



НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ

„ПРАВНИ АСПЕКТИ САВРЕМЕНИХ ДРУШТВЕНИХ КРЕТАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ“

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК – ПРОЈЕКАТ
ТРЕЋА СВЕСКА

Косовска Митровица
2021. година

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

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ
ПРОЈЕКАТ**

*“Правни аспекти савремених друштвених кретања у
Републици Србији“*

Тематски зборник – Пројекат
Трећа свеска

**Косовска Митровица
2021. година**

НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ

*“Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији” -
за период 01.01.2019. – 31.12.2021. године*

Издавач

Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици,
Правни факултет

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Јелена Беловић, руководилац пројекта

Секретар пројекта

Проф. др Страхиња Миљковић

Уређивачки одбор

Проф. др Душанка Јововић
Проф. др Владимир Боранијашевић
Проф. др Олга Јовић Прлаиновић
Проф. др Дејан Мирковић
Проф. др Бојан Бојанић
Проф. др Здравко Грујић

Технички уредник

Младен Тодоровић

Дизајн корица

Кварк Краљево

Штампа

Кварк Краљево

Тираж:

50 примерака

ISBN 978-86-6083-077-9

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

НАУЧНО ИСТРАЖИВАЧКИ ПРОЈЕКАТ

*“Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији” -
за период 01.01.2019. – 31.12.2021. године*

Ставови и закључци изнесени у објављеним радовима лични су ставови њихових аутора и не изражавају мишљење уредништва нити издавача.

ПРЕДГОВОР

Трећа свеска тематског зборника радова под насловом „**Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији**“ резултат је треће фазе истраживања у оквиру истоименог научноистраживачког пројекта за 2021. годину. Ова свеска уједно представља и завршну фазу трогодишњег самосталног пројекта Правног факултета Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици на коме су учествовали сви наставници и сарадници факултета. Штампање Зборника радова финансијски је помогнуто средствима Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Укупно тридесет и један научни рад распоређен је у пет целина: Грађанскоправна и пословноправна област, Кривичноправна област, Јавноправна област, Правно-економска област и Теоријскоправна и историјскоправна област. У Зборнику је обрађено мноштво питања из области правних, економских и историјских дисциплина. Теме су везане за друштвена кретања у коме се наше транзиционо друштво налази, као и за правце законодавних активности у Републици Србији који се темеље на овим кретањима.

Учесници пројекта су своје радове и резултате трогодишњег истраживања реферисали на научном скупу који је у децембру месецу 2021. године организован на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

На крају Предговора желим да се захвалим свим ауторима и рецензентима који су уложили своје време, знање и труд у писање и рецензирање радова. Захваљујем на сарадњи и свим члановима Уређивачког одбора који су активно учествовали у процесу припреме и израде Зборника, давали предлоге и доносили одлуке од значаја за квалитет овог издања. Такође, захваљујем техничком уреднику Младену Тодоровићу на уложеном времену и труду, без кога ово издање не би испунило стандарде какве су досегли претходни.

*У Косовској Митровици,
децембар 2021. године*

Проф. др Јелена Беловић

САДРЖАЈ

ГРАЂАНСКОПРАВНА И ПОСЛОВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Братислав Милановић ФИНАНСИЈСКА ФУНКЦИОНАЛНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ УДРУЖЕЊА ЗА РАЗВОЈ – СПЕЦИФИЧНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ У ОКВИРУ ГРУПАЦИЈЕ СВЕТСКЕ БАНКЕ	11
Проф. др Владимир Боранијашевић ПОСТУПАК ЈАВНЕ ПРОДАЈЕ ЕЛЕКТРОНСКИМ ПУТЕМ	29
Проф. др Олга Јовић Прлаиновић ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА У ПОСТУПКУ ПОРОДИЧНЕ МЕДИЈАЦИЈЕ	45
Проф. др Јелена Беловић МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ ПРАВА СТРАНАЦА	59
Проф. др Страхиња Миљковић КРАТКА РЕТРОСПЕКТИВА ПРАВНЕ РЕГУЛАТИВЕ АКЦИОНАРСТВА У ДРУГОЈ ПОЛОВИНИ XX ВЕКА И ПОЧЕТКОМ XXI ВЕКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	73
Доц. др Душко Челић ДРЖАВИНА У КВАЗИПРАВНОЈ "НОРМАТИВИ" НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ	87
Доц. др Срђан Радуловић ВРШЕЊЕ ПРАВА – ИЗМЕЂУ АФИРМАЦИЈЕ И НЕГАЦИЈЕ ПРАВА	107
Доц. др Гордана Дамјановић ПОСЛОВНА ТАЈНА	119

