и изборно законодавство у Црној Гори, ЦЕМИ, Подгорица, 2007, године.

В. Павићевић и др., Избор и изборно законодавство у Црној Гори 1990-2006, ЦЕМИ, НПА и НЕД, Подгорица, 2007.

В. Гоати, С. Дармановић, В. Дедовић, З. Вујовић, Б. Вукићевић, Н. Томовић. Изборни и партијски систем у Црној Гори, Перспектива развоја унутарпартијске демократије, Центар за мониторинг и истраживање ЦЕМИ.

О.Комар, Бирачи у Црној Гори, Фактори изборне и партијске преференције, Београд, 2013.

С, Орловић, Проблеми са изборним системом у Србији, Београд, 2010.

Т. Бургентал: "Међународна људска права", ЦОЛПИ и Београдски центар за људска права, Београд, 1997.

М. Вукчевић, Коментар Устава Црне Горе, Подгорица, 2015.

Универзална Декларације о правима човјека

Пакт о грађанским и политичким правима.

Декларација Уједињених Нација о укидању свих облика расне дискриминације

Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације

Афричка повеља о правима човјека и народа

Америчка конвенција о људским правима.

Завршни документ са састанка Конференције о људској димензији КЕБС-а у Копенхагену, јун 1990 године,

Париска Повеља за нову Европу, новембар 1990 итд,

Европска Повеља о локалној самоуправи Савјета Европе 1985

Устав црне Горе „Службени лист ЦГ“ бр.01/2007 и 38/2013

Закон о избору одборника и посланика "Sl. list RCG", br. 4/98 od 18.02.1998, 05/98 od 25.02.1998, 17/98 od 20.05.1998, 14/00 od 17.03.2000, 18/00 od 31.03.2000, 09/01 od 22.02.2001, (SRJ) 09/01 od 02.03.2001, 41/02 od 02.08.2002, 46/02 od 10.09.2002, 45/04 od 02.07.2004, 48/06 od 28.07.2006, 56/06 od 07.09.2006, 46/11 od 16.09.2011, 14/14 od 22.03.2014, 47/14 od 07.11.2014)

Закон о бирачком списку "Sl. list Crne Gore", br. 10/14 od 26.02.2014

Закон о избору Предсједника Црне Горе ("Sl. list CG", br. 17/2007, 8/2009)

Др Слободанка КОВАЧЕВИЋ-ПЕРИЋ*

341.231.14-057.16

ПЕРСПЕКТИВА ДОСТОЈАНСТВЕНОГ РАДА

Апстракт: Примарни циљ Међународне организације рада данас је да унапређује могућности за жене и мушкарце у добијању пристојног и продуктивног рада, у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства“. Сумирајући елементе који конституишу један рад у пристојан/достојанствен рад евидентно је да концепт и идеја достојанственог рада представља својеврсну кодификација законодавне активности Међународне организације рада. У појму и концепту пристојног рада сконцентрисан је велики део стандарда Међународне организације рада, укључујући и све основне. Нормативно, пристојан рад интегрише међународне стандарде рада и основна људска права (фундаментални принципи и права на раду). Унапређење могућности за жене и мушкарце у добијању пристојног и продуктивног рада, у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства је од идејног концепта прерастао у примарни циљ на међународном нивоу. Аутор у раду сумира резултате истраживања до којих је дошао бавећи се овом проблематиком (дужи низ година), а на основу анализе стања људских права на раду. У раду је акценат на компонентама које конституишу један рад у пристојан/достојанствен рад.

Кључне речи: достојанствен рад, стандарди рада, Међународна организација рада, Програм достојанственог рада.

УВОД

*Пристојан/достојанствен рад*¹ је од идејног концепта Међународне организације рада прерастао у примарни циљ на међународном нивоу – стварање услова да се пристојним радом оствари живот достојан човека. Сама идеја и концепт достојанственог рада промовисани су од стране Међународне организације рада (у даљем тексту: МОП) на 87. заседању Опште конференције 1999. године. У извештају Генералног директора

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

¹ Пристојан рад од енгл. речи „decent work“ преводи се на српски језик и као „достојанствен рад“. Србија је усвојила Програм достојанственог рада и шира стручна јавност употребљава термин достојанствен рад, па ћемо се у даљем раду претежно служити овим термином.

Међународног бироа рада² под овим називом истакнуто је: „Примарни циљ МОП-а данас је, да унапређује могућности за жене и мушкарце у добијању пристојног и продуктивног рада, у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства“. Из садржине идејне формулације достојанственог рада произилазе шест димензија, које детерминишу један рад у пристојан – достојанствен рад. То су: могућност или шансе за рад, рад у условима слободе, продуктиван рад, једнакост у (на) раду, сигурност на раду, достојанство на раду. Свака димензија садржи један домен достојанственог рада. То би биле: 1) могућност за рад – односи се на потребу да сва лица која желе посао могу и да га нађу; 2) идеја рад у условима слободе – наглашава чињеницу да рад треба да буде слободно изабран, без притиска на појединца, и да одређене врсте рада нису допустиве у двадесет првом веку. Пре свих, мисли се на присилан, дужнички, ропски рад и најгоре облике дечијег рада, који нису примерени савременом цивилизацијском друштву, чији темељи почивају на универзалним правима човека; 3) продуктиван рад, који обезбеђује адекватан приход, елементарна је потпора радницима у остваривању прихватљивих средстава за сопствено и издржавање своје породице, као и да обезбеде одржив развој и конкурентност предузећа и државе; 4) једнакост у раду – представља потребу радника да ужива правичан и једнак третман, и једнаке могућности на раду. То подразумева одсуство дискриминације на раду и у приступу раду, и могућност равнотеже, баланса радног и породичног живота; 5) сигурност на раду – указује на потребу да се заштити здравље, обезбеде пензије и издржавање, као и адекватна финансијска и друга заштита у случају болести, и других непредвиђених издатака. У њој је изражена потреба радника да спречи или ограничи несигурност услед евентуалног губитка посла и/или других средстава за издржавање; 6) достојанство на раду – захтева да се радници третирају са поштовањем на раду (да могу да искажу своје мишљење, изразе интересе и да учествују у доношењу одлука које се тичу рада и услова на раду). Као важан аспект овог сегмента је слобода радника да представе своје колективне интересе. На наведених шест димензија, надовезује се и социо-

² Агенда Међународне организације рада (The ILO Decent Work Agenda), иницирана је од стране Хуана Сомавије (Juan Somavia) генералног директора МОП-а. International Labour Organization, *Report of the Director-General: Decent Work*, ILC 87th Session, ILO, Geneva, June 1999. Агенда Међународне организације рада (The ILO Decent Work Agenda), International Labour Organization, *Reducing the decent work deficit – A global challenge*, Report of the Director-General, ILC, 89th Session, Geneva, June 2001; ILO: *Report of the 17th International Conference of Labour Statisticians*, doc. GB.289/STM/6, 289th Session, Geneva, Mar. 2004; ILO: *Measuring decent work*, Report of the Director-General, doc. GB.300/20/5, 300th Session, Geneva, Nov. 2007; ILO: *Measuring decent work*, Report of the Director-General, doc. GB.301/17/6, 301st Session, Geneva, Mar. 2008.

економски контекст. Исто тако је егзистенцијално важан, с обзиром да аплицира и делом детерминише елементе у обе димензије (оно што чини пристојност у датом друштву), и распон у којем достизање пристојног рада повећава националну економију, перформансе тржишта рада и социјални учинак.³ У већини случајева то је слично ономе што у Европској унији називају „квалитет запослења“ (*quality of employment*).⁴

1. КОМПОНЕНТЕ ДОСТОЈАНСТВЕНОГ РАДА

Сумирајући елементе који конституишу један рад у пристојан/достојанствен рад евидентно је да концепт достојанственог рада представља својеврсну кодификација законодавне активности МОП-а. У појму и концепту пристојног рада сконцентрисан је велики део стандарда ове организације, укључујући и све основне. Нормативно, пристојан рад интегрише међународне стандарде рада и основна људска права (фундаментални принципи и права на раду). Идеја пристојног рада у врло кратком периоду прихваћена је на светском нивоу и постала је кључни елемент у борби за смањење сиромаштва. На Светском социјалном форуму, одржаном у Најробу у јануару 2007. године покренута је кампања „Пристојан рад, достојан живот“ (*Decent Work, Decent Life*). Алијансу за достојни рад чинило је пет организација, и то: *Solidar, ITUC, ETUC, Social Alert International* и *Global Progressive Forum*. Неспорно да је интенција о унапређењу могућности за жене и мушкарце у добијању пристојног и продуктивног рада у условима слободе, једнакости, сигурности и људског достојанства, од идејног концепта прерасла у примарни циљ на међународном нивоу. Тако дефинисан, достојанствен рад укључује све суштинске функције које рад за човека има из угла социопсихолошког одређења: економска (задовољавање егзистенцијалних потреба), социјална (пружа могућност социјалних интеракција, извор је социјалног статуса и престижа) и психолошка (извор идентитета појединца, самопоштовања и самоостварења).⁵ Достојанствен рад – у фундаменту, његова перспектива, промоција на универзалном нивоу зависи од степена запошљавања, унапређења права на раду, развоја социјалне заштите и културе социјалног дијалога на националном нивоу. Дакле, четири компоненте конституише

³ Richard Anker, Igor Chernyshev, Egger Philippe, Mehran Farhad, Joseph A. Ritter, „Measuring decent work with statistical indicators“, *International Labour Review*, Vol. 142 (2003), No. 2, 151, 152.

⁴ Paoli and Merlie, 2000; European Commission, 2001, ch. 4.

⁵ Сарита Брадаш., *Статистика и достојанствен рад*, Критичка анализа политичког тумачења статистике рада, Фондација центар за демократију, Београд, 2017, 2.

достојанствен рад: запошљавање, фундаментална права на раду, социјална заштита и социјални дијалог. Оне представљају базичне елементе пристојног рада, јер детерминишу структуру и рефлектују стандард пристојног рада.⁶ Међународна организација рада, последњих деценија, позива на фундаменталне промене у глобалним токовима рада и капитела, за шта је неопходна „политичка локомотива“ да „погура“ идеју ефикасног и социјално одговорног раста, у којој ће финансијске интересе заменити потребе радника и послодаваца из реалне економије.⁷ Њен „социјални говор“ често је игнорисан, да би касније био усвајан од стране других међународних организација, посебан легитимитет, као и сама Организација, добија са економском кризом. Свакако да пристојан рад промовише „нову еру социјалне правде“. Наиме, залагање за концепт „пристојног рада“ још један је начин МОП-а да оснажи своје идеје и циљеве прокламоване у Уставу МОП-а, и Филаделфијској декларацији. Попут Декларације о фундаменталним принципима и правима на раду из 1989. године, Декларације о социјалној правди у циљу праведне глобализације, из 2008. године и „Програм пристојан рад“ је мотивисан истим циљем, а то је рехабилитација универзалних слобода и права човека на раду. У савременим трендовима ова права немају супституте, не могу се свести на изузетке, а да истовремено дерегулација, флексибилност и запошљивост добију стаус правила. Фундаментални принципи и права на раду су универзална у својој целисти. Таква идеја представља водилу економске демократије. Како истиче проф. Б. Шундерић, „човека не треба бранити само од насиља властодржаца, него и од насиља власника капитала“.⁸

2. ДОСТОЈАНСТВЕН РАД de facto

Савремени развој људских права на раду прати антагонизам између правног оквира људских права у области рада и de facto остваривања. И данас се правима на раду оспорава аспект универзалних људских права. Многи, попут Кранстона (Cranston) најватренијег противника социјалних права и критичара за укључивање ових права у декларације о људским правима, који је у ватареним критикама социо-економских права говорио: „Оно што су модерни комунисти урадили јесте да присвоје реч „права“ за

⁶ Део о пристојном раду преузет из: Слободанка Ковачевић-Перић, *Пристојан рад* (монографија), Правни факултет Универзитета у Приштини, Graficolor - Краљево, Београд, 2013, 63 и даље.

⁷ *About the ILO*, [www.ilo.org/global/About_the_ILO/...](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/) приступ: 15. јул 2018. године

⁸ Боривоје Шундерић, *Социјално право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 62 и 63.

принципе у које верују“, истичу на сличан/само суптилнији начин, са истим циљем, опортунизам према правима на раду као људским правима. Најгласнији заговорници су међу послодавцима.⁹

Савремени развој људских права на раду прати антагонизам између правног оквира људских права у области рада и *de facto* остваривања. Насупрот стремљењима пристојног рада која су усмерена ка хуманизације рада и морализацији радних односа, савремени трендови глобализације (дерегулација, флексибилизација) потиру концепт социјалне кохезије, оживљавају неолибералне аспирације у односима рада и капитала, и тиме стварају услове за нарушавање фундаменталних људских права и принципа на раду. Данас је евидентно нарушена култура људских права на раду и поводом рада. О томе сведоче бројни извештаји организација које се баве стањем људских права, који указују да су права на раду прва према степену угрожавања. Управо су ови извештаји довели до социо-економског скептицизма у погледу перспективе ових људских права – закључује се да ова права немају капацитет људских права, само због чињенице да се флагрантно урушавају и крше. Овај вид опортунизма доминирао је у прошлом веку и према МОП-а. Мманифестовао се кроз идеје о превазиђености потребе доношења нових конвенција и препорука, оличен у мишљењима да су сва најважнија питања из подручја услова рада већ уређена у највећем броју држава. У прилог ових схватања, чији су најагилнији поборници међу представницима послодаваца, наводи се, да је од оснивања МОП-а 1919. године дошло до промене друштвено-економских и политичких услова од којих примарно зависи целисходност, усвајање, и значај њених нормативних инструмената. Сходно томе, пласира се став, према којем се регулисање услова рада мора препустити диспозитивности између уговорних странака, тј. радника и послодаваца. Тиме би се, према овом схватању, нормативна делатност МОП-а свела на „*soft law*“ – доношење препорука, односно резолуција, као инструмената саветодавног карактера. Мора се нагласити, како год посматрали проблем људских права на раду, неспорно је да њихово остваривање захтева, осим прокламовања, стварање материјалних претпоставки које воде даљем унапређењу људских права. У томе је важна култура људских права на коју се ослања Општа декларација о правима човека из 1948. године. У Декларацији о људским правима приметно је одсуство језика којим се призива приврженост одређеном систему веровања, ...аутори овог инструмента надали су се да ће обезбедити „*универзално*

⁹ Virginia Mantouvalou, „Are Labour Rights Human Rights“, *European Labour Law Journal*, Volume 3, No 2, 2012, 155-157.

прихватање у свету са упадљивим подেলাма у погледу традиције, религије и изнад свега идеологије“.¹⁰

Република Србија је приступила први пут обележавању кампање „Достојанственог рада“ 7. октобра 2008. године.¹¹ Први Програм достојанственог рада за Републику Србију за период 2008-2011. године закључен је крајем 2008. године. Програм се заснивао на Заједничкој процени ситуације у земљи, Оквиру за развојну помоћ Уједињених нација (UNDAF) 2005-2009. године и Стратегији партнерства Уједињених нација са државом домаћином (UNCPS) 2011-2015. Први приоритет везан за унапређење достојанственог рада био је јачање капацитета државних институција и социјалних партнера да би се побољшало управљање тржиштем рада. Без јачања социјалног дијалога и овлашћених социјалних партнера који могу да утичу на политике рада, политике запошљавања и социјалне политике и законодавство, као и процеса колективног преговарања, мирног решавања радних спорова и управљања фондовима социјалне заштите, нема достојанственог рада. Што се тиче ангажованости социјалних партнера у процесу примене Програма достојанственог рада, неопходно је да се што пре реши питање репрезентативности социјалних партнера на националном нивоу, да би се водили смислени и функционални социјални дијалог и колективно преговарање. Нови У оквиру свеобухватне агенде “Достојанствен рад за све”, МОП ће се у периоду 2013 - 2017. године концентрисати на три програмска приоритета у Републици Србији, који треба да се посматрају као дугорочни циљеви. То су: (1) Јачање капацитета државних институција и социјалних партнера ради унапређења функционисања тржишта рада; (2) Повећање могућности за запошљавање; (3) Јачање система социјалне заштите. Програм достојанственог рада 2013-2017. године ће унапредити помоћ коју МОП пружа држави за остваривање доброг управљања, одрживог развоја и планова социјалне укључености, заједно са помоћи коју су понудиле друге међународне организације. Програм одражава приоритете конституената узимајући у обзир политичке циљеве Националне стратегије одрживог развоја (НСОР) Србије, која је свеобухватни оквир за бављење главним областима привредног и социјалног развоја Србије. НСОП издваја следеће кључне националне приоритете: 1) чланство у Европској Унији; 2) развој конкурентне тржишне привреде и уравнотежен привредни раст; 3) развој људских ресурса, пораст запошљавања и социјалне укључености; 4) развој инфраструктуре и

¹⁰ Michael Ignatieff, *Human rights as politics and idolatry*, Princeton University Press, New Jersey, 2006, 122.

¹¹ О томе и: Рајко Косановић, Сања Пауновић, Дивна Вујасиновић – Дучић, *Пристојан рад-Decent Work*, Савез самосталних синдиката Србије и Swiss Labour Assistance (SLA), Београд, 2009, 13.

уравнотежен регионални развој и 5) заштиту и унапређење животне средине и рационално коришћење природних ресурса и Националном стратегијом запошљавања за период 2011 - 2020. године чији је циљ постизање пуне запослености, побољшање квалитета и продуктивности рада и јачање социјалне и територијалне кохезије. Нацрт се такође заснива на међународним развојним агендама: Миленијумским циљевима развоја и Стратегији партнерства Уједињених нација са државом домаћином, при чему ова друга јасно истиче главне изазове за Републику Србију чији се резултати повезани са добрим управљањем, одрживим развојем и социјалном укљученошћу. Као чланица УН породице у Србији, МОП сарађује са другим агенцијама УН и доприноси испуњавању развојне агенде Републике Србије. Уз техничку и другу подршку МОП-а, резиме онога што је урађено захваљујући овој Организацији довело је до: Формулисања и примене активне политике запошљавања су важни како би се решио изазов запошљавања у Србији; Подједнако је важно да циљеви политике запошљавања буду део оквира националног развоја; Политике усмерене ка унапређивању могућности за запошљавање младих треба да буду обимније, док програми треба да се усмере ка онима који су у неповољнијем положају на тржишту рада, нарочито ка младима са нижим образовањем и без искуства, и младима који живе у сеоским срединама; Социјални партнери играју кључну улогу у дефинисању циљева и приоритета политике запошљавања својим учешћем у припреми годишњих акционих планова за запошљавање на националном и локалном нивоу; Трипартитни социјални партнери МОП су схватили да је неопходан дијалог о секторским политикама заснован на доброј обавештености и партиципативности како би се обезбедило да се шемом социјалног осигурања добро управља и да се поставе темељи за демократски процес у изради секторске политике; И синдикати и Унија послодаваца Србије су подвукли потребу за директном подршком и изградњом капацитета Социјално – економског савета како би му се омогућило да одигра своју улогу једног делотворног форума за трипартитне одлуке о најхитнијим изазовима у земљи, као што су подстицање запошљавања младих, ублажавање сиромаштва и решавање проблема непријављеног рада; Социјални партнери су се заузели за сталну подршку колективном преговарању у Србији, јер је оно било тешко и оптерећено компликованим односима међу социјалним партнерима последњих година.

Као стручна агенција Уједињених нација и уједно агенција која поставља стандарде, МОП може да пружи стручну помоћ високог квалитета у вези са четири стратешка циља агенде достојанственог рада. Боље речено, секретаријат МОП има дугогодишње искуство и техничку стручност у области радних стандарда, унапређења запошљавања, социјалне заштите и социјалног дијалога. Родна равноправност је основа у остваривању агенде

достојанственог рада и чине се напори да се питања везана за родну равноправност независно усмере у све области стратешких циљева МОП. У том циљу од круцијалног је значаја усвајање Закона о родној равноправности.

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Остваривање пристојног рада за жене и мушкарце је најраспрострањенија потреба међу свим људима, породицама и заједницама у сваком друштву, и на свим нивоима друштвеног развоја. Данас је то глобални захтев, примарни циљ, потреба чије унапређење и укупна перспектива се „суочава са политичким и пословним лидерством широм света“.¹² Наиме, савремени друштвени токови одишу трендовима глобализације, флексибилности и флексиурности. Глобализацијски токови остављају неумитне трагове у свим сегментима живота и људског делања. Велики део наше будућности зависи од тога како излазимо у сусрет овом изазову.¹³ Може се закључити да је глобализација донела просперитет и неједнакост, богатство и сиромаштво. Тај јаз ставља на испит зрелости границе наше колективне социјалне одговорности. Експанзија глобалне економије трансформисала је, пре свега, свет рада, изменила економско окружење и социјалну платформу. Све више се схвата да тржиште не функционише изоловано од социјалних и политичких контекста. Поучени искуством транзиционих привреда, социјална поларизација и недавна експлозија рецесионе кризе на тржиштима у развоју, потврђују потребу за јаким социјалним оквирима, подупређеним компатибилном, глобалном финансијском архитектуром. У таквим токовима, нарочито економска криза и привредни падови угрожавају егзистенцију свих људских права (права човека), превасходно социјално – економских. То изискује давање хуманих обрису глобализацији. Социјална димензија глобализације, и проблеми и захтеви везују се за свет рада и постају јавна брига, јер гаранцију општег заједничког добра, примену социјално – економских права слободно тржиште само по себи – стихијски, не може да уреди, како се некада тврдило, заправо постоји много људских права које немају место на тржишту.

Да би људска права као „идеја нашег доба“ (Л. Хенкин - *L. Henkin*) заживела, нарочито у праву на рад, слободи рада, достојанству на рад, социјалној сигурности, и др., периоди оваквих друштвених колебања захтевају јаке друштвене потпоре привреди. У супротном, недостајаће стабилности и политичког кредибилитета, што озбиљно угрожава права човека. Без тог минималног прага, не може се говорити не само о перспективи пристојног

¹² ИЛО, „Decent Work“, Report of the Director – General, 87th Session, *op. cit.*

¹³ *Ibid.*

рада за живот достојан човека, већ ни о основној платформи пристојног рада. Унапређење стандарда рада, социјалне правде, социјалног мира дају квалитет перспективи пристојног рада. Дакле, перспектива пристојног рада захвата широку амплитуду синергијских ефеката на свим нивоима, и на микро и макро нивоу, националном и међународном, законодавном и судском, надзорном, културном, едукативно–образовном, и слично. Перспектива пристојног рада је неисцрпно гrotло комплексних фактора, који се могу анализирати само са аспекта холизма. Нажалост, у миленијум људских права, морамо да нагласимо да су поједини аспекти достојанственог рада недостижни управо због родне неједнакости и дискриминације превасходно жена и традиционално вулнерабилне популације – млади, особе са инвалидитетом, ромска популација, особе 50+ и др. Поред стремљења пристојног рада низ параметара који индукују једно запослење у пристојан-достојанствен рад указују на неједнаке шансе и могућности на раду и поводом рада, нарочито у аспекту односа мушкарац – жена, зараде и бенефита из самог запослења. У том смислу, са аспекта једнака зарада за рад једнаке врсте према пројекцијама и подацима Еуроактива неспорно је да ће „европљанке до краја године радити бесплатно.“¹⁴ Основни индикатори тржишта рада у Србији, петнаест година у назад, упућују на значајно нижи ниво партиципације жена на тржишту рада што за последицу има немогућност постизања економске независности, приоритетне области у низу међународних докумената који се односе на постизање родне равноправности. Упркос томе, из политика запошљавања у Србији потпуно је изостављена родна перспектива како у анализи стања на тржишту рада која је родно неутрална, тако и у мерама којима би стање требало унапредити и које представљају могућност креирању политика које ће утицати на системске и структурне узроке родне неравноправности на тржишту рада Србије. Посебно забрињава да упркос изузетно високој стопи неактивности, неактивне жене и жене које нису у евиденцији службе за запошљавање нису препознате као циљна група, а самим тим нису им доступне услуге које би им омогућиле укључивање на тржиште рада. Не мање важно, у политикама запошљавања није формулисан нити један циљ или мера који се односи на усклађеност пословног и приватног живота што је неопходан услов за партиципацију жена на тржишту рада. Изостанак оријентације ка пуној запослености и креирању квалитетних послова има за последицу немогућност остваривања стандарда достојанственог рада и жена и мушкараца. Међутим, разлике које постоје у могућностима запошљавања и разлике у зарадама мушкараца и жена указују на то да су жене у неповољнијем положају што није препознато у политикама запошљавања. У

¹⁴ *Euroactiv*, Објављено: (07.11.2017) <http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/rs/evropljanke-ce-do-kraja-godine-raditi-besplatno/> приступ: 19. јул 2018. године

складу са наведеним неопходно је пре свега обезбедити функционисање већ успостављених релевантних институционалних механизма за спровођење родне равноправности и унапредити капацитете за отклањање узрока родне неравноправности на тржишту рада.“ Циљеви пристојног рада имају вредност уколико се реализацију кроз цео спектар институционалне и развојне различитости.¹⁵ Евидентно је, данас, више него икад пре, у остваривању тих циљева се суочавамо са раздором „између света у коме радимо, и наде коју људи имају у бољи живот“.¹⁶ Из тих разлога приступ пристојном раду на националном нивоу мора да максимализује синергију различитих фактора, како би се пронашле политичке и институционалне опције у циљу превазилажења баријера, конфликтних односа и ограничења. Само таква координација доводи до испуњеа стандарда пристојног рада. Међународна организација рада је становишта, да су земље у бољој позицији да профитирају од глобализације уз одговарајући баланс између економског и социјалног развоја, и да ово заузврат води ка пристојнијем раду.¹⁷ Политика и програми запошљавања морају бити тесно повезани са потребама запошљавања (нарочито координирани преко јавних служби за запошљавање), да су компатибилни степену економског, социјалног и културног развоја, и морају кореспондирати са друштвено-економским циљевима, као и са потребама развоја људских ресурса. То је неопходно не само услед многобројних димензија рада, већ зато што је запошљавање под утицајем широког опсега макро и микро привредних политика.¹⁸ Фундаментало је право сваког човека да радом, пристојним радом, обезбеди себи и породици живот достојан човека. У том смислу, савремена држава, као социјално одговорна држава мора да буде утемељена на поштовању људских права и да континуирано ствара услове за достојанствен/пристојан рад. Агенда о достојанственом раду изискује мултидимензионални приступ, који подразумева неколико сегмената, а то су: продуктивно запошљавање, поштовање права на раду, социјалну заштиту и промовисање социјалног дијалога. Домашај ових постулата основ је социјалне кохезије и социјалног мира. „Стварна слобода појединца не може постојати без економске сигурности и независности. Људи који су гладни и немају посао су материјал

¹⁵ D. Ghai, Universality and diversity, у: *Decent Work: Objectives and Strategies*, International Labour Office Geneva, 2006, 4.

¹⁶ Из Извештаја Генералног директора МОП-а 2001. године, В. Неппле, Rights at work, у: *Decent Work: Objectives and Strategies*, International Labour Office Geneva, 2006, 72.

¹⁷ С. Перић (2013а), *op. cit.*, 62.

¹⁸ Dh. Ghai, Decent work: Universality and diversity, *op. cit.*, 10 - 12.

од кога се праве диктатуре“ (Рузвелт).¹⁹ Повезаност права на раду са социјалном правдом и неодвојивост од социјалног мира јесте друштвени категорички императив. Данас, тај се однос актуелизује у призми пристојног рада. Имајући у виду да су у садржај пристојног рада уткани правни стандарди МОП, пре свега, фундаментални принципи и права на раду, афирмација пристојног рада у савременим трендовима омогућава баланс тржишних и социјалних елемената. Таквим односима мора да тежи свака држава која је социјална по опредељењу, јер је економска сфера, а не само политичка, подложна концентрацији моћи која води опасном заоштравању конфликта – и друштвеним потресима. Како истиче проф. Б. Шундерић, „човека не треба бранити само од насиља властодржаца, него и од насиља власника капитала“.²⁰ Насупрот стремљењима пристојног рада која су усмерена ка хуманизације рада и морализацији радних односа, савремени трендови глобализације (дерегулација, флексибилизација) потиру концепт социјалне кохезије, оживљавају неолибералне аспирације у односима рада и капитала, и тиме стварају услове за нарушавање фундаменталних људских права и принципа на раду. Данас је евидентно нарушена култура људских права на раду и поводом рада. О томе сведоче бројни извештаји организација које се баве стањем људских права, који указују да су права на раду прва према степену угрожавања. Може се закључити да је савремено друштво, и поред цивилизацијских успона, у погледу стања људских права и слобода на раду, и уопште, у погледу међуљудских односа на раду, исто као с крајем XIX века.²¹ Очувању тековина људских права утемељених Повељом Уједињених нација, Општом декларацијом о правима човека, као израз вековне борбе за човекова људска права за достојанство човекове личности, правду, правичност супротстављају се најпримитивније злоупотребе права на раду – од прекарног рада, рада на црно, трговина људима, најгори облици дечјег рада, злостављање на раду, дискриминација, неплаћање за обављени рад, несигурни послови и слично.

¹⁹ Из говора бившег америчког председника Рузвелта. Преузето из: *Људска права*, (интернет брошура), Београдски центар за људска права, <http://www.bgcentar.org.rs/documents/II5ecococ>, стр.1, приступ: 20. јул 2018. године

²⁰ Б. Шундерић, *Социјално право*, *op. cit.*, 62 и 63.

²¹ Слободанка Ковачевић-Перић, *Људска права на раду у савременом развоју-права или привилегије*, *Радно и социјално право*, *Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права*, број 1/2013, година XVII, Београд, 101, 102.

Slobodanka KOVAČEVIĆ – PERIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE PERSPECTIVE OF DECENT WORK

Summary

The initial concept of the International Labour Organisation – enhancement of possibility to get the decent and productive work for males and females, in conditions of liberty, equality, safety and human dignity – has evolved into its primary global goal. The demand for social dimension in the global economy contributes to the expansiveness of the decent work concept, what is a general need of a working individual today. Tendencies towards application of higher standards for employees, both in individual and collective labour law, point to the need that there are more moral values and humane approach in the attitude towards work, with the aim of achieving social justice and preserving social and international peace. The essential contribution of the decent work implies that the overall quality of work, working relations, condition and the total working environment are assessed in a much more constructive way, with the application of the international standards. Components of decent work comprise majority of standards of the International Labour Organization, including the basic ones. That means that the broadening of the decent work concept also expands the whole set of fundamental principles of workers` rights.

The aim of work is to emphasize the necessity to create unique indicators of decent work, as a minimal group of indicators which define decent work, and based on which the level and quality of decent work can be assessed in a certain point in time. The overall aim is to develop the mechanism of control and monitoring of decent work around the globe. That documents the focal point of this paper – the promotion of standards of decent work contributes to the achievement of decent, dignifying life, as a result of a correlation between the decent work and the human evolution. In that respect, the perspective of decent work requires the holistic approach and synergy of all factors which determine the decent work. That implies, above all, respect of the universal rights of people, establishment of the culture of working relations, global advocating to root out poverty and social exclusion, which contributes to the social justice and stabilization of the social and international peace.

Keywords: dignified work, labor standards, International Labor Organization, A dignified work program.

ЛИТЕРАТУРА

Anker Richard, Chernyshev Igor, Egger Philippe, Mehran Farhad, Joseph A. Ritter, Measuring decent work with statistical indicators, *International Labour Review*, Vol. 142 (2003), No. 2, стр. 151, 152.

Брадаш Сарица, Статистика и достојанствен рад, Критичка анализа политичког тумачења статистике рада, Фондација центар за демократију, Београд, 2017.

Ghai, Dharam, Decent work: Universality and diversity, у: *Decent Work: Objectives and strategies*, International Labour Office, Geneva, 2006.

ILO: *Report of the Director-General: Decent Work*, ILC 87th Session, ILO, Geneva, June 1999.

ILO: *Reducing the decent work deficit – A global challenge*, Report of the Director-General, ILC, 89th Session, Geneva, June 2001;

ILO: *Report of the 17th International Conference of Labour Statisticians*, doc. GB.289/STM/6, 289th Session, Geneva, Mar. 2004;

ILO: *Measuring decent work*, Report of the Director-General, doc. GB.300/20/5, 300th Session, Geneva, Nov. 2007;

ILO: *Measuring decent work*, Report of the Director-General, doc. GB.301/17/6, 301st Session, Geneva, Mar. 2008.

Косановић Рајко, Пауновић Сања, Вујасиновић – Дучић Дивна, ПРИСТОЈАН РАД-DECENT WORK, Савез самосталних синдиката Србије и Swiss Labour Assistance (SLA), Београд, 2009.

Људска права (интернет брошура), Београдски центар за људска права, Доступно: www.bgcentar.org.rs/documents/П5ecosoc, стр. 1. (10. јул 2018.)

Mantouvalou Virginia, Are Labour Rights Human Rights, *European Labour Law Journal*, Volume 3, No 2, 2012..

Перић - Ковачевић, Слободанка, Пристојан рад (монографија), Правни факултет Универзитета у Приштини, Graficoolog (Краљево), Београд, 2013.

Перић-Ковачевић Слободанка, Људска права на раду у савременом развоју (права или привилегије), Радно и социјално право, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, бр. 1., Година XVII, Београд, 2013.

Пешић Ратко, Право Међународне организације рада: порекло – структура – делатност, Нови Сад, 1969.

Шундерић Боривоје, Социјално право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009.

Шундерић Боривоје, Право Међународне организације рада, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2001.

„Службене новине“, бр. 95-XXII/1927. године.

„Службени лист ФНРЈ“– Међународни уговори (додатак), бр. 9/1958.

„Службени лист СФРЈ“– Међународни уговори, бр. 34/1971.

Др Дејан М. МИРОВИЋ*

349.6(4-672EU)
502.1::341(100)

МЕЂУНАРОДНО ПРАВО И ПРИМЕНА ЕУ ЗАКОНОДАВСТВА У СРБИЈИ

Апстракт: У основи концепта одрживог развоја налази се захтев да се задовоље садашње потребе друштва на начин који не угрожава потребе будућих генерација. У том контексту, међународно јавно право укључује међународно право заштите и очувања животне средине. Овај део међународног јавног права је у "настајању" и не може се посматрати ван међународног јавног права као независно право, као што то тврди постпозитивистичка теорија доминатна на Западу након завршетка Хладног рата. Зато су формални извори међународног права заштите околине, у суштини, извори који се наводе у члану 38. Статута Међународног суда правде УН из 1945. године. Такође, иако се концепт одрживог развоја најчешће тумачи у смислу еколошких услова живота, он је далеко шири од тога. Одрживи развој обухвата и економски и социјални аспект (по многим и аспект културе), који нужно прати институционално уређење. Са друге стране, Република Србија се налази у процесу придруживања ЕУ и усаглашавања домаћег законодавства са законодавством ЕУ – аки комунитером. Поглавље 27 у преговорима са ЕУ регулише заштиту животне средине на основу Лисабонског уговора из 2007. године, тачније члана 11 Уговора о функционисању ЕУ. У Републици Србији, **Сектор за међународну сарадњу и европске интеграције у оквиру Министарства заштите животне средине надлежан је за праћење и извештавање о спровођењу обавеза Министарства у процесу европских интеграција у области животне средине као и за сарадњу са другим органима државне управе у оквиру Преговарачке групе 27, преговарачким тимом и институцијама ЕУ.** Међутим, ни овај преговарачки процес се не може посматрати ван општих односа између ЕУ и Републике Србије који су у правном смислу *sui generis*.

Кључне речи : Одрживи развој, аки комунитер, ЕУ, Србија, међународно јавно право

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

МЕЂУНАРОДНО ЈАВНО ПРАВО, МЕЂУНАРОДНО ПРАВО ЗАШТИТЕ И ОЧУВАЊА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВОСУЂЕ

У теорији међународног јавног права се појам одрживог развоја, пре свега, везује за заштиту животне средине. Исти приступ постоји деценијама и у пракси међународних судова. У иностраној правној теорији истиче се да су се случајевима из ове области бавили још Стални суд међународне правде Друштва народа, након Другог светског рата Међународни суд правде, Европски суд правде, Европски суд за људска права, Светска трговинска организација и бројне арбитраже. Такав став заступа Tim Stephens (*Stephens*, Т. 2009. стр. 19-61) професор међународног права из Аустралије.¹

Најпознатији случајеви пред међународним судовима који су се бавили и проблематиком у области заштите животне средине су:

1. Пред Сталним судом међународне правде Друштва народа - *Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland)* из 1925 године, *Diversion of Water from the River Meuse (Netherlands v. Belgium)* из 1937. године.²

2. Након другог светског рата пред Међународним судом правде УН: *Asylum (Colombia/Peru)* из 1950. године, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)* из 1970 године, *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)* из 1992. године, *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)* из 1949. године (ово је иначе и први случај пред Међународним судом правде УН), *East Timor (Portugal v. Australia)* из 1995. године, *Fisheries Jurisdiction (Germany v. Iceland)* из 1974. године и *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)* (познати спорови око риболова у Северном мору) из 1973. године, *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark, Federal Republic of Germany v. Netherlands)* из 1969. године (такође спорови око Северног мора), *Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada)* из 1998. године, *Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)* из 1997. године, *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria)* из 1998. године, као и *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)* из 1993. године.³

Такође, пред Међународним судом правде је покренуто и саветодавно мишљење: *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* из 1996. године (на захтев или питање Светске здравствене организације).

² Детаљније о овим случајевима на званичном сајту Сталног суда међународне правде : Permanent Court of International Justice <http://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>.

³ Детаљније о овим случајевима на званичном сајту Међународног суда правде: International Court of Justice Cases - List of All Cases <http://www.icj-cij.org/>

3. Еколошки проблеми су разматрани и пред СТО (ГАТТ), на пример у случају *Canada – Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon*, из 1988. године.

4. На европском континету (у вези са случајевима који су покретали појединици) најважније пресуде пред Европским судом за људска права у Стразбуру су *Chassagn v. France* из 1999. године, *Fadeyeva v. Russia* из 2005. године, *Gomez v. Spain* из 2004. године, *Hatton and Others v. United Kingdom* из 2003. године, *Kyrtatos v. Greece* из 2003. године.⁴

5. У оквиру ЕУ делује Европски суд правде који је такође разматрао еколошке проблеме, на пример у случају *Commission of the European Communities v. French Republic* из 1990. године.

6. Коначно, и у арбитражама су се разматрали еколошки пробелеми. Арбитража *Island of Palmas (Netherlands/US)* из 1928. године је иначе једна од најпознатијих арбитражних одлука у правној историји.

Међутим, треба нагласити да се претходно наведени случајеви, саветодавна мишљења и арбитраже нису бавили само заштитом животне средине. Надлежност међународних судова је била много шира и није се ограничавала само на одрживи развој и заштиту животне средине (Стални суд међународне правде и Међународни суд правде су се бавили споровима између држава или саветодаваним мишљењима, Европски суд кршењем људских права). У том смислу чак и саветодавна мишљења Међународног суда правде поводом употребе нуклеарног оружја и његових штетних последица нису била фокусирана само на еколошке проблеме. У саветодавном мишљењу Међународног суда правде из 1996. године поводом употребе нуклеарног оружја (донето на захтев Светске здравствене организације) разматрало се питање „Да ли би употреба нуклеарног оружја од стране једне државе за време рата или другог оружаног конфликта представљала кршење њених обавеза по међународном праву укључујући и устав СЗО, у погледу утицаја на здравље и околину“ (Царић, С. 2009. стр. 150-154).

Зато се у модерној правној теорији све чешће разматра и могућност оснивања међународног трибунала који би се бавио само заштитом животне средине (*Stephens*, Т. 2009. стр. 50).

Оснивање таквог новог трибунала има своја правна ограничења. Међународно право заштите и очувања животне средине је „право у настајању“ сматра српски професор међународног јавног права и судија Међународног суда правде УН, Миленко Крећа (Крећа, М. 2012. стр. 690-

⁴ Детаљније о воми случајевима на званичном сајту Европског суда за људска права: *European Court of Human Rights-ECHR*, www.echr.coe.int

717). Такође, предмет ове нове гране праве међународног јавног права није јасно одређен. Према екстезивној концепцији, животна средина представља „јединство спољашњег, физичког елемента и плодова човекове активности“. Са друге стране, према рестриктивној концепцији, животна средина се своди на „на спољашњи, физички оквир за човекове активности“. У том контексту, професор Миленко Крећа сматра да је исправнија екстезивна концепција јер се ослања на чињеницу да постоји међузависност између човекове активности и животне средине, те да због тога она обухвата и шире политичке и правне аспекте, као и област људских права. Са друге стране, у Штокхолмској декларацији из 1972. године (Декларација Конференције УН о животној средини) се прихвата рестриктивна дефиниција. Према тој дефиницији, животна средина даје човеку „физичку одрживост и пружа му могућност за интелектуални, морални, социјални и духовни напредак“. Дакле, преурађена је тврдња постпозитивистичке правне теорије (настала након окончања Хладног рата) да је међународно право заштите и очувања животне средине независно од међународног јавног права. Оно је још увек део међународног јавног права, а то показује и судска пракса.

УНИВЕРЗАЛНИ ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЗАШТИТЕ И ОЧУВАЊА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ, ШТОКХОЛМСКА ДЕКЛАРАЦИЈА ИЗ 1972. И ДЕКЛАРАЦИЈА О ЖИВОТНОЈ СРЕДИНИ И РАЗВОЈУ ИЗ РИО ДЕ ЖАНЕИРА ИЗ 1992.

У контексту јединства међународног јавног права треба посматрати и изворе међународног права заштите и очувања животне средине. У члану 38. Статута Међународног суда правде УН из 1945. године се набрајају ови основни извори (Ле Фир, Л. 2008. стр. 393). Овај члан је преузет из Статута Сталног међународног суда правде. Најважнији извори према члану 38. Статута Међународног суда правде УН из 1945. године су међународни уговори - билатерални и мултилатерални. Истом аналогijом се може закључити да су најважнији извори међународног права заштите и очувања животне средине међународни мултилатерални уговори. Најважнији мултилатерални уговори у оквиру међународног права заштите и очувања животне средине су:

1. Декларација Конференције УН о животној средини или Штокхолмска декларација из 1972. године. Ово је најважнији извор међународног права заштите и очувања животне средине јер је на основу Штокхолмске декларације основана агенција Уједињених нација за заштиту животне средине – UNEP.

2. Уговор о забрани нуклеарних проба из 1963. године. Средства масовног уништења имају огромно и константно разорно дејство на животну средину. Посебно је у том смислу опасно нуклеарно оружје.

3. Декларација о животној средини и развоју из Рио де Жанеира из 1992. године. Основна разлика у односу на Штокхолмску декларацију је у чињеници да она наглашава улогу човека у одрживом развоју. Такође, она проглашава одрживи развој за „врховни принцип“ међународног права заштите и очувања животне средине (Крећа, М. 2012. стр. 690-717). Прецизније, у члану 3 Декларације о животној средини и развоју се истиче да „право на развој мора бити испуњено тако да једнако задовољава потребе развоја и заштите околине садашњих и будућих генерација“. Ова дефиниција је општеприхваћена у модерном праву. Према Декларацији о животној средини и развоју, концепција одрживог развоја треба да се састоји (између осталог) од веће бригае о домородачком становништву и демографској политици, принципа превенције штете, као и захтева (принципа) да загађивач сноси трошкове отклањања последица загађења.

Поред ових примарних извора међународног права заштите и очувања животне средине постоје и секунадарни извори. То је такозавно меко право или *soft law* које обухвата резолуције и декларације међународних тела и организација у овој области.

ЕВРОПСКИ ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ЗАШТИТЕ И ОЧУВАЊА ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ, ЛИСАБОНСКИ УГОВОР ИЗ 2007., ПОВЕЉА О ОСНОВНИМ ПРАВИМА ЕУ

Лисабонски уговор из 2007. године⁵ је најважнији извор примарног права Европске уније. Након ступања на снагу 2009. године он је преузео (и допунио) најважније одредбе примарног права Европске уније.⁶ Од 2008. године и потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању Република Србија је у процесу придруживања ЕУ, а од 2012 године је и у статусу кандидата за чланство у ЕУ. Зато треба констатовати да, иако Република Србија није део Европске уније, Лисабонски уговор је већ

⁵ Лисабонски уговор је ступио на снагу 1. децембра 2009. године. Српски превод, који је највише коришћен у овом раду, Милутин Јањевић је објавио под насловом "Консолидовани Уговор о Европској унији; и Уговор о функционисању Европске уније (2008/С 115/01) са Повељом о основним правима Европске уније".

⁶ Лисабонски уговор или Уговор из Лисабона, назив је за документ о измени и допуни Уговора о Европској унији и Уговора о оснивању Европске заједнице. Лисабонски уговор је потписан од стране земаља чланица Европске уније 13. децембра 2007. године. Међутим, ступио је на снагу тек након скоро две године од потписивања у главном граду Португалије - 1. децембра 2009. године.

присутан у српским законима (и српској јавности). У том контексту, фондација Фридрих Еберт (2010. стр 7-9) пише поводом Лисабонског уговора и такозваних европских интеграција у Србији: „Може се без претеривања тврдити да је тема 'европска интеграција' снажније присутна у српској политичкој и научној јавности него у било којој држави чланици ЕУ, укључујући и шест држава које су основале ЕУ“. Да ли таква врста фокусираности на само једну тему доприноси неутралнијем научном и правном приступу, посебно је питање. Ипак, има и добрих ефеката такве (помало неприкладне) фокусираности на тему чланства Републике Србије у ЕУ. То је имплементирање аки комунитера или европског права у области међународног права заштите и очувања животне средине, односно члана 3 Уговора о Европској унији и члана 11 Уговора о функционисању ЕУ у српски правни систем.⁷ У члану 3 Уговора о Европској унији (бивши члан 3 Мастрихтског споразума или уговора из 1992.), којим се аки комунитер по први пут значајно шири и ван уске економске области (Ракић, Б. 1997. стр. 20 и 80; Јовановић, М. 2006. стр. 26),⁸ се истиче важност очувања животне средине. У члану 11 Уговора о функционисању ЕУ се наводи да "Захтеви који се постављају у погледу заштите животне средине морају бити интегрисани у дефинисање и споровођење политика и акција Уније, нарочито да би се унапредио дугорочни развој" (бивши члан 6 Уговора о Европској заједници). О важности члана 11 говори и чињеница да се он налази на почетку Уговора о функционисању Европске уније, испод наслова II који регулише одребе "опште примене". Такође, постоји и посебан одељак (наслов XX чанови 191-193) који регулише животну средину. У њему се у члану 191 преузимају принципи утврђени у Декаларацији о животној средини и развоју из Рио де Жанеира из 1992. године - да је "загађивач платилац" и да је превенција еколошке штете изузетно важна за одрживи развој. Такође, и у Повељи о основним правима ЕУ се у члану 37 се истиче важност заштите животне средине и принципа "дугорочног развоја". Ове правне одредбе из примарног права ЕУ се у суштини (иако је Устав

⁷ Лисабонски уговор условно се може поделити на два подједнако важна дела. Први део је Уговор о Европској унији (у суштини, измене и допуне Уговора из Мастрихта од 7. фебруара 1992. године). Други део Лисабонског уговора је Уговор о функционисању Европске уније (у суштини, измене и допуне Уговора о оснивању Европске заједнице). Наравно, ова два дела Лисабонског уговора прате и протоколи, укупно њих 37. Уз Лисабонски уговор иду и два анекса (о пренумарацији чланова), а уз њега су приложене и декларације - укупно 65.

⁸ О Уговору из Мастрихта у том контексту пишу и: Craig P., De Burka G. "EU Law" Oxford University Press, 2008, 14.

Републике Србије недоречен по том питању директне примене и односа аки комунистера и српског права) директно имплементирају у српски правни систем након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању са ЕУ 2008. године.

АКИ КОМУНИТЕР И РЕПУБЛИКА СРБИЈА, ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ У ВЕЗИ СА ПОГЛАВЉЕМ 27 У ПРЕГОВОРИМА СА ЕУ

Након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању (ССП) 2008. године Србија се обавезала да имплементира аки комунитер у свој правни систем. Таква обавеза је превиђена чланом 1 ССП и посебно чланом 72 ССП-а у којем се наводи да „стране признају важност усклађивања важећег српског законодавства са законодавством Заједнице и његове делотворне примене“. Такође, у члану 88 се наводи да је „одрживи развој“ заједнички циљ Србије и ЕУ. У члану 110 ССП се наглашава значај нуклеарне сигурности, а у члану 111 ССП-а очување животне средине са „кључним задатком заустављања даље деградације и побољшања постојећег стања у области животне средине у циљу остваривања одрживог развоја“. Након потписивања ССП-а 2008. године Република Србија је усвојила неколико стотина такозваних европских закона до 2017. године. Они су имплементирали претходно наведене одредбе из примарног права ЕУ, али и бројне секундарне изворе аки комунистера као што су уредбе, упуства, препоруке, одлуке, мишљења и резолуције у области заштите животне средине. Поред тога, након стицања статуса кандидата за ЕУ 2012. године, Република Србија је отворила неколико поглавља у преговорима са ЕУ (после децембра 2015. године). Међутим, после правне анализе стања позитивног законодавства у Србији (која је, везано за животну средину, започета у другој половини 2014. године) констатовано је да је најлошија ситуација управо у области животне средине, односно у поглављу 27. Ништа се није променило ни до 2017. године иако је у Републици Србији формиран **Сектор за међународну сарадњу и европске интеграције у оквиру Министарства заштите животне средине који је надлежан за праћење и извештавање о спровођењу обавеза Министарства у процесу европских интеграција и у области животне средине, као и за сарадњу са другим органима државне управе у оквиру Преговарачке групе 27. Зашто је поглавље 27. овако лоше рангирано од стране ЕУ? Нису само у питању економски разлози (наводи се улагање од око 10 милијарди евра у следећих 25 година) или недовољна улагања из ИРА фондова, која су у пракси за најмање четвртину мања од обећаних (зато са скепсом треба узети у обзир цифру од око 100 милиона евра предвиђену за еколошке проблеме у Брусу, Блацу, Краљеву и Нишу). Правна анализа примене аки комунистера у Републици Србији у периоду 2008-2017. показује озбиљне системске**

проблеме који су ескалирали управо у вези са поглављем 27. Ти правни пробелеми су следећи: политичко форсирање независности такозваног Косова од стране ЕУ, тј. квазиправног приципа *sui generis* који ствара недоумице око важења српских закона (истовремено таквих дилема нема када треба плаћати дуг Косова и Метохије ММФ-у и Светској банци) или њихове територијалне надлежности. Довољан је пример језера Газиводе или комбината Трепча да се разуме о каквом се правном хаосу ради. Са друге стране, српска страна од 2008. године користи инертно/формалистички приступ када се ради о примени аки комунитера у свим областима. Прецизније, српски законодавац уопште не примењује начело супсидијарности. То доводи до доминације аки комунитера у односу на српско право. Често се одредбе аки комунитера без основа повезују са садржином закона, тј. не постоји *nexus*, показује досадашња пракса. Такође, српски правници и чиновници немају довољни степен познавања права ЕУ који би им омогућио правилно тумачење аки комунитера приликом директног дејства у српском правном систему. Такав инертно/формални приступ је довео до "инфлације" закона који немају *nexus* са правом ЕУ, нити повезаност са реалном ситуацијом у Републици Србији. Такве аномалије су посебно видљиве у области одрживог развоја и заштите животне средине и зато је са правом поглавље 27 оцењено најлошијом оценом у процесу придруживања Србије ЕУ. Проблем ће бити све већи јер је предвиђено да треба донети или изменити око 700 прописа.

Решење се може наћи у проучавању деценијске праксе међународних судова у овој области, примени најважнијих формалних правних извора у овој области, али и поштовању основних начела међународног јавног права као правне области која обухвата и међународно право заштите и очувања животне средине.

Dejan MIROVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

INTERNATIONAL LAW AND THE IMPLEMENTATION OF EU LEGISLATION IN SERBIA

Summary

In the foundation of the sustainable development concept there is a requirement that the present needs of the society be met in a way that it does not jeopardize the needs of future generations. In that context, the international public law especially emphasizes the international law on the environmental protection.

This part of the international public law is “in its infancy” and it cannot be observed outside the international public law as an independent law as it is claimed by the post-positivistic theory, dominant in the West after the end of the Cold War. That is why the formal sources of the international law on the environmental protection are actually the sources referred to in the Article 38 of the Statute of the UN International Court of Justice from 1945. Also, even though the concept of sustainable development is most often interpreted in terms of ecological conditions of living, it is far more than that. Sustainable development comprises both economic and social aspects (and, according to many, the aspect of culture as well), which necessarily correspond with the institutional system. On the other hand, the Republic of Serbia is in the process of EU association and the harmonization of domestic legislation with the legislation of the EU - *acquis communautaire*. Chapter 27 in the EU accession negotiations regulate the environmental protection according to the Treaty of Lisbon from 2007 or Article 11 of the Treaty on the Functioning of the EU. In the Republic of Serbia, the Sector for international cooperation and the process of European integration within the Ministry of Environmental Protection is in charge of monitoring and reporting on the implementation of the obligations of the Ministry in the process of EU integration in the field of environmental protection; the cooperation with other state administration bodies within the Negotiating group 27, the negotiating team and the EU institutions. However, neither this negotiating process can be observed outside the general relations between the EU and the Republic of Serbia which are *sui generis* in legal terms.

Keywords: Sustainable development, *acquis communautaire*, EU, Serbia, international public law

ЛИТЕРАТУРА:

European Court of Human Rights-ECHR. Преузето 14.10.2017. са сајта www.echr.coe.int

International Court of Justice Cases - List of All Cases. Преузето 13.10.2017. са сајта <http://www.icj-cij.org/>

Јовановић, М. (2006). *Европска економска интеграција*, Београд: Економски факултет Универзитета у Београду

Консолидовани Уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније (2008/С 115/01) са Повељом о основним правима Европске уније. (2009). Превод: Јањевић, М.

Крећа, М. (2012). *Међународно јавно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ле Фир, Л (2008). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Permanent Court of International Justice. Преузето 13.10.2017. са сајта <http://www.icj-cij.org/en/pcij-series-a>

Ракић, Б. (1997). *Хармонизација југословенског права са правом Европске уније*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Stephens, T. (2009). *International Courts and Environmental Protection*. Cambridge: Cambridge University Press.

Фондација Фридрих Еберт. (2010). *Уговор из Лисабона: сигурна лука или почетак новог путовања?*, Београд: Службени гласник.

Царић, С. (2009). *Саветодавна мишљења у међународном правосуу*. Београд: Службени гласник.

Craig, P., De Burca, G. (2008). *EU Law*. Oxford: Oxford University Press.