Доц. др Данијела Петровић ПОВРЕДА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ВИДЕО НАДЗОРОМ	133
Доц. др Бранко Милетић НЕЗАСТАРИВОСТ ПРАВА НА ЗАХТЕВАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ	149
Јована Миловић ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕРИ КАО ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИЦИ DE LEGE FERENDA	175

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Владимир В. Вековић СТАРИЈИ ЗАТВОРЕНИЦИ – РАСТУЋИ И МАРГИНАЛИЗОВАНИ СЕГМЕНТ ЗАТВОРСКЕ ПОПУЛАЦИЈЕ	197
Проф. др Драган Благоић СИСТЕМ МЕРА И САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА	211
Проф. др Здравко Грујић КРИВИЧНОПРАВНА, ДИСЦИПЛИНСКА И МАТЕРИЈАЛНА ОДГОВОРНОСТ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА	221
Проф. др Саша Атанасов ОСНОВНЕ СМЕРНИЦЕ ЗА ВОЂЕЊЕ КРИМИНАЛИСТИЧКОГ ИНТЕРВЈУА СА ЖРТВОМ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА	239
Доц. др Мирјана Ђукић НАЧЕЛО <i>NE BIS IN IDEM</i> У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	257

ЈАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Владан Михајловић РЕФОРМА ИЗБОРНОГ СИСТЕМА КАО УСЛОВ ЕФИКАСНОГ ОСТВАРИВАЊА ПАРЛАМЕНТАРНОГ СИСТЕМА ВЛАСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	277
Проф. др Слободанка Перић ЕЛИМИНИСАЊЕ ДЕЧИЈЕГ РАДА – ИЗАЗОВИ У УСЛОВИМА ПАНДЕМИЈЕ COVID - 19	295
Проф. др Дејан Мировић СЕЦЕСИЈА, ДИСОЛУЦИЈА И ОДНОС ЕУ ПРЕМА ПОКУШАЈУ СЕЦЕСИЈЕ КОСОВА ОД СРБИЈЕ	313
Проф. др Бојан Бојанић О НАСТАНКУ, ПОЈМУ И ЕЛЕМЕНТИМА ДРЖАВЕ	327
Др Невена Миленковић ПРЕДМЕТ УПРАВНОГ СПОРА У ДОМАЋЕМ УПРАВНОПРОЦЕСНОМ ПРАВУ	339
Јована Петровић ЕВРОПСКИ ПРИНЦИПИ ЈАВНЕ УПРАВЕ И НАЧЕЛА ДОБРОГ ЈАВНОГ УПРАВЉАЊА (GOOD GOVERNANCE)	355
Милица Мицовић РАДНИ ОДНОС НА ОДРЕЂЕНО ВРЕМЕ КАО ФЛЕКСИБИЛНИ ОБЛИК ЗАПОШЉАВАЊА	369

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Проф. др Душанка Јововић ЗАШТИТА ВЛАСНИЧКИХ ПРАВА КАО ПОКАЗАТЕЉ ИНСТИТУЦИОНАЛНОГ РАЗВОЈА ЗЕМАЉА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА	385
Проф. др Љубомир Митровић ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА ТРЖИШТА ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА И ПРЕХРАМБЕНИ СУВЕРЕНИТЕТ У СРБИЈИ	399
Проф. др Сузана Димић УЛОГА ПОРЕСКИХ ПОДСТИЦАЈА У САВРЕМЕНОЈ ПОРЕСКОЈ ПРАКСИ - ИЗМЕЂУ ФИСКАЛНОГ РАНДМАНА, ПОРЕСКОГ ПОДСТИЦАЈНОГ АМБИЈЕНТА И СОЦИЈАЛНИХ ЦИЉЕВА	419
Мирјана Иваз ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР СИСТЕМА ЈАВНИХ НАБАВКИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ	431