Др Бојан БОЈАНИЋ*

342.511(497.11)

НЕДОСЛЕДНОСТИ УСТАВНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ

Апстракт: Уставноправни положај председника Републике је предмет сталних расправа у научним круговима од успостављања вишестраначја у Србији и подједнако важи за оба српска устава у овом периоду. Једна група теоретичара видела је председника Републике као институцију која ремети равнотежу власти и надмоћна је како у односу на другу грану бифедалне егzekутиве, тако и на законодавну власт. С друге стране, има и онох који су истицали да легитимитет који произлази из непосредног избора председника Републике није пропраћен одговарајућим овлашћењима и да он, у ствари, не чини део активне, већ пасивну власт, не успевајући да досегне (ни) Констанов идеал и постане „умеравајућа власт“.

Намера нам је да у овом раду пажњу усмеримо на питања која се тичу надлежности председника Републике, и то само оних које у највећој мери утичу на обликовање ове институције, и покушамао да дамо свој скромни допринос тражењу одговору на питање у ком правцу треба мењати његов уставни положај – да ли би обим надлежности председника Републике требало усагласити са начином његовог избора или би, пак, у циљу стабилизацији демократије и јачања владавине права требало мењати начин избора шефа државе и сузити његова уставна овлашћења.

Кључне речи: Устав Србије из 2006. – Председник Републике. – Надлежности председника Републике. – Начин избора председника Републике.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Чини се да су бројне контроверзе које је изазивало питање уставноправног положаја председника Републике последица великог одступања његове реалне моћи у односу на уставни и законски оквир, што је било посебно изражено у периоду јаких председника, па су уставна решења критикована управо из те перспективе, а често и кроз призму односа појединих аутора према тадашњем режиму и „доносиоцу“ Устава (што се посебно односи на Устав из 1990.), а не оног што јесу слово и дух Устава. У тим критикама долазили су до изражаја њихово политички ставови, док је

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

објективна и утемељена анализа Устава изостајала. Тако је успостављени систем власти, од стране појединих критичара Устава, означаван као „извитоперен“, „квазипарламентарни систем“, „изопачен“, „уставни систем подешен да обезбеди власт јеног човека“. Други су га дефинисали као: „псеудопарламентаризам“, „квазипрезиденцијализам“, „хибридни председнички систем“, а говорило се и да је он „мешовито решење у коме преовладавају елементи председничког“, „мешовити парламентарно-председнички систем“, „квази-парламентарни са изразито доминантном позицијом председника Републике“, „мешовити систем са значајним примесамa председничког система“, „парламентаризам у рационализованом облику“, ... „има (спољашња) обележја мешовитог система“, а једно од гледишта било је да „када је формално успостављен парламентарно-председнички систем, дошло је до стапања постојећег цезаропопулизма са неком врстом васкрсле народне демократије“.¹

1. НАДЛЕЖНОСТИ ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ

Председник Републике, како то приличи парламентарном систему власти, располаже одређеним надлежностима које се тичу егзистенције друге гране бицефалне егзекутиве. Уставом из 2006. питање предлагања мандатара за састав Владе уређено је на нешто другачији начин у односу на решење које је било прописано Уставом из 1990. године. Наиме, председник Републике предлаже Народној скупштини мандатара за састав Владе, али уз

¹ Павле Николић, „Парламентаризам и систем власти у Југославији данас“, *Од распада до безнађа и наде*, Београд, 1997, 151; Павле Николић, „Скоро као лутрија“, *Од „Устава“ до Устава – прилог сведочењу о једном времену*, Београд 2003, 83; Коста Чавошки, „Трећа Југославија у новом уставном руху“, *Устав као јемство слободе*, Београд, 1995, 119, 121; Милан Јовановић, „Институције и консолидација демократије – две деценије транзиције у Србији“, Верица Михајловић, Зоран Радоњић (ур.), *Две деценије вишестраначја у Србији*, Београд, 2011, 14; Александар Фира, *Записи о правном поретку*, Београд, 1996, 163; Лидија Р. Баста-Посавец, „Уставна демократија и (не)демократска конституција друштва – Србија под Уставом од 1990“, Радмила Накарада и др. (ур.) *Распад Југославије – продужетак или крај агоније*, Београд, 1991, 114–115; Миодраг Јовичић, „Парламентарни систем насупротив председничком и скупштинском систему“, *Србија на прелому векова*, Изабрани списи, књига 6, Београд, 2006, 326; Драган Стојановић, *Устав и политичко законодавство Републике Србије*, Ниш, 1991, 100; Владан Михајловић, „Србија између председничког и парламентарног система власти“, *Зборник радова: Устав Републике Србије – пет година после (2006–2011)*, Ниш, 2011, 60; Ратко Марковић, Предговор, *Устав Републике Србије*, Београд, 1992, III; Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995, 251; Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд, 2011, 208; Милан Петровић, „Парламентарни систем против цезаристичког президенцијализма (цезаропопулизма)“, *Посткомунизам и власт*, Вучина Васовић, Вукашин Павловић (ур.), Београд, 1996, 328.

обавезу да претходно саслуша мишљење представника свих изабраних изборних листа,² док је према претходном Уставу председник Републике имао уставну обавезу да саслуша мишљење представника скупштинске већине. Суштински, чини се да нема велике разлике у погледу могућих последица у односу на различите уставне одредбе два устава, иако је оно што нуди актуелни Устав много више у духу парламентарног система. Једно од основних начела на којима се заснива парламентаризам јесте поштовање права мањине – већина одлучује, али мањина мора да се чује. Колико ће и да ли ће уопште тај шири маневарски простор који сада има председник допринети да се лакше дође до већине, колико ће председник успети да усмерава процес формирања владе³ питање је на које нема једнозначног одговора. Свакако да ће председник који је истовремено и на челу најјаче партије, што је у супротности са духом Устава али је, истовремено, правило које је до сада имало само један изузетак,⁴ имати велику, тј. одлучујућу улогу у поступку образовања скупштинске већине. С друге стране, „слаб председник“, председник који не контролише странку која има највећи утицај у парламенту, неће бити у стању да уз помоћ уставних овлашћења битније утиче на ток поступка образовања Владе.

У сваком случају, било да је реч о слабом или јаком председнику, он мора да се креће у оквирима уставних овлашћења и поштује вољу скупштинске већине, а предлагање кандидата који нема потребну већину само по себи не би имало никакву сврху, већ би то био сигуран пут ка политичкој и институционај кризи, а улога председника Републике није да ремети, већ да допринесе успостављању политичке стабилности.

У оквиру својих изборних овлашћења председник Републике, према садашњем Уставу, у садејству са Народном скупштином учествује у избору две трећине судија Уставног суда. Наиме, са листе од десет кандидата које предлаже Народна скупштина, председник именује пет судија, док он предлаже листу од десет кандидата од којих Народна скупштина бира пет судија Уставног суда.⁵ С правом се може поставити питање у којој мери

² Чл. 112, ст. 1, тач. 3 Устава Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.

³ Дарко Симовић, „Институционалне претпоставке усклађивања уставноправног и реалног положаја председника Републике“, *Наука, безбедност, полиција*, Београд, 2013, vol. 18, бр. 1, 14.

⁴ Од свих досадашњих председника изабраних од доношења Устава из 1990. године једино је Томислав Николић по ступању на дужност поднео оставку на место председника старнке, што је пружио наду да ће бити успостављен уставни обичај који је у духу парламентаризма и Устава РС, а сагласно чињеници да је председник Републике председник свих грађана.

⁵ Чл. 172, ст. 3 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.

ово овлашћење председника Републике представља корак ка слабљењу или јачању његовог положаја у односу на Устав из 1990. године. Наизглед, одговор на ово питање је јасан, председничка позиција је у овом сегменту окрњена у односу на претходни Устав, по коме је председник предлагао све судије, чија је функција била стална, као и председника Уставног суда. Међутим управо је сталност ове функције чинила да је ово овлашћење заправо била привилегија само првоизабраног председника, док би његови наследници тек спорадично били у прилици да предложе понеког судију. С друге стране, иако и даље није самостално, ово овлашћење у одређеним околностима може бити изузетно снажно и довести до тога да председник пресудно утиче на избор већине судија Уставног суда. Наиме, уколико председник Републике за собом има парламентарну већину, онда ће му већи део састава органа надлежног да се стара о уставности и законитости бити „по вољи“.

Председник Републике има и два битна овлашћења у односу на законодавну власт, а то су право распуштања Народне скупштине и право суспензивног вета. Право дисолуције као ни по Уставу из 1990. није могуће реализовати без претходне иницијативе владе.⁶ Владин предлог, према слову оба устава, мора бити образложен. Председнику у том случају стоје на располагању две могућности. Уколико прихвата предлог Владе његова је обавеза да у року од 72 сата донесе указ којим распушта Народну скупштину, или у супротном, уколико не прихвата Владин предлог, он о томе, у истом року, обавештава Владу и јавност.⁷ У одређеним, Законом прецизираним случајевима, председник се неће упуштати у разматрање предлога Владе да распусти Народну скупштину, и то: уколико је у Народној скупштини поднесен предлог да се Влади изгласа неповерење; уколико Народна скупштина није усвојила Владин одговор поводом интерпелације и, напослетку, уколико је Влада поднела предлог да Народна скупштина гласа о поверењу Влади.⁸ С друге стране, распуштање парламента је уставна дужност председника Републике уколико Народна скупштина у року од 90 дана од свог конституисања не изабере Владу или у случају да у року од 30

⁶ Чл. 89, ст. 1 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 1/90; Чл. 109, ст.1 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.

⁷ Чл. 21 ст. 1 Закона о председнику Републике, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 111/2007.

⁸ Чл. 21 ст. 2 Закона о председнику Републике, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 111/2007.

дана након престанка мандата претходној Влади не изабере нову.⁹ Истовремено са распуштањем Народне скупштине председник Републике расписује изборе за народне посланике, а они се имају одржати у року који не може бити дужи од 60 дана од дана расписивања.¹⁰

Право суспензивног вета још један је од механизма који пружа могућност председнику Републике да утиче на законодавну власт. По изгласавању закона у Народној скупштини, њен председник дужан је да најкасније у року од два дана достави закон председнику Републике на проглашење. Председник Републике то чини указом у року од 15 дана од дана изгласавања, а у случају закона донетих по хитном поступку тај рок је краћи, тако да председник има на располагању седам дана за доношење таквог указа.¹¹ По Уставу из 1990, председник је указом проглашавао закон у року од седам дана.¹² Председник, уз одговарајуће образложење у писаној форми, може да врати закон Народној скупштини на поновно одлучивање.¹³ У том случају председник Народне скупштине одмах доставља закон народним посланицима и о томе се одлучује на првој наредној седници Народне скупштине. Уколико Народна скупштина одлучи да се поново гласа о ветираним законима, он се изгласава већином од укупног броја посланика.¹⁴ Народна скупштина, дакле, не мора поново одлучивати о ветираним законима, а, самим тим, суспензивни вето прераста у апсолутни. Према Уставу из 1990. и пословничким одредбама, председник Народне скупштине захтев председника Републике за поновно одлучивање о закону одмах доставља народним посланицима и ставља закон на дневни ред прве наредне седнице Народне скупштине.¹⁵ У пракси се, међутим, супротно позитивноправној регулативи, суспензивни вето претварао у апсолутни јер се догађало да враћени закони више не буду уврштени у дневни ред скупштине. У случају

⁹ Чл. 109 ст. 3, чл.130 ст. 4, чл. 132 ст. 5 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06. и чл. 22 Закона о председнику Републике, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 111/2007.

¹⁰ Чл. 109 ст. 6 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.

¹¹ Чл. 113. Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.

¹² Чл. 84. Устава Републике Србије „Службени гласник Републике Србије“, бр. 1/90

¹³ Чл. 113. Устава Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06. По Уставу из 1990, ветирање закона није морало бити пропраћено писаним образложењем (чл. 84).

¹⁴ Чл. 264. Пословника Народне скупштине, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 52/2010.

¹⁵ Чл. 180. Пословника Народне скупштине, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 69/1994.

да председник Републике у Уставом утврђеном року не прогласи закон, нити захтева да Народна скупштина о њему поново одлучује, указом ће то учинити председник Народне скупштине.¹⁶ Проглашени закони се објављују у „Службеном гласнику Републике Србије“.

Иако би суспензивни вето могао бити снажан механизам у рукама председника Републике, у пракси се он не испољава на тај начин. Наиме, уколико је реч о моћном председнику који има иза себе већину у Народној скупштини, законски предлози који му „нису по вољи“ неће се ни наћи у скупштинској процедури. С друге стране, уколико председник не припада парламентарној већини, закон ће бити изгласан у поновном гласању када је довољно да за њега гласа апсолутна већина од укупног броја посланика, што је строжи услов него што је то иначе потребно за усвајање већине закона, али се мора нагласити да је то уједно и тежа процедура од оне која је била прописана претходним Уставом. Ипак, релативно лако је достижна јер је то већина без које није могуће опстати на власти. Код већине потребне за изгласавање ветираниог закона спорно је, међутим, то што је она у појединим, истини за вољу, не тако честим случајевима једнака, а некада чак и мања од већине потребне за изгласавање закона – оних који се изгласавају квалификованом већином.

Суспензивни вето могао би по политичким ефектима, у условима политичке и парламентарне културе која је код нас на веома ниском нивоу и где се готово сваки предлог који долази од опозиције по аутоматизму одбацује, могао да се изједначи са институтом гласања о неповерењу Влади, јер уколико у поновљеном гласању ветирани закон не би био изгласан, а председник не припада владајућој већини, живот те Владе био би окончан – то би, дакле, значило да она више нема већинску подршку, уз неопходан услов да је реч о законском предлогу који потиче од Владе.

Суспензивни вето није инструмент који је много коришћен у нашој парламентарној пракси. У периоду од увођења вишестраначја до данас, председници Републике су искористили ово овлашћење 17 пута, при чему је за њим највише посезано 1992. године – шест пута, 1991. године четири пута и 2005. три пута. У табели која следи дат је преглед ветираних закона.

¹⁶ Чл. 265 Пословника Народне скупштине, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 52/2010.

Табела бр. 1. Преглед закона које је председник Републике вратио Народној скупштини на поновно одлучивање у периоду од 1991–2018

Година	Назив закона
1991.	Закон о враћању Српској православној цркви зграда задужбина, зграда-легата, службених зграда и грађевинског земљишта која су прешла у друштвену својину
1991.	Закон о штрајку
1991.	Закон о радним односима
1991.	Закон о судовима
1992.	Закон о основној школи
1992.	Закон о средњој школи
1992.	Закон о престанку важења Закона о Академији наука и уметности Косова
1992.	Закон о слободној куповини и продаји девиза по тржишној вредности у банкама Србије
1992.	Закон о вишој школи
1992.	Закон о Јавном предузећу „Политика“
1993.	Закон о обављању уметничке и друге делатности у области културе
1994.	Закон о условима и поступку за прекид трудноће
2005.	Закон о раду
2005.	Закон о Влади
2005.	Закон о изменама и допунама Закона о радиодифузији
2010.	Закон о изменама и допунама Закона о порезу на додату вредност
2015.	Закон о посебним условима продаје одређених непокретности у својини Републике Србије

(Извор: Отворени парламент, Скупштински информатори)¹⁷

За разлику од Устава из 1990. године, Митровданским уставом председнику Републике ускраћена су нека посебна овлашћења којима је располагао у тзв. нередовним стањима. Одлука о проглашењу ратног и ванредног стања додељена је Народној скупштини, а уколико она није у могућности да се састане, одлуку доносе председник Републике, председник Народне скупштине и председник Владе. Ово решење коме се са аспекта демократичности не може приговорити, наилази на критике код неких наших теоретичара. Тако Марковић сматра да, с обзиром на чињеницу да председник Републике оличава државно јединство и да та улога има нарочит значај у критичним тренутцима по државу, било би логично да му, по француском моделу, буду додељена самостална овлашћења.¹⁸

2. ИЗБОР И РАЗРЕШЕЊЕ ПРЕДСЕДНИКА РЕПУБЛИКЕ

Начин избора председника Републике у великој мери одређује природу његовог положаја и у непосредној је вези са овлашћењима којима он располаже. Као и по Уставу из 1990. године, Митровданским уставом предвиђен је непосредан начин избора председника Републике, тако да је он орган власти са најширим демократским легитимитетом. Изборни поступак који започиње 90 дана пре истека мандата председника Републике, расписивањем избора од стране председника Народне скупштине, регулисан је законом.¹⁹

За разлику од од поступка избора, одговорност председника Републике митровдански уставотворац нормирао је на другачији начин у односу на Устав из 1990. године. Разлика се огледа и у терминологији, па је тако опозив „замењен“ разрешењем. За кршење првог Устава након повратка либерално-демократској уставности, санкција је била опозив, а суд о томе да ли је председник Републике прекршио Устав доноси Народна скупштина двотрећинском већином укупног броја народних посланика. Уколико Народна скупштина оцени да је председник Републике прекршио Устав, о опозиву одлучују они који су председника изабрали – бирачи, непосредним и

0%B0-%D1%81%

[D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%88%D1%82%D0%B8%D0%BD%D0%B0.1.htmlhttp://www.otvoreniparlament.rs/](http://www.otvoreniparlament.rs/), 25. фебруар 2016, Бојан Бојанић, *Парламент у уставном развоју Србије*, Докторска дисертација, Косовска Митровица 2016, 252.

¹⁸ Ратко Марковић, *Одговорност председника Републике према уставима Републике Србије од 1990. и 2006. године*, Александар Фира, Ратко Марковић (ур.), *Два века српске уставности*, Београд 2010, 33.

¹⁹ Чл. 114. Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06; Закон о избору председника Републике, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 111/2007 и 104/2009 – др. закон

тајним гласањем. Поступак опозива био је додатно отежан условом да је неопходно да се за одлуку о опозиву изјасни половина од укупног броја бирача, што је двоструко већи број од оног којим је могуће изабрати председника Републике.²⁰

Санкција која је прописана Митровданским уставом за кршење Устава је разрешење, а њене последице су једнаке као и у случају опозива, председнику Републике престаје функција пре истека његовог мандата, али је пут до ње другачији.²¹ Поступак разрешења може да покрене најмање једна трећина народних посланика, подношењем предлога да се то питање уврсти у дневни ред. Народна скупштина о овом предлогу одлучује већином гласова свих народних посланика.²² О повреди устава, најкасније у року од 45 дана, по покренутом поступку за разрешење, Уставни суд је дужан да одлучи о постојању повреде Устава. Међутим, иако би било логично да се поступак разрешења окончава када орган надлежан за заштиту највишег правног акта донесе своју одлуку којом утврђује повреду Устава, то није случај, већ одлуку о разрешењу доноси Народна скупштина, двотрећинском већином укупног броја народних посланика. Оваквом поступку могу се ставити најмање две примедбе. Прво, било би логичније да о разрешењу председника Републике одлучују они који су га изабрали – бирачи, а друга примедба се односи на позицију Уставног суда у овом поступку. Наиме, његова улога је таква да може само да деградира његов положај у уставном систему, јер иако је то једини орган који је компетентан да одлучује о повреди Устава, његова „реч“ није коначна, поступак се не завршава у Уставном суду, већ и у случају када постоји повреда Устава од стране председника Републике, Народна скупштина није дужна да га разреши функције. Међу нашим теоретичарима изношен је и став да је требало прецизније утврдити које повреде Устава представљају основ за разрешење.²³

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Непосредан начин избора, као што смо видели, није пропраћен одговарајућим овлашћењима, па су, у циљу отклањања уставних

²⁰ Чл. 88. Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 1/90; Чл.6. и 9. Закона о избору председника Републике, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 1/90, 7/92.

²¹ Р. Марковић (2010), 29.

²² Чл. 118 Устава Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/06.; Чл. 234 Пословника Народне скупштине, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 52/2010.

²³ Владан Петров, “Нови уставни суд Републике Србије“, *Нова српска политичка мисао – посебно издање: Устав и искушења*, Београд, 2/2008, 77.

недоследности положаја председника Републике, када (ако) дође до уставних промена, могућа два сценарија. Први, по коме би председнику Републике биле додељене нове надлежности, што би значило померање организације власти у правцу полупредседничког система, док би други сценарио био „укалупљавање“ у оквиру парламентарног система, тако што би председника Републике бирала Народна скупштина.

Досадашње искуство недвосмислено показује да непосредно изабрани председник настоји да валоризује непосредан демократски легитимитет, а то значи „искакање“ из постављеног нормативног оквира у погледу додељених му овлашћења и задирање у домен надлежности другог дела бицефалне егзекутиве. Но, то није полазило за руком свим председницима, већ само онима који су додатни ослонац налазили у снажној политичкој странци на чијем су се челу налазили и која је располагала стабилном већином у парламенту. Резултат оваквог распореда снага за последицу водио је коришћењу бројних ванинституционалних механизма од стране председника Републике, у циљу успостављања пуне контроле над свим токовима државне политике. Периоди јаких председника, истовремено су били и периоди слабих премијера и обрнуто, када су се на месту председника Републике налазиле бледе политичке фигуре, односно председници који нису имали пуну контролу над владајућом већином у Народној скупштини, најјача полуга власти била је Влада, односно њен председник.

Постојећи уставни оквир, попут оног успостављеног Уставом из 1990. године, шефа државе конципира као јалову институцију, која у пракси тежи омнипотентности, констатује Симовић, при чему као једину делотворну брану хиперпрезиденцијализму, ма колико то на први поглед изгледало контрадикторно, види у проширењу његових уставних овлашћења,²⁴ чиме би био успостављен полупредседнички систем. Чини се да би овакав пут ка отклањању постојећих недоследности уставноправног положаја председника Републике, у нашим условима, био логичнији избор. Оно што се сматра највећим квалитетом полупредседничког система – продужена подела власти која се остварује у оквиру егзекутиве, што у пракси значи да је онемогућена доминација било ког носиоца власти, управо га квалификује ако не као најбоље, а оно без икакве сумње као најмање лоше решење, са највећом шансом да успостави хармонију између нормативног и стварног.

²⁴ Дарко Симовић, Недовољно рационализовани парламентаризам мистровданског уставотворца, Александар Фира, Ратко Марковић (ур.), *Два века српске уставности*, Београд 2010, 195.

Bojan BOJANIĆ, LL.D.

Assistant Proffesor, Faculty of Law

University of Priština temporary settled in Kosovska Mitrovica

THE INCONSISTENCY OF THE CONSTITUTIONAL POSITION OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC

Summary

The constitutional position of the President of the Republic is the subject of ongoing discussions in the scientific circles since the establishment of a multi-party system in Serbia and is equally valid for both Serbian constitutions in this period. A group of theoreticians saw the President of the Republic as an institution that disturbs the balance of power and is superior in comparison with the other branch of the bicefal executive as well as the legislative power. On the other hand, there are also those who emphasized that the legitimacy derived from the direct election of the President of the Republic is not accompanied by adequate powers and that, in fact, he does not form part of an active but passive power, failing to reach Constant's ideal and become "directing power".

In this paper we intend to focus attention on the issues related to the competence of the President of the Republic, and only those that have the greatest influence on the formation of this institution, and we tried to give our modest contribution to seeking a response to the question of the direction in which its constitutional position - should the extent of the competencies of the President of the Republic be harmonized with the method of his election, or if, in order to stabilize democracy and strengthen the principle rule of law, the method of election of the head of state should be changed, and his constitutional powers.

Keywords: Serbian Constitution from 2006. - President of the Republic. - Responsibilities of the President of the Republic. - The way of election of the President of the Republic.

ЛИТЕРАТУРА

Лидија Р. Баста-Посавец, „Уставна демократија и (не)демократска конституција друштва – Србија под Уставом од 1990“, Радмила Накарада и др. (ур.) *Распад Југославије – продужетак или крај агоније*, Београд 1991,

Бојан Бојанић, *Парламент у уставном развоју Србије*, Докторска дисертација, Косовска Митровица 2016,

Милан Јовановић, „Институције и консолидација демократије – две деценије транзиције у Србији“, Верица Михајловић, Зоран Радоњић (ур.), *Две деценије вишестраначја у Србији*, Београд, 2011,

Миодраг Јовичић, „Парламентарни систем насупрот председничком и скупштинском систему“, *Србија на прелому векова*, Изабрани списи, књига 6, Београд 2006,

Павле Николић, „Парламентаризам и систем власти у Југославији данас“, *Од распада до безнађа и наде*, Београд 1997,

Павле Николић, „Скоро као лутрија“, *Од „Устава“ до Устава – прилог сведочењу о једном времену*, Београд 2003,

Ратко Марковић, Предговор, *Устав Републике Србије*, Београд 1992, III;

Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995,

Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2011,

Ратко Марковић, Одговорност председника Републике према уставима Републике Србије од 1990. и 2006. године, Александар Фира, Ратко Марковић (ур.), *Два века српске уставности*, Београд 2010,

Владан Михајловић, „Србија између председничког и парламентарног система власти“, *Зборник радова: Устав Републике Србије – пет година после (2006–2011)*, Ниш 2011,

Владан Петров, „Нови уставни суд Републике Србије“, *Нова српска политичка мисао – посебно издање: Устав и искушења*, 2/2008,

Милан Петровић, „Парламентарни систем против цезаристичког presidencyализма (цезаропопулизма)“, *Посткомунизам и власт*, Вучина Васовић, Вукашин Павловић (ур.), Београд, 1996,

Дарко Симовић, „Институционалне претпоставке усклађивања уставноправног и реалног положаја председника Републике“, *Наука, безбедност, полиција*, 2013, vol. 18, бр. 1,

Дарко Симовић, Недовољно рационализовани парламентаризам мистровданског уставотворца, Александар Фира, Ратко Марковић (ур.), *Два века српске уставности*, Београд 2010,

Драган Стојановић, *Устав и политичко законодавство Републике Србије*, Ниш 1991,

Александар Фира, *Записи о правном поретку*, Београд 1996,

Коста Чавошки, „Трећа Југославија у новом уставном реху“, *Устав као јемство слободе*, Београд 1995.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006,

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 1/90,

Закон о избору председника Републике, *Службени гласник РС*, бр. 111/2007 и 104/2009 – др. закон,

Закон о избору председника Републике, *Службени гласник РС*, бр. 1/90, 7/92.

Пословник Народне скупштине, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 52/2010.

Пословник Народне скупштине, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 69/19.

Ирена БОЖИЋ*

341.67

ЗАБРАНА НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ

Апстракт: Једну од највећих претњи по човечанство данас представља нуклеарно оружје. Последице његових дејстава разорне су како по људе тако и по животну средину. Дозвољеност нуклеарних проби и употреба нуклеарног оружја питања су око којих у међународном праву још увек траје расправа. Још увек није донет међународни уговор који садржи изричиту забрану употребе нуклеарног оружја. Не постоји, на међународном плану, ни апсолутна забрана нуклеарних проби *per se*. Ипак, постигнути су одређени помаци у нуклеарном разоружању као и у стварању одређених зона које су заштићене од нуклеарних проби и употребе нуклеарног оружја.

Кључне речи: *нуклеарно оружје, нуклеарне пробе, Уговор о неширењу нуклеарног оружја, Уговор о забрани тестирања нуклеарног оружја у атмосфери, космосу и под водом, Међународни суд правде*

УВОД

Проблем дозвољености и употребе нуклеарног оружја представља једно од најсложенијих и најконтроверзнијих питања међународног права и међународне политике. Развој и употреба нуклеарног оружја представљају данас можда и највећу опасност за човечанство и свет имајући у виду његово разорно дејство као и неселективно деловање, како на војне тако и невојне циљеве, као и чињеницу да, поред становништва које је захваћено оружаним сукобом, погађа и становништво околних територија. Осим тога, нуклеарно оружје и његова употреба изазивају непоправљиву штету по животну средину а последице његових дејстава су далекосежне и стравичне.

Нуклеарно оружје спада у оружје за масовно уништење, заједно са хемијским, биолошким и сличним оружјима. Сам назив „оружје за масовно уништење“ јасно указује на то колико је значајно забранити употребу али и производњу и поседовање оваквих оружја, а један од начина за то је свакако правно регулисање на глобалном нивоу. Забрану употребе као и производње и поседовања оваквих оружја морале би следити мере разоружања као и уништења постојећег забрањеног оружја под међународним надзором. На жалост, циљ „општег и потпуног разоружања“ постављен у систему УН, који је први пут прокламован Резолуцијом Генералне скупштине 1378 из 1959.

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, irena.bozic@pr.ac.rs.

године и касније поновљен у многим другим резолуцијама, није остварен. До данашњег дана међународно право није решило проблем употребе нуклеарног оружја.

Упркос бројним напорима до данас није донета Конвенција о забрани производње, употребе и држања нуклеарног оружја. Без обзира на непостојање изричите забране употребе нуклеарног оружја не може се рећи да је његова употреба дозвољена. Иако уговорне одредбе међународног права не уређују употребу нуклеарног оружја, забрана његове употребе произлази из норми међународног обичајног права. Осим тога, посредно, норме међународног хуманитарног права које се односе на забрану неселективних оружја и оружја која стварају непотребне патње људима могле би се применити и на нуклеарно оружје. Осим тога, не треба заборавити ни билатералне и мултилатералне уговоре којима су регулисани поједини аспекти нуклеарног оружја као што су Уговор о неширењу нуклеарног оружја, Уговор о космосу, Уговор о забрани тестирања нуклеарног оружја у атмосфери, космосу и под водом, и др.

1. ДОЗВОЉЕНОСТ НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА У ТЕОРИЈИ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА

Међународно хуманитарно право је део међународног права које уређује односе између сукобљених страна у међународном и унутрашњем сукобу, њихова права и обавезе као и однос према лицима које ово право штити. Раније се ово право називало ратно право или право оружаних сукоба што данас није адекватна дефиниција будући да се рат сматра изопштеним из међународних односа иако стварност сваког дана неумитно обара ову премису. Чини се да се сваког дана развијају све опаснија средства и све лукавије методе ратовања захваљујући којима рат превазилази државне границе, води се на свим пољима, како војном тако и економском и технолошком, угрожавајући читав свет. Технолошки напредак човечанства праћен је и наплетком у војној технологији. Тај напредак довео је до појаве нове врсте наоружања у односу на „класично“ оружје од кога се разликује по својој огромној разорној моћи и несагледивим последицама по људе и животну средину. У питању је неуклеарно оружје које данас представља једну од највећих потенцијалних претњи по опстанак човечанства.

Када су 1945. године бачене прве атомске бомбе на Хирошиму и Нагасаки отворена је нова ера у историји човечанства. Прве и једине бачене атомске бомбе показале су свету каква је заиста снага и моћ нуклеарног оружја. На тој основи коју су чиниле нова врста силе и могућност масовног уништења у доба Хладног рата стварани су односи који су држали равнотежу страха. Нова ера отворила је и дебату о дозвољености употребе нуклеарног оружја у теорији међународног права која и данас траје. Велики део доктрине сматра да је забрана употребе овог оружја садржана у постојећим

правилима која се имају применити у оружаним сукобима. Наравно, са друге стране, представници земаља које су нуклеарне силе, као и један део теорије сматрају да је његова употреба легитимна у одређеним случајевима. Они који сматрају да је употреба нуклеарног оружја легитимна у одређеним случајевима полазе од теоријског става чувеног правног и политичког мислиоца Ханса Келзена да оно што није правом забрањено то је правом дозвољено.¹ Чињеница да су САД употребиле атомско оружје 1945. а да тај акт није изричито осуђен као противзаконит у међународној заједници често се наводи као аргумент у прилог дозвољености нуклеарног оружја као и то што на нивоу општег међународног права не постоји норма која забрањује употребу нуклеарног оружја. Самим тим оно што није изричито забрањено може се сматрати дозвољеним. Наводе и примере појединих аката у унутрашњим порецима који допуштају употребу нуклеарног оружја.² Тако се нпр. у приручнику копнених снага САД заузима став да се употреба експлозивног нуклеарног оружја било од копнених, ваздушних или поморских снага, не може сматрати супротном међународном праву док се не донесе посебна забрањујућа норма.³

С друге стране, већи део доктрине је става да је забрана употребе нуклеарног оружја већ обухваћена многим међународним документима којима се забрањује или ограничава употреба одређених врста оружја. Тако Хашки правилник о законима и обичајима рата на копну каже да зарађене стране немају неограничену слободу избора средстава борбе против непријатеља а изричито забрањује употребу ратних средстава која могу да проузрокују сувишне патње.⁴ Женевски протокол из 1925. забрањује хемијско биолошки рат а та забрана сео дноси и на употребу отрова и сличних материја. Обзиром да је дејство радијације слично дејству отрова, неки аутори путем аналогije сматрају да и радијација потпада под одредбе Женевског протокола односно да је употреба нуклеарног оружја забрањена.⁵ Наводе се и Конвенција о забрани усавршавања, производње и стварања залиха биолошког и отровног оружја и о његовом уништавању као и Конвенција о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању.⁶ И најзад, Де Мартенсова

¹ С. Манојловић, *Међународно право и дозвољеност употребе нуклеарног оружја*, Страни правни живот бр. 3, 2009, 362.

² М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2010, 741.

³ С. Манојловић, 362.

⁴ М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, Међународни комитет Црвеног крста, Београд 2002, 299.

⁵ Г. Перазић, *Међународно ратно право*, Култура, Београд 1966, 146.

⁶ М. Старчевић, 339.

клаузула која предвиђа да у случајевима који нису обухваћени посебним прописима ратног права, становништво и учесници рата остају под заштитом и владавином принципа међународног права, будући да они произлазе из обичаја који важе међу цивилизованим народима, закона човечности и захтева јавне свести.⁷ У складу са начелима Де Мартенсове клаузуле као и чињеницом да велики број међународних докумената ограничава начине и средства ратовања, поједини аутори извлаче закључак да је забрана употребе нуклеарног оружја временом постала норма обичајне снаге у међународном праву у смислу да је већ формиран *opinio juris* у том правцу.⁸

2. ДОЗВОЉЕНОСТ НУКЛЕАРНИХ ПРОБИ

Иако у међународном праву нема изричите норме која забрањује употребу нуклеарног оружја постоје бројни уговори и резолуције којима се посредно забрањује употреба нуклеарног оружја или употреба у одређеним подручјима као и тестирање нуклеарног оружја. Тако је 1963. године у Москви усвојен Уговор о забрани тестирања нуклеарног оружја у атмосфери, космосу и под водом.⁹ Уговорне стране су се обавезале да неће вршити тестирање нуклеарног оружја на њиховом подручју или на подручју под њиховом контролом, и то у атмосфери, укључујући и изнадзрочни простор, под водом (подразумевајући територијалне воде и отворено море) те у свакој другој околини ако би експлозија изазвала радиоактивно загађење на територији која је под њиховом контролом. Практично, овај Уговор не забрањује пробе под земљом уз горе наведен услов, па је познат и као Уговор о парцијалној забрани нуклеарних проба. Овај Уговор је имао значај за заштиту животне средине и очување биљних и животињских врста, будући да је успео да спречи загађење околине радиоактивним стварима које би биле последица вршења нуклеарних проби.

Уговор из 1963. је представљао први корак ка крајњем циљу тј. потпуној забрани тестирања нуклеарног оружја. Међународни напори усмерени ка остварењу тог циља убрзали су се након завршетка Хладног рата а кулминирали су 1996. закључивањем Уговора о потпуној забрани тестирања нуклеарног оружја. Нажалост овај Уговор није на снази иако га је потписао и ратификовао велики број држава али не и све оне без чијег потписа не може ступити на снагу а међу којима су наравно државе за које се зна или сумња да поседују нуклеарно оружје (САД, Кина, Северна Кореја, Индија, Иран, Пакистан). Тестирање нуклеарног оружја у Индији и

⁷ М. Крећа, 741.

⁸ Г. Перазић, 146.

⁹ Службени лист СРЈ-МУ бр. 11/63

Пакистану 1998. као и недавно у Северној Кореји показује да је питање нуклеарних проби и даље актуелно.

На данашњем степену развоја међународног права још не постоји апсолутна забрана вршења нуклеарних проби *per se*. Постоје ипак одређени простори који су слободни од нуклеарних проби. Тако можемо рећи да међународно право апсолутно забрањује нуклеарне пробе у атмосфери и под водом што је од великог значаја за очување животне средине. Такође, у свемиру су нуклеарне пробе биле забрањене још уговором из 1963. док је Уговором о начелима која уређују делатности држава на истраживању и искоришћавању свемира, укључујући Месец и друга небеска тела из 1967. свемир демилитаризован па је тако забрањено и вршење проби на небеским телима.

Ни Међународни суд правде се, нажалост, никада није изјаснио о законитости нуклеарних проби, иако је три пута имао прилике за то, 1973. и 1995. када су започети поступци поводом нуклеарних проби које је вршила Француска, и 2014. када су Маршалска острва поднела тужбу против Велике Британије, Индије и Пакистана због вршења нуклеарних проби. Наиме, тужба коју су против Француске 1973. поднеле Аустралија и Нови Зеланд због вршења нуклеарних проби у атмосфери у Јужном Пацифику, остала је без епилога јер је Француска објавила своју одлуку о престанку нуклеарних проби у атмосфери и да прелази на пробе под земљом па самим тим, по мишљењу Суда, захтеви Аустралије и Новог Зеланда немају више сврху. Линијом мањег отпора Суд је закључио да је, на основу изјава које су дате у усменој фази поступка, циљ Новог Зеланда и Аустралије да нуклеарне пробе престану и да је то а не законитост атмосферских нуклеарних проби предмет спора између странака. Иако је тужбом од Суда тражено да утврди да су нуклеарне пробе у атмосфери противне међународном праву, основни захтев тикао се забране даљих проби. До оваковог закључка Суд је дошао на основу тога што није тражена накнада штете као и тога да је захтев за проглашење проби незаконитим био само аргумент за доношење наредбе о забрани даљих проби а не посебан захтев који за последицу има деклараторну одлуку.¹⁰

У периоду између 1974. и 1992. Француска је извела пар подземних нуклеарних проби у Јужном Пацифику. Нови Зеланд је Суду поднео захтев да се та ситуација испита у складу са ставом 63 одлуке из 1974. Суд је наиме установио да он није надлежан да разматра хоће ли Француска одржати реч већ ако ће се утицати на темељ ове одлуке тужитељ може захтевати испитивање ситуације у складу са прописима Статута. Управо у овом ставу Нови Зеланд је нашао основу за подношење тужбе сматрајући да је под

¹⁰ *Nuclear Tests Case, New Zealand v. France, Judgment, ICJ Reports 1974, p. 475, para. 56*, преузето са <https://www.icj-cij.org/files/case-related/59/059-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>

„темељом одлуке“ Суд подразумевао нелеганост нуклеарних проби не само у атмосфери већ било где ако оне узрокују радиоактивно загађење средине. Суд је одбацио тужбу и није разматрао наводе Новог Зеланда истичући да се његова пресуда из 1974. односила искључиво на вршење нуклеарних проби у атмосфери те да се он у овом захтеву не може бавити питањем нуклеарних проби под земљом, чак и у светлу у међувремену насталих правила о очувању животне средине.¹¹

3. РЕЖИМ НЕШИРЕЊА НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА

У циљу бављења питањима која су се појавила открићем нуклеарне енергије Организација Уједињених нација је 1949. основала Комисију за атомску енергију. У чувеном говору „Атоми за мир“ пред Генералном скупштином УН амерички председник Двајт Ајзенхауер изнео је програм којим САД свим заинтересованим државама нуде сарадњу у развоју нуклеарне енергије у мирољубиве сврхе, што подразумева пренос нуклеарне опреме и материјала. С циљем вршења надзора над коришћењем пренесене технологије 1959. основана је Међународна агенција за атомску енергију (*International Atomic Energy Agency-IAEA*).¹² У то време у окриљу УН фокус расправе о нуклеарном оружју помера се са нуклеарног разоружања на спречавање ширења нуклеарног оружја па тако Генерална Скупштина УН 1961. једногласно усваја Резолуцију 1665 која је позната и као Ирска резолуција. Овом резолуцијом нуклеарне државе су позване да се суздрже од преноса нуклеарног оружја или информација потребних за његову производњу, док се ненуклеарном државама препоручује да се обавезу како га неће производити или на други начин прибавити нуклеарно оружје.¹³

У циљу спречавања ширења нуклеарног оружја усвојен је читав низ мера међу којим посебно место заузима Уговор о неширењу нуклеарног оружја (*Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons-NPT*). Потписан 1968. године на период од 25 година ступио је на снагу две године касније. Нацрт Уговора поднеле су САД и СССР а данас има преко 200 страна уговорница. Уговором се признаје статус нуклеарне силе тј. поседовање

¹¹ *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case, New Zealand v. France, ICJ Reports 1995, p. 306, para. 63*, преузето са <https://www.icj-cij.org/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>

¹² G. Bunn, *The Nuclear Nonproliferation Treaty: History and Current Problems*, преузето са https://www.armscontrol.org/act/2003_12/Bunn

¹³ Напори ирске делегације у оквиру УН у циљу скретања пажње на опасност од ширења нуклеарног оружја довели су до усвајања ове резолуције, види https://www.armscontrol.org/system/files/NPT_Timeline.pdf

нуклеарног оружја тадашњим нуклеарним силама (САД, СССР, Француска, Велика Британија, Кина) док се остале земље обавезују да неће тежити стицању статуса нуклеарне силе. Индија, Пакистан и Израел нису стране уговорнице овог уговора па су свој нуклеарни статус стекле без кршења међународне обавезе док се Северна Кореја повукла из Уговора пре проглашења свог нуклеарног статуса. Сирија, Либија, Ирак и Иран су и даље стране уговорнице. Пет нуклеарних сила је осталим државама дало позитивне гаранције безбедности, односно да ће у случају нуклеарног напада на неку од њих одмах деловати у складу са својим обавезама према Повељи УН.¹⁴ Од ступања уговора на снагу стране уговорнице сваких пет година одржавају Конференцију на којој се разматра имплементација уговора од којих су најзначајније оне из 1995 и 2000. године. Конференција одржана 1995. године имала је два задатка, да преиспита примену одредаба уговора и одлучи о његовом продужењу. Због различитог мишљења држава Конференција није успела да усвоји коначан документ о прегледу примене уговора али је без гласања усвојила пакет одлука међу којима је и она о неограниченом продужењу важења уговора.¹⁵

Уговор представља „велики компромис“ којим се настоје решити три фундаментална проблема: неширење нуклеарног оружја, мирољубиво коришћење нуклеарне енергије и нуклеарно разоружање. Дакле Уговор стреми регулисању свих аспеката употребе нуклеарне енергије а не искључиво питања неширења нуклеарног оружја. Основна карактеристика Уговора о неширењу нуклеарног оружја је подела уговорних страна на нуклеарне и нунуклеарне државе и наметање различитих обавеза овим двема категоријама. Нуклеарном државом се сматра она држава која је производила и обављала експлозије нуклеарног оружја или других нуклеарних експлозивних уређаја, пре 1. јануара 1967. године.¹⁶ Овај услов испуњавају САД, Кина, Русија, Француска и Велика Британија и оне се називају *de iure* нуклеарним државама. Индија, Израел, Пакистан и Северна Кореја, с обзиром да поседују нуклеарно оружје а нису странке Уговора, називају се *de facto* нуклеарним државама.

Основна обавеза нуклеарних држава је да не преносе, посредно или непосредно, ниједном примаоцу, било какво нуклеарно оружје или друге уређаје за нуклеарне експлозије или контролу над тим оружјем или

¹⁴ Ж. Новичић, *Нуклеарно оружје у међународној политици*, Међународни проблеми Vol. LVII, бр. 4, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2005, 511.

¹⁵ О. Шуковић, *The 2005 NPT Review Conference*, Годишњак 2004-2005, Удружење за међународно право, Београд 2006, 44.

¹⁶ Чл. IX, ст.3, за цео текст уговора види <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text>

уређајима. Из формулације „ниједном примаоцу“ јасно се види да се ова обавезе не односи само на државе, било оне уговорне стране или не већ и на недржавне ентитете, попут међународних организација и војних савеза. Нуклеарне државе су такође обавезане да ни на који начин не помажу, подстичу или наводе нуклеарне државе да производе или на било који други начин прибаве нуклеарно оружје или друге уређаје за нуклеарне експлозије или да врше контролу над тим оружјем или уређајима. С друге стране, нуклеарне државе се обавезују да неће примити ни од кога било какво нуклеарно оружје или друге уређаје за нуклеарне експлозије или контролу над тим оружјем или уређајима, да неће производити или на било који начин прибавити нуклеарно оружје или друге уређаје за нуклеарне експлозије или контролу над тим оружјем или уређајима, те да неће тражити или примати било какву помоћ у производњи нуклеарног оружја или других уређаја за нуклеарне експлозије. Штета је што уговором нису прецизирани појмови помагања, подстицања и навођења, будући да се ради о доста уопштеним појмовима што даје могућност да се наведена обавезе подвргава субјективној процени сваке државе.

Ниједна од нуклеарних држава, страна уговорница, које комбиновано поседују 98% светског нуклеарног оружја није представила планове за опште и потпуно разоружање нити су објасниле како планирају доћи до „нуле“. Неке од њих тврде да је приступ постепеног смањења „корак по корак“ бољи приступ него забрана, али је темпо смањења значајно смањен у поређењу са деведесетим годинама. Дугорочни планови модернизације и нуклеарне политике свих пет нуклеарних држава које су стране уговора указују на то да оне намеравају да задрже значајне нуклеарне арсенале у догледној будућности. Такође, свих девет нуклеарних држава имају значајне и скупе програме модернизације нуклеарног оружја који су у току што показује да су одлучне да задрже нуклеарно оружје.¹⁷

4. РЕДУКЦИЈА НУКЛЕАРНОГ ОРУЖЈА

Најзначајније мере смањења нуклеарног оружја и разоружања постигнуте су преговорима и двостраним споразумима између САД и Совјетског савеза (SALT-I, SALT-II, START). Уговор којим се предвиђа ограничење стратешког офанзивног оружја (SALT-I) потписан је 1972. између САД и Совјетског савеза. Њиме је договорено да ће обе стране задржати постојећи ниво нуклеарних пројектилских бацача и подморница до постизања уговора о свеобухватнијим мерама. SALT-II потписан је 1979.

¹⁷ Н. М. Kristensen, М. G. McKinzie, *Nuclear arsenals: Current developments, trends and capabilities*, International Review of the Red Cross 2015, 568.

године и имао је за циљ не редукцију већ успоравање модернизације нуклеарних ракета. Сенат САД га није ратификовао тако да никада није ступио на снагу.

Исте године када је потписан SALT-I потписан је и Уговор против балистичких ракета којим се ограничава развој антибалистичких ракетних система САД и СССР. Две године касније закључен је и Уговор о прагу за извођење нуклеарних проба којим се забрањују подземне нуклеарне пробе оружја већег од 150 килотона, а који је ступио на снагу 1990. године. Уговор о елиминисању ракета средњег и кратког домета САД и СССР закључиле су 1987. године. Ступио је на снагу следеће године а потпуно је имплементиран 1991.

САД и СССР 1991. замењују SALT уговоре Уговором о редукцији и ограничењу стратешког офанзивног оружја (START). Уз овај Уговор је наредне године потписан и Лисабонски протокол који омогућава имплементацију уговора у новонасталим околностима с обзиром на распад СССР-а. Њиме је осигурано да Русија, Белорусија, Украјина и Казахстан наставе испуњавање обавеза које је СССР преузео START уговором. Осим тога, обавезале су се да ће у наредних седам година уклонити сво нуклеарно оружје са својих територија и да ће приступити Уговору о неширењу нуклеарног оружја као земље без нуклеарног оружја, што су и учиниле 1993./4. године. Даљи кораци ка смањењу и ограничавању стратешког офанзивног оружја настављено је 1993. године потписивањем START II Уговора. Овај уговор није ступио на снагу нити су обавезе из њега извршене па су се стране 1997. године поново међусобно обавезале на испуњење уговорних обавеза са продуженим роком до 2007. године. САД и Русија су 2002. склопиле Уговор о смањењу стратешких офанзивних снага (SORT) којим су се обавезале да смање број стратешких бојевих глава при чему не морају да их униште већ само размонтирају што им омогућава да их чувају ко резерву¹⁸.

Одређени помак у редукцији нуклеарног оружја постигнут је и Уговором о забрани нуклеарног оружја у Латинској Америци и Карибима, Уговором о нуклеарној зони у Јужном Пацифику, Уговором о зони без нуклеарног оружја у Југоисточној Азији и Уговором о зони без нуклеарног оружја у Африци створене четири зоне без нуклеарног оружја. Ови уговори садрже и Протоколе чије су стране пет признатих нуклеарних сила а којима су се оне обавезале да неће користити нуклеарно оружје против држава у овим зонама.¹⁹ Осим ових, постоји и низ уговора којима првенствени циљ регулисања није нуклеарно разоружање али садрже одредбе о забрани

¹⁸ Ж. Новичић, 511-513.

¹⁹ Н.Раичевић, *Употреба нуклеарног оружја и међународно хуманитарно право*, Годишњак 2004-2005, Удружење за међународно право, Београд 2006, 227.

нуклеарног оружја у одређеним срединама. Такав је случај са Уговором о Антарктику из 1959. којим се забрањују све нуклеарне експлозије и одлагање нуклеарног отпада као и било какве војне активности, војне вежбе, изградња војних објеката, итд. Уговором о начелима која регулишу делатности држава у истраживању и коришћењу космоса укључујући Месец и остала небеска тела из 1967. забрањено је постављање у орбиту око Земље било каквог објекта који носи нуклеарно оружје или било какву другу врсту оружја за масовно уништење, инсталирање таквог оружја на небеска тела, или постављање таквог оружја у космичком простору на било који други начин као и постављање војних база, уређаја и утврђења, тестирање било каквог оружја и извођење војних маневара на Месецу и осталим небеским телима. Уговором о дну мора и океана из 1971. забрањено је смештање нуклеарног и другог оружја за масовно уништење на дно мора и океана и у њихово подземље.

5. МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ И НУКЛЕАРНО ОРУЖЈЕ

Међународни суд правде као врховни судски орган у међународној заједници, који својим одлукама и саветодавним мишљењима снажно утиче на развој међународног права, пропустио је, слично као и са питањем дозвољености нуклеарних проби, да се изјасни о дозвољености нуклеарног оружја и тиме допринесе стварању одговарајуће легислативе. Поводом мишљења које је Суд дао ставови су подељени. И док једни сматрају да Суд није дао јасан и прецизан одговор²⁰, други пак сматрају да се изјаснио на начин да је употреба нуклеарног оружја супротна правилима хуманитарног права.²¹ Чињеница је да су и једни и други у праву. Мишљење Суда оставља простор за различита схватања и истина је да није дат јасан и прецизан одговор. У исто време не може се порећи да се Суд у мишљењу ипак одредио са очигледним неодобравањем у односу на нуклеарно оружје, те његову употребу сместио у оквире постојећих регулатива и забрана у међународном праву.

Наиме 1994. године Генерална скупштина УН обратила се Међународном суду правде са захтевом да хитно донесе саветодавно мишљење о питању да ли је претња или употреба нуклеарног оружја дозвољена међународним правом. У свом захтеву Генерална скупштина је истакла да постојање и развој нуклеарног оружја представља озбиљну опасност за човечанство и позвала се на своје резолуције у којима је употреба нуклеарног оружја означена као кршење Повеље и злочин против човечанства. О поднетом захтеву обавештене су све државе које су

²⁰ В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд 2007, 358.

²¹ Р. Етински, *Међународно јавно право*, Нови Сад 2007, 521.

овлашћене да се појаве пред судом као и Организација УН. У писаној фази поступка поднете су изјаве бројних држава. Након окончања писаног дела поступка Суд је одлучио да се писана фаза учини доступна јавности и да се одржи усмена расправа.

Након детаљног разматрања постављеног питања, Суд је једногласно заузео став да не постоји нити уговорно нити обичајно правило међународног права које не дозвољава претњу нити употребу нуклеарног оружја. Постојећи међународни уговори који се односе на забрану даље производње, продаје или уступања нуклеарног оружја који би довели до стварања нових нуклеарних сила не забрањују изричито његову употребу. Иако се у тим уговорима нуклеарне силе ограничавају оне ипак задржавају могућност да га у неким специфичним ситуацијама употребе. Ни у међународном хуманитарном праву Суд није нашао конкретну забрану употребе нуклеарног оружја, будући да се нуклеарно оружје почело масовније производити и примењивати након што је већи део хуманитарног права кодификован у Женевским конвенцијама из 1949. године. То наравно не значи да је употреба нуклеарног оружја у складу са основним принципима хуманитарног права посебно принципом хуманости, с обзиром на недискриминаторску црту нуклеарног оружја. Оно што је битно јесте да се Суд потврдно изјаснио о примењивости правила хуманитарног права на случајеве употребе нуклеарног оружја. А ако се употреба нуклеарног оружја стави у контекст правила и начела хуманитарног права онда се може видети да став Суда свакако иде у правцу забране овог оружја.

На жалост, држећи се строго постојеће регулативе, са 13 гласова према 3 Суд је нашао да не постоји ни једно обичајно ни уговорно правило међународног права које успоставља универзалну забрану претње или употребе нуклеарног оружја. Према томе, Суд на ово питање није одговорио ни позитивно ни негативно, већ је нашао компромисно решење. Иако Суд због непостојања изричите одредбе која забрањује употребу нуклеарног оружја није могао да заузме став да је та употреба у супротности са међународним правом, не може се извести закључак да Суд сматра да је употреба нуклеарног оружја легитимна. Такав закључак произлази из самог мишљења Суда којим је претња или употреба нуклеарног оружја постављена у крајње рестриктивне оквире. Наиме, Суд је претњу или употребу нуклеарног оружја која би била у супротности са чланом 2. став 4. Повеље УН и уколико не би били испуњени услови за самоодбрану из члана 51. Повеље, означио као противправну. Суд је још истакао да претња или употреба нуклеарног оружја морају бити у складу са правилима међународног права које се примењују у оружаним сукобима, посебно у складу са принципима и правилима међународног хуманитарног права као и са обавезама које произлазе из уговора и других докумената који за предмет имају нуклеарно наоружање. Суд сматра да би претња или употреба

нуклераног оружја генерално била противна међународном праву које се примењује у оружаним сукобима посебно правилима хуманитарног права. Имајући у виду садашње стање у међународном праву, Суд не може дефинитивно одлучити да ли би претња или употреба нуклеарног оружја у екстремном случају самоодбране, када је угрожен опстанак државе, била законита или не. Немогућност да донесе дефинитиван закључак о законитости или незаконитости нуклеарног оружја Суд је нашао и у фундаменталном праву сваке државе на опстанак, односно у праву на самоодбрану, будући да се одредбе Повеће УН које се односе на самоодбрану не ограничавају на неко посебно оружје. Суд, такође обавезује државе да наставе преговоре у доброј вери који ће довести до нуклеарног разоружања под међународном контролом.²²

На крају, поставља се питање у чему је значај овог мишљења с обзиром да Суд није дао јасан одговор на постављено питање? Пре свега, у мишљењу је Суд једногласно утврдио да претња употребом или употреба нуклеарног оружја треба да буде компатибилна са правилима и принципима међународног права које се примењује у оружаној сукобу, посебно са правилима и принципима међународног хуманитарног права. Ово је значајно јер је очигледно да су правила о извођењу непријатељстава уређена Хашким конвенцијама, услед технолошког развоја, постала „застарела“ и да не координирају са новим методама и средствима ратовања и отуда их је било потребно на неки начин ревидирати и усагласити са постојећим стањем. Од велике важности је и позив који је у мишљењу Суд упутио свим државама са нуклеарним наоружањем да наставе преговоре о нуклеарном разоружању, посебно ако се има у виду да то није било део захтева за саветодавним мишењем који је упућен Суду. На овај начин Суд покушава да изврши притисак на државе да поштују своје међународне обавезе, односно у овом случају пошто те обавезе нису стриктно дефинисане, да се, ако је могуће, оне формулишу.

ЗАКЉУЧАК

Постојање и развој нуклераног оружја представљају једну од највећих претњи по човечанство данас. Последице употребе овог оружја су стравичне и далекосежне, како по људе тако и по животну средину. И поред свега тога до данас се у праву није искристалисала апсолутна забрана употребе нуклераног оружја, што је донекле разумљиво ако се има у виду да су државе које поседују нуклеарно оружје уједно и највеће светске силе. То наравно не значи да је употреба нуклеарног оружја дозвољена. Забрана нуклеарног

²² *Legality of the threat or use nuclear weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, преведено и сумирано од стране аутора. Преузето са <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>

оружја може се извући из бројних правила међународног хуманитарног права.

Иако у међународном праву нема изричите норме која забрањује употребу нуклеарног оружја постоје бројни уговори и резолуције којима се посредно забрањује употреба нуклеарног оружја или употреба у одређеним подручјима као и тестирање нуклеарног оружја. Најпре је 1963. године у усвојен Уговор о забрани тестирања нуклеарног оружја у атмосфери, космосу и под водом који је ослободио наведене просторе нуклеарних проби да би 1996. био закључен Уговор о потпуној забрани тестирања нуклеарног оружја. Нажалост овај Уговор није ступио на снагу иако су га потписале и ратификовале многе државе али не све без чијег потписа не може ступити на снагу а међу којима су наравно и оне које поседују или се сумња да поседују нуклеарно оружје. У циљу спречавања даљег ширења нуклеарног оружја 1968. године донет је Уговор о неширењу нуклеарног оружја који има три циља: неширење нуклеарног оружја, мирољубиво коришћење нуклеарне енергије и нуклеарно разоружање. До данас ниједна од нуклеарних сила, страна потписница овог уговора, није представила своје планове како ће доћи до потпуног разоружања. Напротив, њихове нуклеарне политике и дугорочни планови јасно показују да су одлучне у намери да нуклеарно оружје не само задрже већ и унапреде.

Одређени помаци у нуклеарном разоружању и неширењу нуклеарног оружја постигнути су и споразумима закљученим између САД и СССР (SALT-I, SALT-II, START, START- II). Осим тога, одговорајућим регионалним уговорима створене су зоне без нуклеарног оружја у Африци, Југоисточној Азији, Јужном Пацифику, Латинској Америци и Карибима. Постоје и други уговори, којима првенствени циљ доношења није нуклеарно разоружање али забрањују употребу нуклеарног оружја у одређеним областима. Такав је случај са Уговором о Антарктику, Уговором о дну мора и океана, Уговором о начелима која регулишу делатности држава у истраживању и коришћењу космоса укључујући Месец и остала небеска тела.

Велики ветар у леђа забрани нуклеарног оружја и нуклеарних проби могао је да да Међународни суд правде као врховни судски орган чија мишљења и одлуке имају јак утицај на међународно право. Држећи се строго захтева и питања који су му постављени у вези са нуклеарним пробама, Суд је сматрао да је позван само да се изјасни о конкретном случају а не о законитости нуклеарних проби уопште, пропуштајући тако прилику да на свој начин допринесе апсолутној забрани нуклеарних проба. Када је у питању дозвољеност употребе нуклеарног оружја или претња употребом, а поводом питања које му је упутила Генерална скупштина УН, Суд се опет уско и строго поставио. Суд је нашао да не постоји ни једно обичајно ни уговорно правило међународног права које успоставља универзалну забрану

претње или употребе нуклеарног оружја. Наравно, Суд је у свом мишљењу евентуалну употребу нуклеарног оружја ставио у крајње рестриктивне оквире и позвао државе да наставе преговоре у циљу коначног разоружања. Дакле Суд је дао компромисан одговор на постављено питање, ни апсолутна забрана ни слободна употреба али све то не мења чињеницу да је заузео став који оставља простора за различита схватања и да није дао прецизан одговор на питање које му је постављено. Чини се да Суд нагиње забрани нуклеарног оружја али као правно тело такву забрану није могао да нађе у постојећим правилима и прохибицијама међународног права. Такође, употребу нуклеарног оружја ставио је у оквире правила и принципа правила о оружаним сукобима што је врло значајно будући да су та правила постала анахрона услед технолошког развоја па су на овај начин у неку руку ревидирана и усаглашена са постојећим стањем.

На крају можемо рећи да упркос бројним напорима и одређеним резултатима који су постигнути, остаје чињеница да је нуклеарно оружје и даље присутно. Јасно је да би скоро свака употреба нуклеарног оружја довела до повреде међународног права због чега је потребно забрану употребе нуклеарног оружја изричито прописати. Питање је међутим, колико је у реалним околностима и условима, а имајући у виду ко су највећи поседници нуклеарног оружја, могуће донети такву забрану? И ако се донесе, да ли би она била поштована? Нуклеарне силе, иако преузимају одговарајуће обавезе и „раде“ на нуклеарном разоружању, у пракси показују мало или нимало намере и спремности не само да се нуклеарно разоружају већ ни да смање свој нуклеарни арсенал. А случајеви у пракси која показују немогућност санкционисања кршења међународног права, посебно од стране великих сила, стварају велику сумњу да ће овај проблем бити успешно решен.

Irena BOŽIĆ

Assistant, Faculty of Law

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE PROHIBITION OF NUCLEAR WEAPONS IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The existence and development of nuclear weapons is one of the biggest threats to humanity today. The consequences of using these weapons are terrible and far-reaching, both to people and to the environment. Despite all that, to date, the absolute ban on the use of nuclear weapons has not really been crystallized, which is somewhat understandable given the fact that nuclear-weapon states are also the world's largest forces. Of course this does not mean that the use of nuclear

weapons is permitted. The ban on nuclear weapons can be drawn from numerous rules of international humanitarian law

Keywords: nuclear weapons, nuclear test, Nuclear Non Proliferation Treaty, Agreement on banning the testing of nuclear weapons in the atmosphere, the cosmos and underwater, International Court of Justice.

Списак коришћене литературе

1. С. Манојловић, *Међународно право и дозвољеност употребе нуклеарног оружја*, Страни правни живот бр. 3, 2009
2. М.Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2010
3. М. Старчевић, *Извори међународног хуманитарног права*, Међународни комитет Црвеног крста, Београд 2000
4. Г. Перазиић, *Међународно ратно право*, Култура, Београд 1966
5. G. Bunn, *The Nuclear Nonproliferation Treaty: History and Current Problems*, преузето са https://www.armscontrol.org/act/2003_12/Bunn
6. Ж. Новичић, *Нуклеарно оружје у међународној политици*, Међународни проблеми Vol. LVII, бр. 4, Институт за међународну политику и привреду, Београд 2005
7. О. Шуковић, *The 2005 NPT Review Conference*, Годишњак 2004-2005, Удружење за међународно право, Београд 2006
8. Н. М. Kristensen, М. G. McKinzie, *Nuclear arsenals: Current developments, trends and capabilities*, International Review of the Red Cross 2015
9. Н.Раичевић, *Употреба нуклеарног оружја и међународно хуманитарно право*, Годишњак 2004-2005, Удружење за међународно право, Београд 2006
10. В. Димитријевић, Д. Поповић, Т. Папић, В. Петровић, *Међународно право људских права*, Београдски центар за људска права, Београд 2007
11. Р. Етински, *Међународно јавно право*, Нови Сад 2007
12. *Nuclear Tests Case, New Zealand v. France, Judgment, ICJ Reports 1974, p. 475, para. 56*, преузето са <https://www.icj-cij.org/files/case-related/59/059-19741220-JUD-01-00-EN.pdf>
13. *Request for an Examination of the Situation in Accordance with Paragraph 63 of the Court's Judgment of 20 December 1974 in the Nuclear Tests Case, New Zealand v. France, ICJ Reports 1995, p. 306, para. 63*, преузето са <https://www.icj-cij.org/files/case-related/97/097-19950922-ORD-01-00-EN.pdf>

14. *Legality of the threat or use nuclear weapons*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, преузето са <https://www.icj-cij.org/files/case-related/95/095-19960708-ADV-01-00-EN.pdf>
15. Уговор о неширењу нуклеарног оружја, преузето са <https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/npt/text>

ТЕОРИЈСКОПРАВНА И ИСТОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Милорад ЖИЖИЋ*

316.3"20"

ОРГАНИЗАЦИЈА ДРУШТВА ДВАДЕСЕТ ПРВОГ ВЕКА

Апстракт: Досадашњи скоро четири стотине година стар светски поредак, тј. поредак суверених држава-нација, изграђен је и обликован од западних сила и центара моћи. Заснован на принципу и појму суверенитета оствареног мање више успешним наметањем или балансирањем суверенитета међу мноштвом ентитета, стварањем држава-нација, опстаје у различитим турбулентним временима скоро четири века. Тачније, почев од 1648. године, када га је Запад почео стварати након заустављања тридесетогодишњег рата. Двадесетпрви век у првим деценијама пролази кроз буран период са израженим коренитим променама у друштву које су можда и најизраженије од његовог постанка са за сада мање више неизвесним и тешко сагледивим последицама. Урушавање старог и покушаји изградње новог светског поретка прати снажна свеопшта турбуленција у свим друштвеним сферама што усложњава, поред осталог, напоре на сагледавању и изградњи друштвене организације у будућности. Глобализација обухвата и утиче на све токове друштвеног живота, трансформише животе људи у развијеним и неразвијеним деловима света. Три универзална параметра детерминишу феномен глобализације, и то: интеграција (обједињавање), транспарентност (пропустљивост) и хомогеност (једнородност). Глобализација утиче и на системе образовања. Европска унија је реалност у потреби постојања мултиполарног света који треба обухватити све земље Европе, укључујући и Русију, која свој развој, поред осталог, треба да детерминише на светској концепцији хумано контролисаног одрживог развоја и природног прираштаја, на успостављању и јачању социјалних и демократских вредности и на повратку стабилних постулата и проверених вредности некадашњег европског социјално-демократског хуманизма и устројства друштва и привреде, државе и права, са снажним инструментима заштите и контроле и рационалног унапређења. Многи узроци и чиниоци усложњавају односни проблем. Да ли се транзиција људског друштва у овом веку може претворити у „доба гомиле“? Таква могућност није искључена.

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

Кључне речи: организација друштва, 21.век, глобализација, криза, мултиполаран свет, доба гомиле.

1.

Скоро четири стотине година стар светски поредак, тј. поредак суверених држава-нација, изграђен и обликован од западних сила и центара моћи, заснован на принципу и појму суверенитета оствареног мање више успешним наметањем или балансирањем суверенитета међу мноштвом ентитета, стварањем држава-нација, опстаје у различитим турбулентним временима скоро четири века. Тачније, почев од 1648. године, када га је Запад почео стварати након заустављања тридесетогодишњег рата.

Двадесет први век, сучељавање постојећег и надолазећег светског поретка, неповољне климатске промене и непогоде, ратови, тероризам, неоколонијализам, борба за сировине и ресурсе, урушавање традиционалних концепата развоја друштва, државе и права, као и традиционалних вредности, изражено социјално раслојавање на богате и сиромашне (социјална стратификација у експанзији), експанзиван раст становништва у неразвијеним земљама, неолиберализам, Вашингтонски консенсус, неслућена експанзија четврте технолошко иновативне револуције, глобализација, глобално слободно тржиште, јевтино тржиште радне снаге, корпорације, корпоративно управљање, корпоративна безбедност као нови вид безбедности, информациона безбедност у служби заштите корпоративне безбедности, развој управљачког менаџмента прилагођеног корпоративном управљању, интересима и потребама четврте технолошко иновативне револуције и слично, условљавају многе нове 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 које су мање више обележиле крај претходног и почетак двадесетпрвог века.

Покушај заснивања и пројекције таквог приступа у сагледавању свеопштих друштвених кретања и транзиције на почетку трећег миленијума јесте предмет овог рада.

2.

ТРАНЗИЦИЈА ЉУДСКОГ ДРУШТВА У БУДУЋНОСТИ

Трећи миленијум је започео једном до сада најсложенијом свеобухватном транзицијом људског друштва која је у овим првим годинама доста противуречна, хаотична са мање-више непредвидљивим даљим кретањима и последицама.

Ова транзиција људског друштва има и други назив – глобализација. Глобализација као појава, смерница и пракса је циљно пројектована, задата, са циљем да успостави планетарни процес хомогенизације света, утемељен на неолиберализму као идеополитичкој детерминанти, тржишној економији, снажно развијеној техници и технологији и сл, са свим позитивним и негативним последицама које доноси.

Глобализација обухвата и утиче на све токове друштвеног живота. Њен идејни концепт, осмишљавање, структура, као и полуге детерминације и контроле настају у задњим деценијама двадесетог века претежно кроз англосаксонско виђење и пројекцију датости и будуће развојности људског друштва.

Процес глобализације (или транзиције људског друштва у трећем миленијуму) третира се вишестрано, али превасходно као конкретан економски комплекс смештен различитим регионима и местима, где опада значај националне економије (Seassen, 1998, 20-60).

Глобализација неумитно трансформише животе људи у развијеним и неразвијеним деловима света. Глобализациони процеси носе објективни карактер и јављају се као резултат економских, политичких, институционалних и социјалних промена условљених радикалним преображајима у производној сфери под утицајем технолошких и информационих револуција (Халиков, 2004, 23), али и не само њих већ и мноштва других фактора.

Три универзална параметра одликују феномен глобализације (Нечајев, 2004, 14-90), и то: 1) интеграција (обједињавање); 2) транспарентност (пропустљивост) и 3) хомогеност (једнородност). Интеграција као параметар глобализације најбоље се исказује кроз испољавање јединства у различитим сферама друштвене делатности. Транспарентност као распрострањавање, слободни процес и преношење, које подстичу средства масовних комуникација и транспортне технологије, а које се достиже само у условима одређене хомогенизације (једнородности). Хомогеност није само један услов глобализације, него је и њен важан циљ који је подржан „егалитарном политиком“. Хомогеност доприноси ширењу дејства и правила међународних организација, а што би значило примат

међународног права у односу на национално право. Овај параметар подстиче и широку заступљеност енглеског језика, као водећег језика међународног општења.

Неспорно је да глобализација заједно са својим информационим технологијама и иновационим процесима изазива невероватно брзе, револуционарне промене у организацији рада, производњи добара и услуга, односима међу нацијама, локалним културама.

Глобализација као таква са информацијама богатим знањем и иновацијама има дубок утицај и на образовање. Утицај глобализације на образовање не осећа се у довољној мери чак и код оних држава које су највише укључене у глобалне процесе и информациону еру, што би могло довести до закључка да је глобализација ипак превасходно економски и на неком нивоу политички феномен, који мање додирује национално биће. Ипак, глобализација и образовање се узајамно преплићу са мноштвом потешкоћа.

Глобализација превасходно кроз Болоњски процес утиче на високо образовање у Европи, па и у нас. Процес се у нас, као и другде почео одвијати уз све слабости и недоречености (Кулић, 2008, 529-537).

Овим процесом захваћене су и све друштвене студије. За сада, мишљења сам, не баш успешно.

Традиционални европскоконтинентални правни систем задње две деценије трпи удар, лом, велико превирање са понекад за сада неприменљивим или слабо применљивим правним креацијама. Са очитом перспективом урушавања националних правних система и њихове трансформације у условно речено глобалнији интегративни правни систем заснован на сучељаваној смеши англосаксонског и европскоконтиненталног правног система, са мање-више нејасним или недовољно јасним правцима, формама и садржајима даље развојности. Као такав у задњих две деценије требало је да интересно протажира и пружа заштиту зацртаном неолибералном капиталистичком концепту развоја, који је управо произвео и садашњу светску економску и политичку кризу.

Сходно изнетом у кризи је и сам концепт реформе свих врста студија, тиме и студија права. Ако се аналитички обради досадашњи ток реформе студија права и економије на државним и приватним факултетима у Србији, и не само у њој, уочиће се суштински слаб успех реформе, уз одређено наизглед успешно формално обликовање да би се задовољили у приличној мери недоречени или неприменљиви критеријуми акредитационих комисија. Неретко, ништа се мање више суштински није променило, само се формално закомпликовало. И даље је велики раскорак између студијских програма и проблематичних токова друштвене развојности.

Правна и економска наука не прате у довољној мери, нити нуде адекватна решења многих проблема у транзиционим друштвима. Идејних, теоријских креација готово да и нема. Теоријскоправне креације неолибералног капиталистичког концепта су доживеле крах, али се протагонисти истог не предају и даље би задржали своје позиције. Теоријске концепције социјализма, класичног капитализма су историјска прошлост. Шта онда ваља даље чинити? Изгледа нужност настајања неког трећег пута у виду некаквог сурогата државног капитализма са јаким социјалним елементима и социјалдемократском структуром друштва барем у наредним деценијама. Наравно уз мултиполарност и одржив демографски развој у свим државама света, што за сада није случај.

Један општи, као и теоријскоправни, социјални и економски приступ сагледавању идеје о Европској унији на почетку трећег миленијума, могао би започети једном констатацијом да је идеја о европској унији европских држава заживела, још није довољно осмишљена и оформљена, са мноштвом нејасноћа, неизвесности и сл. Дакле, Европска унија постоји са свим проблемима, противуречностима и неизвесностима на почетку трећег миленијума.

Стога је назначено велики егзистенцијални изазов и подстрек за све врсте наука, и не само наука.

Геополитички функционални савез држава је потреба која допринеси равноправном мултиполарном концепту развоју.

Једнополарни и биполарни свет нису решење савремене егзистенције.

Као што није било решење, а што се и показало у пракси, ни биполарна економска детерминација на капитализам и социјализам.

Као што није, и неће бити ни сада форсирани економски модел неолибералног капитализма, а што је већ довело до светске економске кризе са свим последицама.

Како и куда даље? Европска унија је реалност у потреби постојања мултиполарног света који треба обухватити све земље Европе, укључујући и Русију, која свој развој, поред осталог, треба да детерминише на: прво, светској концепцији хуманог контролисаног одрживог развоја и природног прираштаја, што за сада добрим делом није случај; друго, на успостављању и јачању социјалних и демократских вредности са одустајањем од неолибералног капиталистичког концепта привређивања, и треће, на повратак стабилних постулата, вредности, права и обавеза некадашњег европског социјално-демократског хуманизма и устројства друштва и привреде, државе и права, са снажним инструментима заштите и контроле и унапређења њиховог рационалног унапређења. (Žižić, 2010, 65-67). Социјална стратификација друштва које се поларизује на богате, екстремно богате, и нижи средње класни сталеж и сиромашне је неприхватљива, неоправдана.

3.

ХОЋЕ ЛИ ДВАДЕСЕТ ПРВИ ВЕК БИТИ – ДОБА ГОМИЛЕ ?

Могу постојати и други путеви развоја цивилизације.¹ О томе говори Гистав Ле Бон, а што би се назвало – доба гомиле.(G.Le Bon, 1963, 2-20/a).

Гистав Ле Бон истиче да у формирању „гомиле“ постоје три фазе које објашњава својим „психолошким законима менталног јединства гомиле“. Прва, где се осећања и идеје свих појединаца који чине гомилу усмеравају у истом правцу. Друга, где се губи њихова интелектуална свест, и трећа, у којој се ствара колективни ум. Ове његове тезе изгледа да су у изузетној мери наишле на пријамчивост у савременом друштву. Концентрација аморфне људске масе с којом се сваки појединац стопио или стапа, изложен некој врсти друштвеног лудила, окупљеност у друштвена крда са опијајућом тајанственом силом која струји сваком пренадраженом групом, доводи до тога да људи доспевају у стање подложности сугестији слично ономе које бива изазвано наркотичним хипнотичким сном, и где ће, док су у таквом стању, веровати у све што им се каже и чиниће све што им се нареди да учине, покоравајући се сваком подстицају ма колико он био лишен смисла (маса на утакмицама, политичким скуповима, фестивалима (G.Le Bon, 1963, 2-20/б).

По Ле Бону, то асоцира на манипулативно психичко својство појединца и масе. Све до појаве модерног друштва такве велике групе људи имале су спорадичну улогу и појављивале су се спорадично. Проблем настаје када таква манипулација, такво стање, величина масе из спорадичног у модерном друштву поприми глобалне размере, постане редовна појава, где се јавља моћ гомила које **гласањем** или **побуном** утичу на друштвене и политичке догађаје и токове. То је знак да се друштво променило, где при том долази до ломова, разарања, кидања друштвених вредности и односа, као на пример верских убеђења, традиционалних вредности, солидарности група, атомизацији и самоотуђењу појединца који су препуштени самоћи и џунгли градова, пустињи фабрика, сивилу канцеларија, стресној борби за задовољење најегзистенцијалних потреба и слично, где се као такви појединци, таква зрнца у мноштву, окупљају у безличним и насилним мешавинама људи, постајући нека врста гаса склоног да експлодира у празнини друштва, лишеног ауторитета и вредности – гаса чија експлозивна снага расте са његовом запремином и који доминира свуда. Док се при том наша старинска веровања руше, слабе и нестају, рушећи се при том и стари

¹ Аксич, С. Правни плурализам, Правни факултет, Косовска Митровица, 2015, 20-30.

стубови друштва један за другим, дотле је деловање маса једина сила којој ништа не прети и чији утицај стално расте. Тако Гистав Ле Бон истиче да доба у које улазимо биће заиста „ера гомила“ (G.Le Bon, 1963,2-20 /в).

Питамо се: да ли је у савремености Ле Бонова визија савремене цивилизације као “доба гомиле“ у нечему заживела? Изгледа да има донекле истине у томе. Кома, односно којим снагама, амбициозним појединцима и групацијама таква визија савремене цивилизације одговара? Каква их то нагонска уобразиља, опијеност, поремећеност и похлепна свемоћ води, и куда?

Да ли крају, крају историје, крају ове цивилизације, крају смисла? Да ли то значи да ће Френсис Фукојама бити у праву са својим учењем о крају историје и последњем човеку, где истиче (под утицајем Хегелове филозофије историје) да након 1806. године у свету нема никаквог суштинског политичког прогреса, никаквог напретка изван принципа Француске буржоаске револуције, чиме је праволинијско кретање историје завршено. Поделивши при том свет на постисторијски и историјски, где би социјална равнотежа првог света зависила од социјалне неравнотеже другог, и где би земље Трећег света имале улогу сигурносних вентила за амбициозне појединце постисторијских држава, при чему би професионалне корпорације биле нови сурогат породице последњег постисторијског човека, а професионални морал заменио би породични (Žižić,2010, 65-67), а значи ли то да се Фукојамина предвиђања остварују (Fukoјama,1997, 8,80,167,291,306).

Milorad ŽIŽIĆ, LL.D.

Full-time Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE ORGANIZATION OF THE SOCIETY OF THE TWENTY-FIFTH CENRURY

Summary

So far, almost four hundred years old world order, i.e. order of sovereign nation-state, was built and designed by the Western powers and cents power. By virtue of the principles and concept of sovereignty achieved by less successful succession or balancing sovereignty among the many entities, the creation of state-nations, survives in different turbulent times for almost four centuries. More precisely, starting in 1648, when the West began to create it after the end of the Thirty Years War. In the first decades of the twenty-first century, the Twentieth Century went through a turbulent period with marked radical changes in society that may have been the most prominent of its beginnings, with so far less uncertain and hard-to-see consequences. The collapse of the old and the attempts to build a

new world order are accompanied by a strong global turbulence in all social spheres, which complicates, inter alia, the efforts to see and build a social organization in the future. Globalization encompasses and influences all the flows of social life, transforms it the lives of people in the developed and underdeveloped parts of the world. Three universal parameters determine the phenomenon of globalization: integration (unification), transparency (permeability) and homogeneity (homogeneity). Globalization also affects education systems. The European Union is a reality in the need to have a multipolar world that should include all European countries, including Russia, which, among other things, should determine the world conception of humane controlled sustainable development and proven values of the former European social-democratic humanism and the organization of society and the economy, state and rights, with strong instruments of protection and control, and the ratio through improvements. Many causes and factors make it more complicated. Can the transition of human society in this century be transformed into „the age of the crowd“? Such a possibility is not excluded.

Keywords: organization of society, 21st century, masses, globalization, crisis.

ЛИТЕРАТУРА

Аксић, С. Правни плурализам, монографија, Правни факултет, Косовска Митривица, 2015. С.20-30.

Seassen, S. Globalization and Its Discontents, The New Press, Nw York 1998., s.20-60.

Халиков, Ц.М, Вкљученост Руси в глобалниј процес, Алфа, Москва, 2004, с.23.

Нечаев, Ј.А.Б: Параметри глобализације и фактори Болоњског процеса, Алфа, Москва, 2004. 14-90.

Кулић, Р. Глобализација и болоњски процес, Педагогија, Београд, 2008, с.529-537. .

М.А.Žižić, Nužnost psihosocijalne demokratske determinisanosti prava i osnovnih vrednosti u Evropskoj uniji“, Zbornik Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti“ Novosadska asocijacija za teoriju, etiku i pilozofiju prava, Novi Sad, 2010, s.65-67.

G. Le Bon, La Psychologie Des Foules, Presses Universitaires de France, Paris, 1963,2-20/a.

G. Le Bon, La Psychologie Des Foules, Presses Universitaires de France, Paris, 1963,2-20/б.

G. Le Bon, La Psychologie Des Foules, Presses Universitaires de France, Paris, 1963,2-20/в.

M.A. Žižić, Nužnost psihosocijalne demokratske determinisanosti prava i osnovnih vrednosti u Evropskoj uniji“, Zbornik Evropska zajednica naroda i univerzalne vrednosti“ Novosadska asocijacija za teoriju, etiku i pilozofiju prava, Novi Sad, 2010, s.65-67.

Ф. Фукојама, Крај историје и последњи човек, ЦИД, Подгорица, 1997, с.8 , 8о, 167, 291, 306.

Др Радомир СТОЈАНОВИЋ*

340.12
316.334.4

ДРУШТВЕНОСТ И ПРАВНОСТ

Апстракт: Социјална интеграција у докапиталистичком свету имала је форму органског друштвеног поретка. Природна веза међу члановима заједница била је заснована као заједништво крви, језика и обичаја. Распадом овог склопа друштвеност се појављује накнадно као резултат изворно приватизованих активности, што је само привид јер се и у грађанском друштву приватни интерес остварује путем услова и средстава које поставља друштво. У формалистичком приступу друштвености фаворизује се форма као суштинска одлика друштвене појаве у којој је тај облик релативно сталан и непроменљив. Основни принцип права је да свако треба да има онај степен слободе који може постојати заједно са слободом сваког другог. Правни минимум који произлази из људске природе јесте потреба за комуникацијом која је више везана за инстинкт, док је забрана инцеста прва друштвена норма са елементом правности. Разлучење правног и неправног кроз историју је ишло споро. Фазе кроз које је пролазило једно понашање ишло је од религиозног, преко моралног, субјективног и на крају јуридизованог понашања, дакле понашања које подлеже праву.

Кључне речи: историја, форма, друштвеност, принцип, позитивизам, мерило.

а) Материјалистично, објективно, рационално схватање друштвености полази од тога да је друштвена повезаност у докапиталистичком свету имала форму „органског друштвеног поретка“. Социјална интеграција се у овим друштвима обезбеђује тако што је заједница представљала природно средиште према којем је усмерено свако индивидуално деловање. Природна веза међу члановима заједнице била је заснована као заједништво крви, језика, обичаја.

Социјална синтеза се материјалном производњом живота не обезбеђује, већ је племенска заједница прва претпоставка и заједничког присвајања и коришћења земљишта. Кооперација у раду за заједничке и имагинарне интересе служи очувању групе према унутра и према споља. Заједница „крви“ је облик друштвеног посредовања, иако не стварни, који

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

претходи свим другим условима производње. Припадност неког члана природном друштву је природни услов за производњу. Заједница на тај начин претходи радном процесу. Постојање „социјалног склопа“ као природне везе међу члановима омогућиће друштвени тоталитет у коме се те везе одвијају.

Распадом „органиског социјалног склопа“, настанком капитализма, друштвеност се појављује накнадно као резултат изворно приватизованих активности, што је само привид јер се и у грађанском друштву приватни интерес остварује путем услова и средстава које поставља друштво. Међусобна повезаност је нужна чињеница само што су субјекти размене равнодушни према њој. Капитализам разара сваку природност и у међусобне односе људи уноси низ посредовања. Начело социјалне синтезе у грађанском друштву садржано у конституцији друштвеног живота посредством размене, где се индивидуе појављују као власници рџба, ослобађа појединца и омогућује му да сопствену делатност испољава као индивидуалну моћ. Друштвеност - као претпоставка сваког појединачног деловања, сведена је на „формалм услов приватности“. Адам Смит сматра да је друштвени склоп резултат случајне, па ипак законите комплементарности приватних мотива и интереса. По њему није лоше по друштво уколико се одсуством намере појединца ради у корист друштва, ипак та корист друштву годи, јер, каже Адам, „нисам видео да су много добра учинили они који су се претварали да раде у интересу општег добра“.

Материјалистичка теорија интерсубјективности ипак сматра да је заједница интенционално укључена у сваком индивидуалном деловању. Финиш производње, потрошња, се налази у домену људских потреба, а мотив капиталисте је профит, а не људска потреба, што бива извором перманентних криза.

1. ФОРМАЛИСТИЧКИ ПРИСТУП ДРУШТВЕНОМ И ДРУШТВЕНОСТИ

Овај приступ, у основни карактерише фаворизовање облика (форме) као суштинске одлике друштвене појаве у којој је тај облик „релативно стаалан и непроменљив“. Друштвеност је облик здруживања који се према садржајно одређеној конкретности односи као нпр. уметничко дело према стварности. Пошто друштвеност у својим чистим облицима нема стварног циља, садржаја и резултата који би се налазио ван друштвеног тренутка као таквог, она потпуно почива на личностима и ослоњена је искључиво на њене личне носиоце. О карактеру чисто друштвеног скупа одлучују личне особине: љубазности, образовања, срдачности, привлачних снага сваке врсте. Осећање такта управља саморегулисањем индивидуе у њеном личном односу према другима тамо где спољни и непосредни егоистични интереси

не преузимају улогу ових регулатива. Најспецифичнији ефекат такта је да се индивидуалним импулсивностима, наглашавањима свога ја, духовним и спољашњим захтевима поставе границе које тражи право другог.

У друштвеност не мора да се убраја оно што личност поседује по предметним значењима. Богатство и друштвени положај, ученост и чувеност, изузетне способности и заслуге индивидуе не морају да имају никакву улогу, или највише ону нијансу материјалности којом тај реалитет уопште једино и сме да продре у друштвену уметничку творевину друштвености. Али као што ово излучује оно објективно које окружује личност, мора исто тако излучити оно чисто и најдубље из њихове функције као елемент друштвености: оно најличније у животу, карактеру, расположењу, судбини, исто тако нема места у оквиру друштвености, као ни чисто лично расположење и нерасположење, светло и тама најдубљег живота.

Када се заједновање везује за објективан садржај и циљ ради се о горњем прагу друштвености, а када се незадрживо појављује оно апсолутно лично и субјективно у појединцу, реч је о доњем прагу друштвености, како се иде испод овог права онда друштвеност није више централни и формирајући принцип, већ формалистично и крајње посредничко начело.

2. ПРИНЦИП ПРАВА И ДРУШТВЕНОСТ

Емануел Кант је као принцип права поставио да свако треба да има онај степен слободе који може постојати заједно са слободом сваког другог.

Међутим, ако се остаје при нагону друштвености као извору или чак супстанцији друштвености, онда принцип по коме се она конституише гласи: Свако треба да ужива толико задовољења овог нагона колико је то сагледљиво са задовољавањем баш тог нагона за све друге. Ако се ово изрази, полазећи од последица уместо од нагона, онда се принцип друштвености формулише овако: Свако треба другом да обезбеди онај максимум друштвених вредности који је усаглашљив са вредностима које је сам примио.

Као што је право на овој Кантовој основи савршено демократично, тако и овај принцип показује демократичну структуру сваке друштвености, коју, наравно, сваки друштвени слој може да реализује само у себи самом и која друштвеност међу припадницима потпуно различитих друштвених класа тако често претвара у нешто противречно и мучно. Таква једнакост настаје одбацивањем на једној страни онога потпуно личног, а на другој страни оног потпуно предметног, дакле, онога што здруживање изналази као свој материјал и чега је лишено у свом формирању као друштвеност. Али чак и међу друштвено једнаким, демократија њихове друштвености је одиграна демократија. Друштвеност ствара, ако се тако може рећи, један идеалан социолошки свет, јер је потпуна радост појединца везана за то да су и други

радосни. Модеран живот је ипак преоптерећен објективним садржајем и предметним захтевима, тако да могућа демократија равноправних без трвења је вештачки изазван свет који не ремети материјални акценат.

У ранија времена када човек није био захваћен предметним, објективним садржајима, његов закон форме је више и одређеније важио у односу према његовом личном битисању, зато је лично понашање у друштвености ранијих времена било много церемонијалније, круће и строже, наиндивидуално регулисано.

Основни закон друштвености је слободно узајамно деловање и еквивалентност елемената, који у друштвеност улазе; и као што кокетерија одиграва форме еротике, тако и друштвеност одиграва форме друштва.

Потмули страх од претеће стварности, који људе тера у пуко одвраћање погледа једних од других, у одвезаност од сила чињеничног стања, породиће нове форме друштвености лишене сваке конвенционалности, чије име не могу да напишем.

Георг Зимл сматра да је социологија у свом односу према постојећим наукама један нови метод, један нови пут за све њих. Предмет социологије је комплекс одредби и релација од којих свака уочена на мноштву предмета може постати објект једне посебне науке. Друштво егзистира тамо где више индивидуа ступају у узајамно деловање. Друштвено и друштвеност је заједновање, деловање за другог, с другим, против другог, корелација односа са другим, вршење дејства на њих и примање дејства од њих. Исто тако друштво је и срастање у јединство путем интереса мотива, циљева и форми узајамног деловања међу индивидуама. У друштвеним групама, а које су по својим циљевима и читавом свом значењу врло различите, ипак постоје исти начини понашања - узајамног индивидуализма.

Социологија као наука која је хтела да обухвати тоталитет друштвених појава, с њиховом склопљеношћу од форме и садржаја, могла је бити само синтеза појединачних друштвених наука. Полазећи од потребе егзистенције друштва, изнуђују се или озакоњују извесни начини понашања индивидуа - они важе и догађају се у том стадијуму искључиво ради ове сврховитости. Али то више није смисао њиховог остваривања, чим постоји „право“, јер они треба да се врше само зато што они уствари и јесу „право“, и равнодушно и све до тога да се врши правда макар свет пропао, према животу који их првобитно ствара и одређује. Право „друштво“ по себи је оно постојање са неким, за некога, против некога чиме материјални или индивидуални садржаји и интереси бивају формиран или унапређени нагоном или циљем. И ове форме стичу сада сопствени живот, једно вршење ослобођено сваког корења у садржајима и чисто ради себе самог и ради дражи која зрачи у тој разрешености од њих, управо то је појава друштвености.

Нагон друштвености у својој чистој делотворности излучује из реалитета друштвеног живота голи процес удруживања као вредност и срећу и тиме конституише оно што се назива друштвеност у ужем смислу.

Два основна појма у Зимловој социологији су процес и творевина. Предмет његове социологије је друштво. Друштво је процес здруживања. У социологији, по њему спадају спорови, сукоби и борбе.

Леоплод фон Визе сматра да је социологија наука која проучава међуљудско, које представља основу на којој израстају сва култура, цивилизација, установе и идејне творевине. Социологија показује којим се процесима који се одигравају међу људима долази до друштвених творевина. Веза између људи и ствари се користи утолико да се ближе објасни веза међу људима. Међуљудско је мноштво променљивих веза људи међу собом. Збивања која се у тој области догађају су друштвени процеси, којима се људи ближе повезују или раздвајају. Два основна друштвена процеса су приближавање и удаљавање из којих настају два основна односа - здруженост и усамљеност. Сваки друштвени процес је производ једног личног држања (понашања) и једне ситуације. Држање (понашање) је изражавање личности у друштвеном простору. Сви процеси приближавања почињу друштвеним додирима (контактима), при чему придев „друштвени“ означава разлику према физичком и према психичком. Међу друштвеним творевинама настају процеси интеграције и диференцијације, тако што се из неодређене, неповезане истоветности настаје одређенија, повезанија различитост. Међутим, друштвене творевине нису боемске (неуређено прожимање индивидуалитета), већ су оне друштвено дело. У највећем броју група постоје односи владања и потчињавања који се испољавају отворено или рафинирано. Постоје три врсте друштвених творевина: маса, група и тело. За масу је битно да постоји јединственост акције, вољна делатност која стреми у истом правцу, повезане са већином неодређеном представом да појединац престаје да буде управо појединац са сопственим самосталним циљем. Уколико у позоришту тапшем, не по својој личној оцени представе, већ зато што то и други чине, онда сам ја део масе, јер се утапам у свест о целини. Гомила није друштвена творевина већ само скуп лица. између којих постоје односи који тај скуп не чине заједницом. Јединственост гомиле је случајни резултат индивидуалних радњи многих људи, маса је резултат који се хоће и који се осећа.

Нијансе између гомиле и масе нису оштре. Групе су релативно дуготрајне и релативно јединствене творевине у којима се људи сматрају релативно блиским. Обележја групе: 1. релативна трајност и релативан континуитет 2. организованост 3. представе о групи и њених чланова 4. настајање традиције и обичаја при дужем трајању 5. узајамни односи са другим творевинама. 6. узор (пре свега у стварнијих, великих група). Група, по правилу, тежи да развије специфичан групни дух.

Пар је најсличнија од свих творевина где се индивидуалним делује на индивидуално. Постоје типични и атипични парови. Антипар рецимо почива на антипатији, супраништву, конкуренцији, опозицији, сукобу. Према припадању разликују се: а) полни, б) пријатељски, ц) генерацијски. Сваки пар почива на зависности у којој делују целокупна личност или битне црте оба учесника. Лица не смеју да се појаве као функционери, представници, надлежни, већ човек мора да сусретне човека.

Поред друштвених творевина које настају повезивањем чисто друштвених процеса, постоје и творевине које су створене претежно биолошким чиниоцима које изучава биологија, а то су: расе, племена, народи, породице. Чисто друштвеним процесима настају државе, цркве, удружења. Појам утакмице (конкуренције) Визе схвата као друштвени однос између појединаца, скупина или апстрактних колективитета које имају исти циљ у коме се везују противнички утицаји који произилазе из истоветности тежњи. „Дарма-начело“ значи да се место у друштву не стиче утакмицом, већ по унапред утврђеном поретку. Социјализација је процес стварања заједничке свести, осећања „ми“, што се постиже нарочито усвајањем заједничких, пре свега моралних вредности. Институције су скуп међуљудских односа који су одређени да дуго трају и имају за циљ да одрже повезаност људи и људских скупина у једној творевини у интересу учвршћивања ове творевине. Институције су јаче уколико произлазе из навика и обичаја него ако су настале законом или неким другим вољним актом.

3. ПОЗИТИВИСТИЧКИ ПРИСТУП ДРУШТВЕНОСТИ

Израз позитивизам увео је родоначелник социологије Огист Конт. Он је изворно означавао постојање позитивног, тј. нехипотетичког знања у сазнајно-теоријском смислу. Позитивно знање мора бити полазиште и основа. Хегелови критичари су сматрали да је његова теза, оно што је умно, стварно облик позитивизма. Моралне и правне вредности (нпр. правда) се замењују позитивним чињеницама (владајућом обичајношћу и владајућим правом). Позитивистичко бркање вредности (норми) и чињеница је последица Хегелове сазнајне теорије, а доследни сазнајно-теоријски позитивиста мора бити и морално-правни позитивиста. То практично значи да постоји једнакост између моћи и права, и данашње и будуће. Постоји и један правац у позитивизму који сматра да постоје само опажаји које примамо чулима и ништа друго, као што је и Кант сматрао да се наука састоји од описа чињеница, а не од објашњења и хипотеза.

Огист Конт је сматрао да је људска мисао изашла из фазе теологије и фазе метафизике и ушла у фазу позитивизма. Међутим, све те три фазе постоје заједно и међусобно се подржавају, мада се супротстављају једна

другој. Позитивизам постаје метафизика кад престаје порицати да би нешто потврдио, када постаје заиста позитиван; а метафизика је, у основи, увек теологија, јер она настаје из маште која служи животу који жели да буде бесмртан. Оснивач позитивизма је Галес из Милета.

Сократ је сматрао да постоје феномени који су доступни човековом испитивању, и они који то нису, сматрајући да Анаксагора није у праву када је хтео да све објасни рационално. Тиме је Сократ савременији од многих тзв. Модерниста.

Позитивизам је означио раздобље рационализма, односно материјализма, механизма и мортализма. Овај прагматизам је у ствари био напор да се успостави вера у људску финалност света.

4. ПРАВНОСТ

Правни минимум који произлази из људске природе јесте потреба за комуникацијом која је више везана за инстинкт, док је забрана инцеста прва друштвена норма са елементом правности. Право је имало одлучујућу улогу у процесу којим се конституисала рационалност друштвеног живота. Право је установило норме да би одстранило абнормалне личности. Човек је по својој природи подложен праву и он је једино правно биће у животињској врсти, али није једино социјално биће. Човек је способан да прима и даје норме, а животиње могу прихватити само навике, човек подноси конфликте, трпи и изриче пресуде. Дакле, човек поседује апстрактну способност за норме и пресуде - у њему је правност, виртуелна човекова правност. Смисао тој његовој природној и прирођеној правности даје друштво. Поштовање према човеку обавезује нас на поштовање норми, правила, закона. Да ли је сама природа дала јачима могућност предвођења и заповедања, и да ли зато у свему, па и у мишљењу сила одређује право. Или су, ипак, правду и једнакост измислили слаби да би се групно заштитили. Ако је то тако, онда су слаби због своје бројности, освојили права јачих.

Право у свом тоталитету садржи правила, институције, систем, као нешто објективно. Међутим, право садржи и субјективне елементе. Право је и појава свести, која је као афективна појава више производ емоција. Перцепција радње другог, изазива код субјекта који је перципира емоцију, привлачну или одбојну, једну емоционалну институцију вредности радње. Али та нормативна емоција може бити морална исто као и правна. Разлика потиче одатле што морал тежи да створи један осећај потчињености, а право ствара осећај захтева: зато је оно значајније од морала. Право није само императив, оно је и атрибутив. Дакле, правност се налази и ван критеријума државне санкције. Друштвено право је трансперсонално и заснива се на поверењу, а атмосферу индивидуалног права карактерише неповерење. И то су елементни правности норми. Способност индивудуе да интериоризује

улогу других у друштву ствара правило друштвене игре, ствара правни систем. У случају игре у двоје ступа на снагу уговор (социјалнопсихолошки аспекти правности).

Функционално схватање правности полази од тога да су друштвене чињенице акти, вољна понашања, мотивисане реакције индивидуе на одређену ситуацију. Између индивидуа се успоставља комуникација, јер су њихове акције орјентисане системом заједничких вредности. Међутим, овај систем заједничких вредности није им дат одозго, он је резултат индивидуалних интеракција. Једна акција је сагласна са нормама када је сагласна са оним што други очекују од нас. Интерперсоналне релације се, међутим, не могу смислити изоловано; оне улазе у релативно стабилне скупове, у структуре.

Породице, какву познају друштва индустријског типа, је добар пример таквих структура, али и израза функција. Четири су основне функционалне заповести: адаптација, одређење циља, очување неког модела, и оно што је део правног, интеграција. Функционалном анализом се постиже висок степен разумљивости права и његових институција. Две су основне функције права: манифестна, која се може испољити код задовољења осећања правде и застрашивања преко казнене репресије, и латентна која даје одушка садистичким инстинктима друштва.

5. МЕРИЛО ПРАВНОСТИ

Све правне појаве су друштвене, али све друштвене појаве нису правне. Границе правног и друштвено неправног нису тако оштре као што се на први поглед чини. Ради се и у једном и у другом случају о системима заповедања, с том кардиналном разликом што се обавеза поштовања права веже за апарат спољних принуда, које одређује ипак држава, а санкције морала су везане за појединачну психу. Она врста норми која није право у класичном смислу, а ни морал, али која под одређеним условима може прећи у право, али чак и кад не пређе њена обавезаност, проистиче из принуде групе, колективитета, а у крајњој инстанци и глобалног друштва, је обичај. У старим друштвима се говорило о тзв. неразговорном обичају, неиздиференцираним реакцијама гомиле. Имполитиа (Имполиција) су у Риму били они који нису обрађивали своја поља, или витезови који су слабо неговали коње. Ту је на домаћинско газдовање било основ за подлегање судској надлежности. У Кини је бичевањем кажњаван син који није носио законом прописану црнину због смрти својих родитеља или предака (60 удараца бамбусом, једна година прогонства). У војсци и данас постоје: као реликт старих азијатских правописа о начину поздрављања и обавезног шишања косе.

Разлучење правног и неправног кроз историју је ишло споро. Фазе кроз које је пролазило једно понашање ишло је од религиозног, преко моралног, субјективног и на крају јуридизованог понашања, дакле понашања које подлеже праву.

Кроз историју су се смењивали процеси лаицизације права, тј. одвајања права од религиозних принуда и поновног прожимања права религијом.

Постоје и схватања да морал нема другу улогу осим да се закони земље извршавају с љубављу и одушевљењем. Основно мерило разливања права и обичаја је у томе што је право рођено из својине. Понекад, рецимо право уговарања представља а priori област слободе, док се правила куртоазне љубави, учтивости појављују као групни и веома принудни. Пушкин је, као што је познато погинуо у двобоју, јер се држао правила витештва. Нико га на то није принудио.

Мерила правности могу бити; 1. типови понашања 2. принуда, као јемство извршења 3. довођење у питање садржине правила.

1.1 Овај критеријум је дискутабилан. „Не убиј“ је подједнако и морална и религиозна и правна норма.

2.1 Принуда је одговор на претходно неизвршење правила. Директно извршење забранама и препрекама постиже се рецимо полицијским правилима. Принуда може да буде друштвена, затим она која проистиче из групе, као и она коју појединац намеће сам себи. Суицид је понекад последица чисте мисли. Друштвена принуда може да се испољи кроз притисак да се изврши норма. Иза принуде, или санкције мора да стоји специјални орган који врши свесну функцију. Код обичаја обично изостаје једно. У игру, међутим могу да уђу и навике, као обичаји који су јуридизовани, што додатно отежава проблем. Извршавање прописа најчешће се обезбеђује присилом путем физичке принуде. Нарочито је ово видљиво у системима полицијске управе. Међутим, етнологи откривају да то није једино схватање права, већ постоји и оно које право третира, као правило које подразумева мир, слогу, равнотежу која се добија поравнањем и помирењем. Ово је, на пример карактеристика међународног права.

3.1 Код теорије принуде могућност прекршаја постаје значајнија од могућности принуде, јер се у претњи присилом крије посредно навођење на то да се правило прекрши. Могућност довођења у питање, најбоља је карактеристика правне норме. Институција оспоравања је форма процеса која има свој исход у пресуди. Процес и пресуда су основни индикативи правности.

Правна су она правила која могу дати прилику за пресуду. Евентуалност судске одлуке, евентус јудицији, је подложност суђењу, а не стварно суђење, или осуда. Чим неки однос између две особе може бити предмет спора пред трећом особом која ће га пресећи, онда он полако улази у

свет права. Тачка прелома, где преовлађује утисак преласка у правно може бити и често јесте озбиљност штете. Исто тако и цена евентуалног процеса утиче на прелазак прага правности.

Radomir STOJANOVIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

SOCIETY AND JUSTICE

Summary

Social integration in the pre-capitalist world had a form of organic social order. The natural connection between members of the community was conceived as a union of blood, language and customs. The collapse of this set of societies appears later as a result of privately-funded activities, which is only an illusion because even in a civil society, private interest is realized through the conditions and means set by the society. In the formalistic approach to civility, the form favors the essential characteristic of the social phenomenon in which this form is relatively constant and unchanged. The basic principle of the law is that everyone should have the degree of freedom that can exist along with the freedom of each other. The legal minimum that stems from human nature is the need for communication that is more related to instinct, while the prohibition of incest is the first social norm with the element of law. The separation of legal and illegal through history was slow. The phases through which one behavior passed went from religious, through the moral, the subjective and at the end of the juridical behavior, that is, the behavior that is subject of law.

Keywords: history, form, society, principle, positivism, criterion.

ЛИТЕРАТУРА

- Барнес, Х.Е. „Увод у историју социологије“, Београд, 1982.
Дарвин, Р.Ц. „Човеково порекло“ Нови Сад, 1960.
Е.Гиденс: „Социологија“, ЦИД Подгорица, 1998.
Дракер, П.Ф. „Посткапиталистичко друштво“. Београд, 1985.
Лукић Р: „Основи социологије“, Научна књига, Београд, 1989.
Марковић Д. „Основи социологије“, Београд, 1979.
Рихта Р. „Цивилизација на раскршћу“, Београд, 1972.
Спекторски, Е. „Историја социјалне филозофије“, Подгорица, 1997.
Торен, А. „Постиндустријско друштво“, Загреб, 1980.
Звонаревић М. „Социјална психологија“, Загреб, 1985.

Др Сава АКСИЋ*

323.1(=163.41:=163.42)"1918"
94(497.1)"1918"

МОГУЋНОСТ УЈЕДИЊЕЊА НАРОДА НА ПРИМЕРУ УЈЕДИЊЕЊА ЈУЖНОСЛОВЕНСКИХ НАРОДА

Апстракт: Након завршетка првог светског рата стекли су се услови за уједињење јужних Словена. Између српског и хрватског народа је постојала велика разлика по питању надлежности будуће државе. Хрватска се залагала за конфедералну заједницу, а држава са Србијом је требала да јој послужи за стицање пуне независности, за разлику од Србије која је у заједничкој држави видела остварење сна јужних словена о заједничкој држави. Међутим, држава чији су народи имали битно другачији историјски развој, па због тога и различите политичке циљеве, није могла дуго да опстане.

Кључне речи: Заједничка држава, Срби, Хрвати, право.

Идеја југословенства је настала знатно пре стварања заједничке државе, али су, све до момента настанка међународних околности у којиме је заиста било могуће реализовати идеју уједињења, њени домети остали на нивоу романтичарских идеја. Тек су завршетком првог светског рата настале околности у којима је та идеја била остварива. Међутим, то што су постојале међународне околности у којима је било могуће идеју југословенског заједништва на неки начин остварити, то је, као што ће се касније видети, био само један од услова, не једини, и не главни услов, за настанак југословенске државе. Србија и Црна Гора са њом, су крај првог светског рата дочекала као тренутак националног ослобођења, и могућности да политичку судбину своје земље узму у своје руке, док је ситуација са хрватским народом била битно другачија! Хрватски народ у српском народу није видело братски народ близак по пореклу, култури и језику. Уз то, српски народ се реализовао у државноправном смислу, док, хрватски народ, поробљавањем од стране Угара, није имао своју државу.

Тако да су историјеке, и не само историјске разлике између српског и хрватског народа резултирале различитошћу њихових политичких концепција, односно неслагањем хрватског и српског народа и

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

супротстављеношћу њихових државноправних идеја - идеје државноправног јединства српског народа, и идеје хрватског државног права који је између осталог образлаган чињеницом да су вековне историјске, политичке, културне, верске и друге разлике створиле породак цивилизацијског двојства, који се на пољу државноправне идеје може остварити само кроз дуализам држава.¹

Свакако да је по питању устројства државе јужних словена било разлика и међу осталим националним и конфесионалним групацијама, али су разлике између Срба и Хрвата као најкрупније, обележиле све моменте живота заједничке државе, почев од настанка, преко постојања и функционисања заједничке државе, и још многа друга питања, која су остала отворена све до нестанка прве заједничке државе јужних Словена (СХС). Разлике су постојале по готово свим најбитнијим питањима државних облика, али се врхунац тих разлика сустизао у питању облика државног уређења, с обзиром да је решење овог питања омогућавало или постојање једне државе, без обзира на начин њеног устројства, као централизоване, или децентрализоване, на шта је касније пристајала Србија, или постојања више држава, за шта се залагала Хрватска. Решења осталих државних облика, као што су облик политичког режима и облика владавине, су увек налазила одговор који је био у функцији решења типа облика државног уређења, и у сенци основне концепције државног дуализма или унитаризма, и пројектована зависно од решења овог питања. Ставови о томе какав треба бити облик политичког режима и облик владавине само су некада били последица програмског или концепцијског карактера странке, као на пример, да је у програму Комунистичке партије садржана република као облик владавине, и да поједини државни облици природно произилазе из програма странке, али је у сваком другом случају где је то концепцијски било могуће, програмско увек долазило иза политичко-националног, односно, са аспекта хрватског становишта национална држава је била циљ сваког облика савеза и уједињавања, а сваки савез је у одређеном смислу био само начин да се дође до националне државе, без обзира да ли ће она привремено, само минимални део својих суверених права пребацити на савез у ишчекивању политички прагматичнијег тренутка за отцепљење, или ће настојати да сва права задржи за себе.

Хрватска је дакле, хтела да са Србијом створи конфедерацију, из које би касније, када би међународним признањем фактички биле признате и границе чланица конфедерације, дакле границе Хрватске, и ако је Хрватска полагала право на територије свих јужних словена који су живели у Аустро-

¹ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 184.

Угарској монархији, а да након тога напусти конфедерацију. Србија је у заједничкој држави видела циљ, а Хрватска средство.

Основа овакве хрватске концепције је принцип хрватског државног права² и на основу тога принципа успостављање уговорног односа са Србијом као основа настанка конфедералног савеза.

Правно – теоријско утемељење хрватског државног права је пронађена у немачкој правној теорији која је била доминантна у оквиру средњеевропског културног и политичког простора, која је пресудно утицала на стварање назора хрватских правника по питању суверенитета хрватске државе.³ Основа ове концепције је био појам суверенитета као битног обележја државности који јој припада и на основу којег је хрватска правна теорија створила концепт оригиналног самоорганизовања и самоопредељења, односно сопственом вољом одређивања државно – правног статуса заједнице.⁴ Ово посебно важи у сложеним државама, с обзиром да, ако нема заједничке државне творевине, ово право егзистира оригинерно, а у сложеној заједници је очувано ако државе чланице располажу сопственим правом одређивања надлежности (Kompetenz – Kompetenz (надлежност надлежности) – као критеријум у немачкој правној теорији), па је онда и удруживање стварање савеза воља посебних држава из којих је савез састављен, а савез се појављује као творевина која се састоји из посебних држава које се у заједници не утапају, него савез постоји као заједница уговорног карактера.⁵ Тако да савез остаје и даље, након његовог склапања, заједница уговорног карактера, сувереност постоји и даље у државама чланицама савеза, конститутивни акти савеза се успостављају у форми међународног уговора, а након његовог установљења – конститутивног акта успостављеног у форми међународног уговора, конститутивни акт и даље задржава обележја и дејство консензуалности, с обзиром да је даље, и за његову промену неопходна сагласност воља држава чланица.⁶

Као што се може видети из оваквог става, конституционализам има другачије значење од типичног које искључује консензуалност. У оваквом тумачењу је устав акт којим настаје заједница, али устав, и након настанка заједнице или савеза, задржава уговорни карактер, па је у овом случају тешко видети разлику између устава и уговора, као два начина стварања заједнице. Једина разлика коју је можда у нејасним обрисима могуће навестити, је, да

² Исто, 11 – 39.

³ Мирјана Стефановски, *О националном питању и државном уређењу*, "Уговорни концепт конституисања југословенске заједнице", Србиње, Београд, Ваљево, 2004, 129 – 130.

⁴ Исто, 130.

⁵ Исто, 130.

⁶ Исто.

можда, устав имплицира јачи степен заједништа, с тим што ни у заједници створеној уставом, суверенитет не прелази на заједницу, него га задржавају чланице, али је могуће да је хрватска страна уставу придавали већи значај него обичном међународном уговору, у смислу што је пристајала да заједница створена уставом, који би устав имао наведено значење, има већи степен јединства, на начин што би унутар заједнице и даље постојала сувереност чланица, али би се у међународним односима појављивало само једна држава – савез. Међутим, овакав нови квалитет заједнице – јединствен наступ у међународним односима може бити и једноставно последица савеза уније, као конфедералног савеза. То је стварна заједница, као посебна врсту државног савеза који постоји између држава које имају заједничког владоаца, а зависно од тога како су државе доспеле у ситуацију да имају заједничког владоаца, стварна заједница се дели на персоналну унију или личну заједницу, која постоји ако се до заједничког владоаца дошло случајно, и на стварну заједницу или реалну унију, која постоји ако се до заједничког владоаца дошло претходним споразумом.⁷

Значење идеје државног права и савеза који на основу таквог права настаје, односно може настати, је последица феудалног схватања нације, односно државотворне нације као последица сопствених тежњи потчињених народа у Хабзбуршкој монархији да се супротставе идеји о немачком и угарском народу као владајућим у монархији, на начин што ће теоријски изградити и истим аргументима, као и владајуће нације, поткрепити идеје о сопственим нацијама као државотворним и континуитетима њихових држава.⁸

Наиме, након напуштања идеје о Монархији као наднационалној и национално индиферентној творевини, и концепта централистичке и војне државе устројене на бирократским принципима, да би Монархија опстала потребно је било пронаћи идеју која би са јаком теоријско – правном и историјском убедљивошћу, могла да очува целину и јединство монархије, са једне стране, али и да истакне немачку и мађарску нацију као владајућу у Монархији, са друге стране.⁹ Тако да се Монархија састојала из народа који су имали ентичка, историјска, културна, традиционална обележја, и таква су обележја припадала свим народима који су живели у Монархији, али од свих ових народа само су неки народи имали и својство политичког народа, народа који су имали својство конститутивног елемента државности, зато што су ти народи имали наведена својства још из периода сталешке

⁷ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Београд, 1922, 159.

⁸ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 11.

⁹ Исто.

монархије, а то је био случај са немачким и мађарским народом.¹⁰ Тако да је и Хрватски народ, трудећи се да правно и историјски утемељи исти статус који су имали државотворни народи у Монархији, деценијама све своје интелектуалне снаге усмерио у правцу стварања концепције која би убедљиво могао да покаже и докаже непрекинути континуитет хрватске државности, те одатле идеју хрватског државног права.¹¹ Тако да је доказивање хрватског државног права на бази непрекинутог државотворног континуитета попримило облик покрета, на начин што су политички и правни аргументи из академских дискусија чије је средиште било питање хрватског државног права, преношени у публицистику и саборске расправе а одатле и на нараштај који је водио политику у време стварања државе јужних Словена (СХС).¹²

Конкретније формулисање политичких идеја хрватског грађанства, као и њено самосвесно иступање, почиње отприлике 30 – тих година XIX века, у процесу пружања отпора мађарицији, кроз захтеве за предају муниципалних права од стране сталежа хрватско – славонског краљевства.¹³

Хрватски сталежи су у намери одбране од централистичких намера бечког двора били принуђени да се јаче приклоне угарском племству, па су се 1790 године у напутку одрекли темељних права, као што је у управним пословима директна подређеност угарском намесничком већу, као и да је прихваћен принцип мајоритета у поступцима одлучивања о заједничким пословима.¹⁴ Исте године су хрватски заступници на будимском сабору били принуђени да се супротставе угарским захтевима за отцепљење славонских жупанија и увођење мађарског језика као службеног у Хрватској, када је и настала прва политичко – историјска расправа у којој је доказивано јединство Хрватске и Славоније под банском влашћу.¹⁵ Као резултат даљих захтева угарског двора за увођење мађарског језика као службеног језика у Хрватској, отпор пружају хрватски заступници кроз седнице сабора крајем XVIII и почетком XIX као политички одговор, а након тога отпор се уобличава кроз теоријску и правно – историјску форму, говором хрватског протонотара (повереник сабора који је вршио функцију чувара књига

¹⁰ Исто.

¹¹ Исто, 11 и 12.

¹² Мирјана Стефановски, *О националном питању и државном уређењу, "Уговорни концепт конституисања југословенске заједнице"*, Србиње, Београд, Ваљево, 2004, 129 – 130.

¹³ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 12.

¹⁴ Исто.

¹⁵ Исто, стр. 12 – 13; Стеван Јантолек, *Историја државе и права Хрватске од XVI до XIX века*, Београд, 1952, 30 и 31.

саборских закључака, државних докумената, државног и банског печата и обављао значајну судску функцију) Јосипа Кушевића, који је био готово мала правноисторијска студија која се састојала од низа законских чланака, саборских закључака и исправа којима је доказивао да је посебан положај Хрватске зајемчен темељним уговором о државном савезу.¹⁶ Након овога се од истог аутора, 1830 године појавио спис у којем је први пут исцрпно изложен списак свих муниципалних права, сталешких привилегија које су биле основане на повељама средњовековних владара.¹⁷ Овоме, чему је придаван значај јавног права Хрватске, које се увек разликовало од угарског права, још од избора угарског краља Коломана за хрватског краља 1102 године, се придавало значење уговора о државном савезу.¹⁸ Циљ је био да се са свим овим аргументима у правцу доказивања тезе о историјском хрватском праву упозна и међународна јавност па је овај спис, који је оглашен саборским чланком, преведен на немачки и латински језик, а након тога је хрватски сабор изабрао посебан одбор, са задатком да прикупи сву историјску грађу и изради спис у којем би се недвослено разјаснио државноправни положај Хрватске и њено историјско државно право.¹⁹

У овом периоду се понављање историјских споменика и аката државно – правне традиције од стране младог и малобројног грађанског слоја, користи као начин којим се доказује непрекинути низ државног континуитета за цео период заједнице са Угарском, као моћно средство политичких амбиција, па се и све више интелектуалаца, са разним дискусијама и чланцима, укључује у овај покрет, (Шулек са чланком "Заступање здружених краљевина" у којем доказује посебну државну индивидуалност Хрватске, затим "Политичка народност" Матела Ожеговића у којој доказује очувани континуитет хрватске државности).²⁰ Има и дела, као што је "Дисертација" Јанка Драшковића, у којима се ови атрибути не везују више само за банску Хрватску него и за Далмацију, Крајину и Босну, а банска власт се представља као основа и доказ државне власти, док се муниципална права представљају као основа аутономног законодавства

¹⁶ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 13.

¹⁷ *Исто*, 13 – 14.

¹⁸ *Исто*, 14; Ова верзија настанка хрватско – угарске државе је варијанта настанка савеза по хрватским писцима, док мађарски писци, од XIX века, управо када су се актуелизовале расправе о континуитету хрватске државе и колико су хрватски писци покушавали да докажу да постоји континуитет хрватске државности, мађарски писци су покушавали да докажу да тог континуитета нема, па су тврдили да савез није настао добровољно, него је Хрватска освојена мачем - Васо Чубриловић, *Политичка прошлост Хрвата*, Београд, 1939, 22.

¹⁹ *Исто*, 14.

²⁰ *Исто*, 14 – 16.

Хрватске, и одатле изводити закључак о условљеној краљевини и заједници са Угарском, која се с тога само сагласношћу Хрватске може мењати, тако да се ваћ тада назире концепт самосталност Хрватске на основу установе банске власти, и на основу тога уговорни концепт заснивања државно – правних односа Хрватске, па ће каснија политичка и правна теорија само снажније обликовати назначене појмове.²¹

Даљи ток политичког живота у Хрватској иде истим правцем, па су и одлуке првог грађанског сабора 1948 године²² биле прожете истим идејама, као и накнадни захтеви државно – правног преуређења се правноисторијским студијама које доказују концеп непрекинутог континуитета хрватске државности.²³

У "Манифесту народа хрватско – славонскога" Ивана Мажуранића се на принципу природног права сваког народа на национално уједињење, слободу и равноправност, истиче захтев за јужнословенским уједињењем у Хабзбуршкој монархији.²⁴ Након тога је исте године на скупштини захтеван положај "поткраља" за хрватског бана који би био одговоран једино владару, а којег би именовао краљ на предлог хрватског сабора, па је за бана Троједне краљевине изабран Јелачић који је имао право заповедања војском која је ван Хрватске могла бити употребљена само по пристанку хрватског сабора, по начелу покрајинских континентата, што је било последица средњовековне организације и устројсва државе.²⁵

Стварна природа односа које је хрватски сабор у својим захтевима са угарском хтео да успостави могу оставити дозу нејасности, јер се употребљава ознака федералистички и ако би се сви односи засновали на уговору, тако да се може сматрати да је конфедералистички, односно уговорни тип односа једина основа устројства реалне уније, а и след догађаја, у смислу прикупљања историјске грађе о хрватском државном праву и непрекинутом континуитету њене државности, показује да је сва активност била усмерена у правцу доказивања државне самосталности, и на основу тога склапања односа који ту самосталност не доводи у питање.²⁶

Након ових дела је 60 – тих година публиковано дело Ивана Кукуљевића "Законити одношаји Хрватске, Далмације и Славоније према Аустрији и Угарској," у којем делу се јасно прави дистинкција између Аустрије, Угарске и Троједне краљевине, подижући троједну краљевину на

²¹ Исто, 16.

²² Види: Исто, 69 – 77.

²³ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 16 и 17.

²⁴ Исто, 17.

²⁵ Исто, 18.

²⁶ Исто, 18 и 19.

равноправни ниво са Аустријом и Угарском, која у том случају има иста права, а након тога Богослав Шулек у делу "Наше правике", објављеном 1868 године, још јаче изражава идеју хрватског државног права.²⁷ Овде треба поменути списе Еугена Кватерника од 1859 године па надаље, којима је хтео да скрене пажњу међународне јавности, у којима је први пут целовито формулисана правашка идеологија, а у делу "Политичка раматрања" Кватерник, насупрот историјском државном праву Угарске, супротставља државно право Хрватске, у којем је садржано савремено и виртуелно уставно право Хрватске, које је независно и старије од уставног права Угарске.²⁸

Еуген Кватерник у делу "Хисторијско – дипломатички одношај краљевине Хрватске наспрам угарској круни св. Стјепана" навођењем докумената којима се показује неокрњени суверенитет Хрватске у следу *pacta conventa* из 1102 године,²⁹ као конститутивни акт међународног карактера којим је створена персонална унија између Угарске и Хрватске, а потом цетински уговор из 1527 године³⁰, прагматичка санкција из 1712 године.³¹ и одлуке сабора из 1848 године, доследно потврђују хрватски суверенитет, и доказују тезу да се веза између Угарске и Хрватске исцрпљивала у персоналној унији која је настала 1102 године избором угарског краља Коломана за хрватског краља.³² Кватерник даље истиче да је веза персоналне уније успостављена цетинским уговором и прагматичком санкцијом, а могуће је да су односи између Хрватске и Угарске били нешто више од персоналне уније и тиме достигли ниво какве реалне уније, али само фактичким путем али се тиме нису могли довести у питање односи из "пакта прауговора" којим је успостављена веза између Хрватске и Угарске.³³ Тако да је на основу свих ових аката и њихових дејстава Хрватска једино могла да призна персоналну унију са Угарском, што не значи да она не може да улази у дубље односе са Угарском, односе који могу да значе реалну унију са Угарском, али ступање Хрватске у такве односе је једино могуће учинити на

²⁷ Исто, 19 и 20.

²⁸ Исто, 21 – 23.

²⁹ О *Pacta conventa* види: Никола Пл. Томашић, *Темељи државнога права хрватскога Краљевства*, Загреб, 1910, 82, 83 и 116 – 118.

³⁰ Сабор Чешке, Угарске и Хрватске су изабрали Фердинанда I за свог краља – Васо Чубриловић, *Политичка прошлост Хрвата*, Београд, 1939, 40 и 41.

³¹ О прагматичкој санкцији види: Стеван Јантолек, *Историја државе и права Хрватске од XVI до XIX века*, Београд, 1952, 10 и 11.

³² Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008 год. стр. 23 и 24; То је у ствари био уговор између краља Коломана и дванаест хрватских племена - Васо Чубриловић, *Политичка прошлост Хрвата*, Београд, 1939, 22.

³³ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 24.

бази међународног уговора који би био закључен на основу историјског права Хрватске, и о томе би морао да одлучити хрватски сабор.³⁴

Један историјско – литарарни спис у овом смислу, мада доста популарарнији од претходних овакве врсте, представља књига Богослава Шулека: "Хрватско – угарски устав или конституција", који је и писан са намером да служи као упутство заступницима у сабору приликом расправе о питањима државноправног статуса.³⁵ То је не велика књига која је за свега 14 дана продата у 2000 примерака, што је заиста много ако се има у виду мали број читалачке публике, а у њој се суштина расправе своди на чињеницу да се средњовековна муниципална права поистовећују са уставним правима, док од 1848 године³⁶ она постају модерна конституција, истичући романтичарском терминологијом, да је хрватском народу својствено стање уставности, а основа тог стања је дух породичне задруге, па аналогијом са државама у којима не постоје писани уставни, Шулек изводи закључак да Хрватска, за разлику од држава које су у новије доба постале уставне па имају писане уставе, спада у групу земаља у којима је уставно право настајало вековима, те је због тога разасуто по многим појединачним актима који садрже уставну материју.³⁷ У сваком случају, савремена уставна ситуација у Хрватској је плод вишевековног уставног развоја у Хрватској и развоја хрватске државност, која избором краља Коломана за хрватског краља ова ступа у персоналну унију са Угарском, да би временом та међудржавна веза јачала, некада због заједничког интереса, а некада и фактичким захватањем у надлежности Хрватске, те је на крају, тај ужи савез био раскинут и однос био враћен у првобитно стање.³⁸

У исто време расправе државноправне природе се са академског нивоа спуштају на ниво публицистике који би могао бити доступан и најширој популацији и сталежима који се не баве науком, те тако колико је то могуће, тежњу за доказивањем хрватског државног права претворити у народни покрет, па је тако Шулек у листу "Позор" објавио расправу у којој је, цитирајући старе документе, побијао основаност теза *partes adnnae* и *partes subjactae* и износио доказе о савезу Хрватске са Угарском као равноправне државе.³⁹

³⁴ Исто.

³⁵ Исто, 25.

³⁶ Види: Васо Чубриловић, *Политичка прошлост Хрвата*, Београд, 1939, 69 – 77; Стеван Јантолек, *Историја државе и права Хрватске од XVI до XIX века*, Београд, 1952, 31 – 33.

³⁷ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 25 и 26.

³⁸ Исто, 26.

³⁹ Исто.

У овом периоду је историјска и политичко – правна литература одиграла централну улогу у идејном обликовању наведених идеја, које су са више страна доказивале тезу државности Хрватске, па у том смислу и књига Фрање Рачког "Одломци из државнога права хрватскога за народне династије", објављена у Бечу 1861 године, имала је за циљ одгојну функцију младежи у Хрватској, и то колико у доказивању идеје хрватског државног права, толико и идеју о територији на коју би та држава имала право, с тим што је то територијално право посебно било уперено против Срба, доказујући да је хрватски народ у доба сеобе народа запосео пространство између Дрине, Бојане, Драве, Муре, Сане и Јадранског мора чиме "искључује сваку постојану православну посјед икакове земље, сваку ставност и неповредимост територијалне својине".⁴⁰

Након слома апсолутизма, сабор је по традицијама хабзбуршког државноправног легитимизма, 1861 године био позван да легализује нови државноправни положај Хрватске, који је у најоштријим цртама постављен у Октобарској дипломи 1860 године и Фебруарском патенту 1861 године, а који су Хрватској омогућавали управну деконцентрацију, аутономно законодавству у уском делокругу и мајоризовано представништво у централном парламенту, па су краљевским одписима као задаци сабора предвиђени да расправи питање државно – правног односа Хрватске према Угарској, и да изабере чланове сабора за заступање у царевинском већу, чиме је пред хрватским сабором у целини отворено питање државно – правног статуса Хрватске, на које је хрватски сабор одговорио у адреси владару и законском чланку 42.⁴¹

Одговор у адреси хрватског сабора се заснива на концепту о сопственој државности и непрекинутој њеној нити, чија је основа хрватско државно право и уговорни темељ заснивања међудржавних односа, и то на бази *pacta conventa* из 1102 године,⁴² када је избором краља Коломана за хрватског краља створена персонална унија Хрватске и Угарске, цетинским уговором из 1527 године, када је избором Фердинада I за хрватског краља, Хрватска ступила у персоналну унију са аустријским наследним покрајинама, док је прагматичком санкцијом из 1712 године, та државноправна веза потврђена.⁴³

⁴⁰ Исто, 26 и 27.

⁴¹ Исто, 28 и 29.

⁴² Васо Чубриловић, *Политичка прошлост Хрвата*, Београд, 1939, 22.

⁴³ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 29 и 30; С обзиром да је после Мохачке битке остао упражњем хрватско – угарски престо, на сабору у Цетину је 1527 год. хрватско племство је изабрало Фердинанда хабзбуршког за хрватског краља, док се са друге стране Фердинад обавезао да ће Хрватској потврдити сва раније стечена права и оружаним

Непрекинути државни континуитет се кроз историју очувао законодавством, прерогативима резервисаним за хрватски сабор посебно у финансијској легислативи, државним зајмовима, војним пословима и учешћу при склапању међународних уговора који се тичу Хрватске, а губитак неких од наведених надлежности се тумачи добровољним уступањем на заједнички угарско – хрватски сабор, па се на основу тога једино признаје веза у смислу персоналне уније и изјављује да Хрватска неће слати заступнике у царевинско веће и одлуке које буде доносио централни парламент неће важити на територији Хрватске.⁴⁴

Однос Хрватске према Угарској исказан је у Законском чланку 42, који садржи широко прихваћену концепцију државноправног континуитета Хрватске која је првобитно ступила у персоналну унију са Угарском, а која је унија временом еволуирала у реалну, да би 1848 реална унија била раскинута и односи враћени на првобитни ниво – ниво персоналне уније, тако да се овим актом признаје постојање персоналне уније и допушта могућност да се односи између Хрватске и Угарске подигну на ниво реалне уније, под условом да се између две државе закључи нови међународни уговор који би био ратификован од стране хрватског и угарског парламента.⁴⁵ У законском чланку 42 је изричито наведено да ће се веза између Угарске и Хрватске темељити на концепту независности и равноправности Хрватске, и ван заједничких послова морају у сваком случају остати законодавство и извршење у унутрашњим пословима, послови наставе, вера, правосуђа, као и потпуно аутономно судство на свим нивоима.⁴⁶

У овом делу су наведени најбитнији историјскоправни документи и најважнији моменти хрватске правнополитичке историје који су дали печат дефинитивном обликовању идеје хрватског државног права. Овим моментима је дат садржај који ће показати непрекинуту независности, из тога самосталност која и даље мора да опстане. Резултати до којих је, на основу ових чињеница, дошла правна теорија и политичка мисао, истицани су касније приликом стварање државе јужних Словена (СХС) у односима према Србији, зависно од регионалне и глобалне политичке ситуације, са више или мање компромиса, односно некада потпуно искључиво, чак и на територијама на којима Хрватска никада није имала никаква права, нити су јој икада припадале. Након окончања првог светског рата и слома Аустроугарске монархије, у преговорима који ће следити приликом

снагама јој помоћи у одбрани од Турске – Стеван Јантолек, *Историја државе и права Хрватске од XVI до XIX века*, Београд, 1952, 6.

⁴⁴ Мирјана Стефановски, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008, 30 и 31.

⁴⁵ Исто, 32.

⁴⁶ Исто, 33.

формирања заједничке државе јужних скловена, као и у новој заједничкој држави, државна идеја на овај начин и на бази ових чињеница формирана, која је добила размере народног покрета, биће кључна идеја хрватске државноправне и политичке мисли, од које се неће никада одустајати, него се само у појединим тренуцима и из разлога политичког опортунитета, неће истицати у потпуној искључивости и у најекстремнијем виду.

Као што се може видети, између српског и хрватског народа је постојала велика разлика у историјском развоју и у политичким циљевима уједињења. Управо зато, а на примеру овог уједињења сматрамо да ни до каквог трајног уједињења не може доћи између толико различитих народа, и народа који имају битно различите националне и политичке циљеве, као што је то био случај са Србијом и Хрватском. Српски народ је био политички реализован, већ је био обновио своју државу. Хрватски народ није имао своју државу, па није ни могао да ствара шире савезе са другим државама. Уз све то на подручјима на којима је био већински хрватски народ је владала толика нетрпељивост и мржња према другим народима, посебно према српском, да нису постојали ни елементарни услови за било какав вид заједнице са хрватским народом. Зато сматрамо да су заједнице народа могуће само између народа национално и политички реализованих.

Sava AKSIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

POSSIBILITY UNIFICATION PEOPLE AT THE EXAMPLE OF SOUTH SLAVS UNIFICATION

Summary

After the end of World War I, occurred circumstances for unification of south Slavs. But, in this new state, Serbs and Croats had different aims. The Serbs are inspired by the common Slavs origin, language, the same Christian religion of Serbs and Croats and in the common state had seen natural community of Slavs people. But in the same time in new state Croats had find only way for creation their national state. The state create on this way can not exist for long time because of different historical development and different political aim of Serbs and Croats.

Keywords: Common state, Serbs, Croats, Law.

ЛИТЕРАТУРА

Стефановски Мирјана, *Идеја хрватског државног права и стварање Југославије*, Београд, 2008.

Стефановски Мирјана, *О националном питању и државном уређењу, "Уговорни концепт конституисања југословенске заједнице"*, Србиње, Београд, Ваљево, 2004.

Јовановић Слободан, *О држави, основи једне правне теорије*, Београд, 1922.

Јантолек Стеван, *Историја државе и права Хрватске од XVI до XIX века*, Београд, 1952.

Васо Чубриловић, *Политичка прошлост Хрвата*, Београд, 1939.

Никола Пл. Томашић, *Темељи државнога права хрватскога Краљевства*, Загреб, 1910.

Огњен ВУЈОВИЋ*

347.246

ФУРТУМ И ДИВЉА СТВОРЕЊА

Апстракт: У чланку се анализира како су се правила која се тичу деликта фуртум рефлектовала на питање поседовања дивљих животиња. Начела добре владавине се не могу посматрати издвојено из контекста културе којој треба да служе. У римском праву је тренутни власник требало да показује сталну вољу да задржи ствари које су дивље по природи. Та воља је требало да се изржава у одговарајућим јасно и несумњиво израженим материјалним актима. Уколико тога нема, онда онај ко присвоји такве ствари није одговоран за крађу.

Кључне речи: фуртум, дивље животиње, *occipatio*, губитак својине.

1. КРАЂА И КОНТРОЛА

Почећемо од Павловог одређења у коме се каже да деликт фуртум¹ представља преварно долажење у додир са неком ствари ради стицања добити, било стицањем саме те ствари, било њеним коришћењем, било њеним држањем:

*Furtum est contrectatio² rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve. Quod lege naturali prohibitum est admittere.*³

Ову дефиницију ћемо применити на правне случајеве који се тичу дивљих животиња као потенцијалних предмета својине.

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

¹ *Furtum* се преводи као *крађа*, вид. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992, 922.

² Бергер термин *contrectatio* објашњава као стављање руке на туђу ствар (*laying hands on another's thing*) како би се она узела, злоупотребила, њеним коришћењем злоупотребљавајући туђу ствар (*misappropriating, meddling with, misusing another's thing*), Adolf Berger, „Encyclopedic Dictionary of Roman Law“, *Transactions of the American Philosophical Society, New Series* 2/1953, 415. Поводом истог термина вид. његово објашњење у контексту деликта фуртум, *Ibid.*, 480. По Вотсону овај термин има шире и уже значење, али чешће је ово друго. Тако је њиме означавано руковање које је незаконито и неморално. „...*contrectatio* usually has a more restricted sense and means a handling or touching which is improper in some way, whether illicit, immoral, illegal or merely disgusting“, Alan Watson, „Definition of Furtum and the Trichotomy“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2/1960, 198.

³ D. 47. 2. 1. 3., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 28. 10. 2018.

Јасно је да је деликт фуртум настајао тако што је починилац долазио у физички додир са предметом фуртума и том приликом је успостављао и фактичку контролу над њиме.

С друге стране, власништва није могло бити уколико се не ради о ствари коју је могуће ефикасно физички контролисати. То на најбољи начин сведочи следећи пример о дивљим животињама:

*Item feras bestias, quas vivariis incluserimus, et pisces, quos in piscinas coiecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sint, aut feras, quae in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictas sint in libertate naturali: alioquin etiam si quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est.*⁴

Овде се каже да поседујемо дивље животиње које су затворене у зверињаку као и рибе које су у рибњаку. Не поседујемо оне рибе које су у језеру, као и животиње које су у великој окруженој шуми. То је зато што се оне налазе у природној слободи. Павле каже и да је погрешно схватање да онај ко купи шуму поседује и све животиње у њој.

Предмет својине може бити само оно што се контролише.⁵ Оно што је у овом примеру извесно је да је купац купио искључиво земљиште и шуму.

Леви Строс наводи закључак Бергсона да „Prepoznati čoveka znači razlikovati ga od drugih ljudi, ali prepoznati životinju znači obično prepoznati vrstu kojoj ona pripada...“.⁶ Рекло би се како се ово нарочито може применити на дивље животиње. У том смислу би то можда могло да производи извештај на правну регулативу која се тиче њиховог присвајања. Међутим, дивља копнена животиња коју је неко ухватио поседује несумњиве физичке индивидуалне карактеристике, као и оне које се тичу понашања. Наравно да се то не може рећи за рој пчела, или јато риба.

⁴ D. 41. 2. 3. 14., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018. „Kako divljač nije pripadala vlasniku staništa, te je tako bila *res nullius* i podobna za sticanje od onog ko ju ulovi, lov je imao daleko veći privredni značaj nego danas“, Andreja Katančević, *Načini sticanja svojine u rimskom pravu*, Beograd 2017, 53.

⁵ Говорећи о правној природи окупације као начина стицања својине, Катанчевић каже: „... читајући сачуване текстове може се приметити да ниједан од њих волју стичаоца не узима као правно релевантну да би до аквизиције дошло. Стиче се утисак да је свако онај ко успостави фактичку власт на подобној ствари по аутоматизму стичао својину на њој. Могло би се рећи да би он на тај начин постајао власник чак и против своје волје. С друге стране, својина је престajала над одређеном врстом ствари такође фактичким путем и против волје власника. То би значило да окупација није била акт волје, односно да није била правни посао. ... односно неспорно је да дереликција јесте правни посао. ... да је свако ко има фактичку власт над *re nullius* постајао њен власник, али је могао актом волје да се накнадно одрекне тог својства“, А. Катанчевић, *op. cit.*, 60.

⁶ Klod Levi Stros, *Totemizam danas*, Beograd 1979, 123.

Када су у питању дивље животиње постоји још нешто. Римска богиња Дијана је представљала богињу природе и плодности.⁷ „Како је била *gospodarica šume*, људи су је природно сматрали и сопственицом дивљих и питомих животиња које су живеле у шуми, вребале свој плен у њеним тамним dubinama ...“⁸ Као таква је сматрана заштитницом ловаца и пастира.⁹ Култ ове богиње је и у периоду римског царства обожаван у целој Италији.¹⁰ Фрејзер истиче како је очигледно да су Келти, Артемиду сматрали власницом дивљих животиња.¹¹ Можда би ту и требало тражити корен решења по коме ове животиње у суштини само могу бити у нечијој контроли, а не и у трајном власништву. Да су сматране трајним власништвом онога ко их контролише, онда не би могле простом променом навика да се ослободе те власти. За пренос својине је углавном била потребна активност (у најширем смислу те речи) две стране, преносиоца и стицаоца. Та активност подразумева њихову сагласност. Тога нема у случају да се дивље животиње врате својим природним навикама.¹² Човек не може бити власник њиховог духа.¹³ Зато, ако нису под сталном контролом, не могу бити предмет фуртума. Али је било могуће искористити нечију потеру дивље животиње и то се сматрало фуртумом. Уколико имамо у виду цитирану Павлову дефиницију овог деликта, онда ћемо рећи да је том приликом неко преварно дошао у додир са неком ствари како би стекао неку добит њеним коришћењем. Подсетимо у тој дефиницији се и не каже да је потребно да се ствар налази у било чијој својини.

Тај случај када је неко искористио потеру треба подробније објаснити. Ради тога полазимо од следећег:

*Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus: quod verius est.*¹⁴

У цитираном тексту је реч о томе да је на питање да ли је дивља животиња која је била тако рањена да је могла бити ухваћена, самим тим

⁷ Вид. Džejms Džordž Frejzer, *Zlatna grana – proučavanje magije i religije*, Beograd 2003, 150.

⁸ *Ibid.*, 149.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*, 17.

¹¹ *Ibid.*, 149.

¹² Вид. фн. 5.

¹³ Мада у римском праву постоје и донекле другачија решења. Мек Кормак наводи примере у којима се огледа снажан утицај религије и магије на римска правна правила. У једном од њих је чак било могуће успоставити симболичну контролу над душом преминулог делинквента, вид. Geoffrey MacCormack, “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 3/1969, 454-455.

¹⁴ D. 41. 1. 5. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

постајала наша, већина сматрала да је одговор да она није могла да постане наша док је не ухватимо. Са тиме се слаже и Гај.

Исто тако, ако док је гонимо, други, ради сопствене користи (*ut ipse lucrifaceret*), ухвати животињу, онда се ради о фуртуму:

*Itaque si per hoc tempus, quo eam persequimur, alius eam ceperit eo animo, ut ipse lucrifaceret, furtum videri nobis eum commisisse.*¹⁵

Ово значи да је било дозвољено једино да други помаже гониоцу у хватању дивље животиње, или да је ухвати за њега. Јасно је и да је одабрано тек дефинитивно фактичко запоседање ствари,¹⁶¹⁷ као тренутак стицања својине, јер је отклањало сваку недоумицу.¹⁸ Право тежи оправдању које пружају јасне и несумњиве чињенице. То је нешто без чега је правично решавање спорова незамисливо.

2. ДИВЉИ ПО ПРИРОДИ

Како се утврђивало која је животиња дивља, а која није, на најбољи начин се види из следећих речи:

Pavonum et columbarum fera natura est nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent: nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam: cervos quoque ita quidam mansuetos habent, ut in silvas eant et redeant, quorum et ipsorum feram esse naturam nemo negat. In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur, donec revertendi animum habeant, quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium.

¹⁵ D. 41. 1. 5. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

¹⁶ Анализирајући текст који се налази у оквиру D. 41. 2. 3. 5., Мек Кормак каже како је ту Павле пошао од појма *физички* (*physical*) као елемента уобичајеног схватања оног што називамо поседовање (*possession*). Тако, ако једна особа, наставља Мек Кормак, физички држи једну ствар и при том је не дели са другима нико други је не може истовремено физички држати: „Paul takes what may be described as a physical, common--sense attitude to the nature of possession. If one person physically holds an object and is not sharing it with anyone else no other can also physically hold it“, Geoffrey MacCormack, „*Iusta and Iniusta Possessio*“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1/1974, 76.

¹⁷ Анализирајући текст у D. 41. 1. 1., Полојац каже да је том приликом Гај успостављену контролу над дивљим животињама означио термином *custodia*. То се подудара са успостављањем физичке контроле над животињом, *possessio*, Milena Polojac, „Gaius, Hadzic and *Occupatio* of Wild Animals – Classical Roman Law in The Serbian Civil Code“, *Fundamina* 2/2014, 740.

¹⁸ „Preovladalo je mišljenje da ni ustreljena životinja nije u svoјini onoga ko ju je pogodio, sve dok ne bude uhvaćena. To je još jedan od pokazatelja da je u tom načinu sticanja fakticitet igrao važnu ulogu...“, A. Katančević, op. cit, 53.

*Intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.*¹⁹

У том примеру се каже да паунови и голубови нису дивљи по природи, с обзиром да поседују навику одлетања и враћања. Пчеле исто чине, мада имају сталну дивљу природу. Постоје и кошуте са питомим понашањем, па иду у шуму и враћају се, али њихову дивљу природу нико не негира. По питању ових животиња, које имају навику да одлазе и враћају се, признато је такво правило да се сматрају нашим све док имају потребу да се враћају. Чим је престала потреба да се враћају, престају да буду наше и могу се окупирати. Сматра се да су изгубиле потребу да се враћају од тренутка када је престала навика враћања, завршава Гај своје објашњење.

Ово поштовање навика дивљих животиња се не може другачије објаснити него укорененошћу у римској религији и поштовању божанства шуме и дивљих животиња. Због тога неко може постати власник шуме, али не и власник њеног духа. Зато се у крајњој линији дивље животиње могу користити све док дух шуме то дозвољава. Зато оне и не могу бити предмет класичних правила о својини, него су, условно речено, предмет права коришћења. У овим изворима се и употребљава присвојни облик *nostra esse* (наше је), а не термин за својину (*proprietas* или *dominium*).²⁰

Катанчевић примећује да је овакав губитак својине на дивљим животињама био противан вољи претходног власника, да није уследио ни неким актом јавне власти, и све то упркос томе што ствар и даље постоји. Овде римско право, каже Катанчевић, одступа од начела да својина прати свој предмет.²¹

Бергер каже како је римско право правило разлику између дивљих животиња које живе у природном стању слободe (*ferae bestiae*) и оних које имају навику да одлазе и да се враћају на њихово раније место (између осталог ту спадају пчеле). Ове друге припадају ономе ко их је окупирао све докле док имају навику да се враћају.²²

Ко не укроти оно што је дивље не може полагати право на то.

Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum

¹⁹ D. 41. 1. 5. 5., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 1. 11. 2018.

²⁰ О приватној својини и проблему терминологије у римским законима вид. Мирослав Милошевић, „Проблеми аграрног закона из 111. године п. Х.“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007, 127-128. О употреби термина *proprietas* и *dominium* вид. Мирослав Милошевић, „*Patrimonium principis*“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 163.

²¹ А. Катанчевић, *op. cit.*, 51. Катанчевић сматра да је због тога што је одбеглу дивљу животињу било тешко идентификовати, римско право узимало да у том случају престаје својина противно вољи дотадашњег власника те животиње, *Ibid.*, 51-52.

²² Adolf Berger, *op. cit.*, 362. О *animus revertendi* вид. *Ibid.*, 363

*pr. Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. 1. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quisque capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. 2. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coeretur: cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit.*²³

Јасно је да дивље животиње и птице припадају ономе ко их је уловио све дотле док их држи под својом контролом. Чим се оне врате у природну слободу (*et in naturalem libertatem se receperit*) нису више наше и могу бити предмет нове окупације.

Постоје припитомљена створења која имају навику одласка и враћања и на њих се горње правило не примењује. То се наводи у следећем:

Florentinus libro sexto institutionum

*Nisi si mansuefacta emitti ac reverti solita sunt.*²⁴

Сматрало се да се животиња вратила у природну слободу када нам изађе из видокруга, или иако је видљива када ју је тешко гонити и ухватити:

Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum

*pr. Naturalem autem libertatem recipere intellegitur, cum vel oculos nostros effugerit vel ita sit in conspectu nostro, ut difficilis sit eius persecutio.*²⁵

Гај каже и да су пчеле дивље по природи. Оне нису ништа више наше него птице, које у нашем дрвећу свијају гнездо. Тако, ако их други ухвати, он постаје њихов власник:

*Apium quoque natura fera est: itaque quae in arbore nostra consederint, antequam a nobis Alveo concludantur, non magis nostrae esse intelleguntur quam volucres, quae in nostra arbore nidum fecerint. Ideo si alius eas incluserit, earum dominus erit.*²⁶

Оно што је дивље по природи је, у суштини, и неукротиво. Наше је само док год је у нашој контроли. Могућност фактичког поседовања је оно што је опредељивало природу својине. Приватна својина може постојати само на стварима које је фактички могуће запосести. Оно што је дивље по природи само користимо док год је у нашој контроли. Чим изађе из наше контроле враћа се у природно стање ствари, па га други може окупирати и користити.²⁷

²³ D. 41. 1. 3., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 1. 11. 2018.

²⁴ D. 41. 1. 4., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 1. 11. 2018.

²⁵ D. 41. 1. 5. *pr. Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 1. 11. 2018.

²⁶ D. 41. 1. 5. 2., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 1. 11. 2018.

²⁷ Катанчевић каже како је од правила да својина не престаје губитком фактичке контроле на ствари постојао изузетак. Реч је о дивљим животињама које су се вратиле у

То значи да се ствар може украсти само када је подобна да буде и када се и налази под нечијом фактичком контролом.

Положац примећује да је правило које Гај у D. 41.1.5. *pr* излаже, јасно: стицање власништва путем окупације се подудара са стицањем државине (*possession*), а губитак власништва се подудара са губитком државине (*possession*).²⁸

Насупрот томе, другачији је третман домаћих животиња. Тако *Frier* каже како су оне третиране као и друга имовина, па је и након тога што су изашле из контроле власника он ипак био одговоран за штету коју причине, јер власништво и даље траје.²⁹

2.1. Боље спречити него лечити

Колико је за искључење постојања деликта фуртум битно да неки акт није почињен зарад сопствене користи види се из примера где Улпијан каже да уколико неко не зна шта је чије, али ипак узме то како би га вратио ономе ко тражи и ко тврди да је ствар његова, онда нема фуртума. Постоји обичај да се тако ради и да се то јавно обећа. Он тиме не показује намеру да украде:

*Proinde videamus, si nescit cuius esset, sic tamen tulit quasi redditurus ei qui desiderasset vel qui ostendisset rem suam, an furti obligetur. Et non puto obligari eum. Solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse se et redditurum ei qui desideraverit: hi ergo ostendunt non furandi animo se fecisse.*³⁰

Опет је зарад отклањања сваке недоумице било потребно да је таква напомена учињена јавно. Очекивано, јер је, по дефиницији, фуртум оно што је, поред осталог, почињено у потаји.³¹

Мед који пчеле произведу, без крађе се може држати, јер ко на туђе имање уђе, власник може, ако предвиди, по праву забранити улазак:

*Favos quoque si quos hae fecerint, sine furto quilibet possidere potest: sed ut supra quoque diximus, qui in alienum fundum ingreditur, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur.*³²

природно стање, у слободу и о заробљеним непријатељима који су се вратили својима. Они су поново ничије ствари, А. Кatančević, *op. cit.*, 55.

²⁸ "... acquisition of ownership through *occupatio* coincides with the acquisition of possession, and ownership is likewise lost the moment possession of the animal is lost", M. Polojac, *op. cit.*, 740.

²⁹ Bruce W. Frier, „Bees and Lawyers“, *The Classical Journal* 2/1982-1983, 105.

³⁰ D. 47. 2. 43. 8. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

³¹ Вид. D. 47. 2. 1. *pr. Furtum a furvo, id est nigro dictum Labeo ait, quod clam et obscuro fiat et plerumque nocte: vel a fraude, ut Sabinus ait: vel a ferendo et auferendo: vel a Graeco sermone, qui fwras appellant fures: immo et Graeci apo tou ferein fwras dixerunt*, <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

Рекло би се да је власник сам крив што није добро пазио на оно што је под његовом контролом. Да ли ово значи да дивље ствари, у суштини, не могу ни бити предмет неманифестног фуртума, већ само предмет манифестног фуртума и разбојништва (*rapina*)? Можда би ово било логично, јер оно што не може бити дефинитивни предмет својине, не може бити ни предмет неманифестног фуртума?

Рој који из наше кошнице излети, сматра се нашим, све док је у нашем видокругу и док га није тешко задржати. Иначе је подобан за окупацију:

*Examen, quod ex Alveo nostro evolaverit, eo usque nostrum esse intellegitur, donec in conspectu nostro est nec difficilis eius persecutio est: alioquin occupantis fit.*³³

За класичне правнике је преузимање под контролу сматрано суштински идентичним са преузимањем својине, каже *Frier*.³⁴ Полојац наводи како се у римском праву *occupatio* односило на дивље животиње.³⁵ Шта спада у дивље, а шта у домаће животиње у крајњој линији зависи од тзв. јавне политике (*public policy*), каже *Frier*.³⁶

То што се рој који излети из наше кошнице сматра нашим само и све дотле док је у нашем видокругу и док га није тешко задржати, у суштини значи да тај рој можемо само користити. Да ли га је могуће продати?

Bannon истиче да када се фарма прода сва стална опрема која је неопходна за његову обраду је укључена.³⁷ Ако фарма остварује профит од меда, онда су и пчеле и кошнице укључене.³⁸

Павле каже да поседујемо оне птице које држимо затворене, или које смо припитомили и сада су под нашом бригом:

³² D. 41. 1. 5. 3. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

³³ D. 41. 1. 5. 4. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

³⁴ “For classical jurists, this taking of control is essentially identical with taking possession”, Bruce W. Frier, op. cit, 105.

³⁵ Milena Polojac, op. cit, 739. „Possession and ownership of the bees and of birds are acquired in the same manner. Even their landing on our tree does not make them ours; they continue to be res nullius. For ownership to be acquired they have to be enclosed in a beehive, so that the owner has control, supervision and physical power over them. When it comes to the loss of possession and/or ownership, there is no difference between bees and other wild beasts, fish and birds, as is evident from the text D. 41.1.5.4. As long as they are in our sight, they are ours, and when we lose sight of them, they again become res nullius and the property of the person occupying them“, *Ibid.*, 741.

³⁶ Bruce W. Frier, op. cit, 106.

³⁷ Cynthia J. Bannon, „Servitudes for Water Use in the Roman "Suburbium"“, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 1/2001, 42.

³⁸ *Ibid.*, 42, фн. 34. Овом приликом Банон упућује на D. 33.7.10 и D. 33.7.11.

*Aves autem possidemus, quas inclusas habemus, aut si quae mansuetae factae custodiae nostrae subiectae sunt.*³⁹

Није било само то да су се дивље животиње ослобађале својине уколико изађу из контроле, него су оне такође могле довести до тога да својина на одређеним предметима престане противно вољи њиховог власника. Тако постоји врло занимљив и значајан случај о којем нас информише Улпијан. Издвајамо део у коме се каже да оно што вукови ухвате (овде је реч о нечијој свињи (*porca*) коју су вукови зграбили) остаје наше све док га је могуће повратити, иако је отето (*Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est*):

*Pomponius tractat: cum pastori meo lupi porcos eriperent, hos vicinae villae colonus cum robustis canibus et fortibus, quos pecoris sui gratia pascebat, consecutus lupis eripuit aut canes extorserunt: et cum pastor meus peteret porcos, quaerebatur, utrum eius facti sint porci, qui eripuit, an nostri maneant: nam genere quodam venandi id erant nanci. Cogitabat tamen, quemadmodum terra marique capta, cum in suam naturalem laxitatem pervenerant, desinerent eorum esse qui ceperunt, ita ex bonis quoque nostris capta a bestiis marinis et terrestribus desinant nostra esse, cum effugerunt bestiae nostram persecutionem. quis denique manere nostrum dicit, quod avis transvolans ex area aut ex agro nostro transtulit aut quod nobis eripuit? Si igitur desinit, si fuerit ore bestiae liberatum, occupantis erit, quemadmodum piscis vel aper vel avis, qui potestatem nostram evasit, si ab alio capiatur, ipsius fit. Sed putat potius nostrum manere tamdiu, quamdiu recipari possit: licet in avibus et piscibus et feris verum sit quod scribit. Idem ait, etsi naufragio quid amissum sit, non statim nostrum esse desinere: denique quadruplo teneri eum qui rapuit. Et sane melius est dicere et quod a lupo eripitur, nostrum manere, quamdiu recipi possit id quod ereptum est. Si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere videtur. Quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse.*⁴⁰

Из наведеног се види и да је било могуће подићи и тужбу за фуртум иако колон који је приступио гоњењу вука није поседовао фуртуозну намеру, мада ју је и могао имати. Али, иако није гонио са том намером уколико не врати туђу имовину сматраће се да ју је утајило и отео (*Si igitur manet, ego arbitror etiam furti competere actionem: licet enim non animo furandi fuerit colonus persecutus, quamvis et hoc animo potuerit esse, sed et si non hoc animo persecutus sit, tamen cum reposcenti non reddit, suppressere et intercipere*

³⁹ D. 41. 2. 3. 15., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 4. 11. 2018.

⁴⁰ D. 41. 1. 44. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 19. 10. 2018.

videtur). Зато је одговарао и за фуртум и морао је показати туђе прасе, а оно се могло потраживати и виндикацијом (*Quare et furti et ad exhibendum teneri eum arbitror et vindicari exhibitos ab eo porcos posse*).⁴¹ Очигледно да је било потребно не само реаговати репресивно, него и спречити било кога да искористи невољу власника домаће животиње. Слично као што је требало и спречити другога да профитира тако ште ће искористити туђу потеру за дивљом животињом.

3. ДИВЉЕ СТВАРИ И НЕМАНИФЕСТНИ ФУРТУМ

У оквиру овог поднаслова биће покушано да се одговори на питање које је отворено у претходном поглављу. Подсетимо, да ли се може рећи да дивље ствари, у суштини, не могу бити предмет неманифестног фуртума, већ само предмет манифестног фуртума и разбојништва (*rapina*)? Можда би ово било логично, јер оно што не може бити дефинитивни предмет својине, не може бити ни предмет неманифестног фуртума?

Почећемо од несумњивог. Наиме, нема фуртума без фуртуозне намере (*furtum enim sine affectu furandi non committitur*).⁴²

Ако дивље пчеле у дрвећу које је на твојој земљи направе кошницу, ако неко узме мед, не одговара за фуртум, јер оне нису твоје него спадају у оно што се хвата на земљи, мору, небу (*Si apes ferae in arbore fundi tui apes fecerint, si quis eas vel favum abstulerit, eum non teneri tibi furti, quia non fuerint tuae: easque constat captarum terra, mari, caelo numero esse*).⁴³ С друге стране, у случају колона који даје новац, када неко његову летину украде онда је фуртум починио, јер она постаје колонова од тренутка одвајања (*Item constat colonum, qui nummis colat, cum eo, qui fructus stantes subripuerit, acturum furti, quia, ut primum decerptus esset, eius esse coepisset*).⁴⁴

Очигледно је да правна свест прави разлику између дивљих и култивисаних ствари. Иако летина тек одвајањем постаје власништво закупца земље, управо нико сем њега и без његове сагласности не може да је одвоји на законит начин. Рекло би се да се определило за такво решење због тога што оно на најбољи начин штити закупчеву слободну вољу и интересе. Њему је тако омогућено да самостално и у свом најбољем интересу изабере тренутак убирања летине коју је сам култивисао. С друге стране, оно што није култивисао не може да брани другима. Зато би се рекло да то и не може бити предмет неманифестног фуртума. Видели смо да је у **D. 41. 1. 5. 3.** речено да се мед који пчеле произведу без крађе може узети, јер је власник

⁴¹ О овом примери више вид. М. Полојас, *op. cit.*, 742-743.

⁴² D. 41. 3. 37. pr., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 19. 10. 2018.

⁴³ D. 47. 2. 26. Pr., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 19. 10. 2018.

⁴⁴ D. 47. 2. 26. 1., <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 19. 10. 2018.

могао да предвиди да ће им се неко други приближити и да забрани улазак.⁴⁵ Пошто то није учинио нема права да тражи заштиту. Ово значи да је требало да показује сталну вољу да задржи дивље ствари. Та воља је требало да се огледа у одговарајућим јасно и несумњиво израженим материјалним актима. То значи да би онај ко жели да забрани слободан приступ пчелама које су у његовом дрвећу направиле кошницу требало да на неки начин физички заштити то подручје. Онај ко би прешао и преко тих препрека, је онда вероватно могао одговарати и за фуртум, али једино ако је ухваћен на делу. Евентуално је могао одговарати и по Аквилијевом закону.

Овакав закључак је изведен по извесној аналогiji са правилом о одговорности за обезвређивање таблица (*tabulas vel cautiones*). Реч је о таблицама у којима је забележена висина цене, или дуга (*furti tenetur non tantum pretii ipsarum tabularum, verum eius quod interfuit, quod ad aestimationem refertur eius summae, quae in his tabulis continetur*).⁴⁶ Дакле, починилац није морао да помери једно такво средство, већ је било довољно да га обезвреди, па не би само тужба за фуртум била могућа, већ и она по основу Аквилијевог закона, јер се ломљење тог средства сматра за његово упропашћавање:

*Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed interlevit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrupit.*⁴⁷

⁴⁵ Чини се да у овом случају, Полојац прави разлику између, с једне стране, меда који се налази у саћу (*honeycomb*) и који се може узети а да не буде крађе а, са друге стране се налази власникова кошница (*beehive*) преко које он остварује власничку контролу, М. Полојас, оп. cit, 741.

⁴⁶ D. 47. 2. 27. пр. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 21. 10. 2018. „One who takes away documents or cautiones is liable in theft not only for their intrinsic value but for what they represent, which means the amount of the sum contained in the document, if, that is, their interest is that great; thus, if a document records a sum of ten gold pieces, we say that that is the sum to be doubled. But what if it be seemingly valueless, recording a payment received, should there not be an assessment of the value of the materials only? For what other value does it have? Yet it can be said that because debtors not infrequently seek to recover their notes, since no less infrequently they are falsely alleged not to have paid, the creditor has an interest in the document as averting controversy over the matter. Generally, it is to be said that the plaintiff should have double the value of his interest in the document”, *The Digest of Justinian*, Volume 4, english language translation edited by Alan Watson, Philadelphia 1998, 258.

⁴⁷ D. 47. 2. 27. 3. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 21. 10. 2018. „But if a person does not remove a document of this kind but defaces it, not only the action for theft will lie but also the Aquilian action; for one who defaces is regarded as destroying“, *The Digest of Justinian*, Volume 4, english language translation edited by Alan Watson, Philadelphia 1998, 258.

То значи да и онај ко обезвреди туђу кошницу може одговарати по сличном критеријуму. Кошницу треба разликовати од саћа меда, као што то чини Полојац.⁴⁸ Али, како другачије да одговара него само ако је ухваћен на делу. Уколико је физички оштетио туђу кошницу могао је одговарати и по Аквилејевом закону.

Ко такву врсту таблица које припадају држави или муниципији, или украде, или их обезвреди, Лабеон је рекао да је одговоран за фуртум. Исто је записано и одређено за јавне ствари и ортаклуке:

*Si quis tabulas instrumentorum rei publicae municipii alicuius aut subriperit aut interleverit, Labeo ait furti eum teneri: idemque scribit et de ceteris rebus publicis deque societatibus.*⁴⁹

У сваком случају, правила о фуртуму су имала значајне посебности када је била реч о дивљим животињама.

Ognjen VUJOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

FURTUM AND WILD BEINGS

Summary

This paper analyzes how the rules concerning delict *furtum* reflected on the possession of wild animals. The principles of good governance can't be viewed as separate from the context of the culture. The current owner, in ancient Roman law, was supposed to show the constant will to keep wild things. This is achieved in the appropriate clear and undoubtedly expressed material acts. If there is no that will, the one who appropriates such things is not responsible for theft.

Keywords: *furtum*, wild animals, *occupatio*, loss of ownership.

ЛИТЕРАТУРА

Мирослав Милошевић, „Проблеми аграрног закона из 111. године п. Х.“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/2007.

Мирослав Милошевић, „*Patrimonium principis*“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010.

Cynthia J. Bannon, „Servitudes for Water Use in the Roman "Suburbium"“, *Historia: Zeitschrift für Alte Geschichte* 1/2001.

⁴⁸ У погледу кошница и саћа вид. фн. 45.

⁴⁹ D. 47. 2. 31. 1. <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>, преузето 21. 10. 2018.

Adolf Berger, „Encyclopedic Dictionary of Roman Law“, *Transactions of the American Philosophical Society, New Series* 2/1953.

Klod Levi Stros, *Totemizam danas*, Beograd 1979.

Džeјms Džordž Frejzer, *Zlatna grana – proučavanje magije i religije*, Beograd 2003.

Bruce W. Frier, „Bees and Lawyers“, *The Classical Journal* 2/1982-1983.

Andreja Katančević, *Načini sticanja svojine u rimskom pravu*, Beograd 2017.

Geoffrey MacCormack, “Formalism, Symbolism and Magic in Early Roman Law”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 3/1969.

Geoffrey MacCormack, „*Iusta and Iniusta Possessio*“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1/1974.

Milena Polojac, „Gaius, Hadzic and *Occupatio* of Wild Animals – Classical Roman Law in The Serbian Civil Code“, *Fundamina* 2/2014.

The Digest of Justinian, Volume 4, english language translation edited by Alan Watson, Philadelphia 1998.

Alan Watson, „Definition of Furtum and the Trichotomy“, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 2/1960.

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992.

Интернет: <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>

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, 2018 (Краљево : кварк). - 469 стр. ; 25 cm

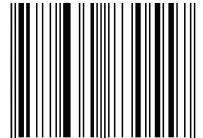
Према предговору ово је трећа свеска тематског зборника. - Тираж 50. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-6083-055-7

1. Боранијашевић, Владимир, 1976- [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 271076876



ISBN 978-86-6083-055-7



9 788660 830557