ТЕОРИЈСКО ПРАВНА И ИСТОРИЈСКО ПРАВНА ОБЛАСТ

Проф. др Сава Аксић АКТУЕЛНОСТ ПРИРОДНОГ ПРАВА	453
Проф. др Огњен Вујовић ФАКТИЧКА КОНТОЛА СТВАРИ И ДЕЛИКТ КРАЂЕ	465
Александра Митровић СОЦИОЛОШКИ МЕТОД И ПРАВО ЗНАЧЕЊЕ ПРАВНЕ НОРМЕ	475
Бранко Шапоњић СРПСКА ПРАВОСЛАВНА ЦРКВА КАО ДРЖАВНА ЦРКВА КРАЈЕМ XIX ВЕКА?	495

ГРАЂАНСКОПРАВНА И ПОСЛОВНОПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Братислав МИЛАНОВИЋ*

339.72/.73

**ФИНАНСИЈСКА ФУНКЦИОНАЛНОСТ МЕЂУНАРОДНОГ
УДРУЖЕЊА ЗА РАЗВОЈ – СПЕЦИФИЧНЕ ИНСТИТУЦИЈЕ У
ОКВИРУ ГРУПАЦИЈЕ СВЕТСКЕ БАНКЕ**

Апстракт: Овај рад по својој концепцији и правном садржају представља наставак реализовања мог научног пројекта који има за циљ једну свеобухватну и темељну правну анализу организовања и, пре свега, функционисања међународних финансијских организација, са посебним акцентом на Међународни Монетарни Фонд и Групаацију Светске Банке. С тим у вези, до сада су у оквиру овог пројекта израђена и објављена четири рада и то: Кредитни аранжмани ММФ-а у савременом финансијском праву; Модели обезбеђивања финансијских средстава за кредитно функционисање ММФ-а; Карактеристике кредитних аранжмана Међународне финансијске корпорације – специфичне финансијске институције у оквиру Групаације Светске Банке и Специфичности правних система за организовање и функционисање Међународног Монетарног Фонда и Групаације Светске Банке.

Међународно удружење за развој (*The International Development Association*, у даљем тексту IDA) је институција Групаације Светске Банке која је основана 1960. године у циљу пружања помоћи најсиромашнијим земљама. Конкретније речено, IDA представља једну мулти-функционалну институцију која подржава разне развојне активности, као што су основно образовање, основне здравствене и санитарне услуге, заштита животне средине, унапређење пословног оквира, инфраструктуре и институционалних реформи. У наредне две године операције ове институције ће се фокусирати и на још четири важне области, а то су: климатске промене, кризна подручја, полна равноправност и привредни развој.

Да би реализовало поменуте задатке, Међународном удружењу за развој, у складу са његовом правном и економском организацијом, стоје на располагању разни финансијски механизми, односно инструменти. С тим у вези, ова функција Међународног удружења за развој реализује се пре свега читавим спектром кредитних споразума које закључује са корисницима његових средстава, а које смо ми, ради теоријске перфекције, разврстали на такозване споразуме о редовним (концесуалним) и неповлашћеним

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

(неконцесуалним) кредитима, али и донацијама, као специфичној форми кредитног финансирања. Поред ових кредитних споразума, у овој међународној финансијској институцији, у циљу реализовања напред поменутих задатака, истим интезитетом, примењују се, пре свих, гарантни послови, али и низ других иновативних финансијских инструмената, попут финансијског посредовања, механизма „хитног реаговања“, конструисања „кризног оквира“, креирање аналитичких студија, саветодавне услуге и др.

Кључне речи: *мулти-функционалност; кредитни инструментаријум; гарантни послови; други иновативни финансијски инструменти.*

1. ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ МЕЂУНАРОДНОГ УДРУЖЕЊА ЗА РАЗВОЈ

Међународно удружење за развој (*The International Development Association*, у даљем тексту *IDA*) је институција Групаације Светске Банке која је основана 1960. године у циљу пружања помоћи *најсиромашнијим земљама*.¹ Конкретније речено, *IDA* представља једну мулти-функционалну институцију која подржава разне развојне активности, као што су основно образовање, основне здравствене и санитарне услуге, заштита животне средине, унапређење пословног оквира, изградња инфраструктуре и подржавање спровођења институционалних реформи. У наредне две године, операције ове институције ће се фокусирати и на још четири важне области, а то су: климатске промене, кризна подручја, полна равноправност и привредни развој.²

Битно је подвући да, иако је реч о самосталном правном субјекту, реализација пословних операција *IDA-е* представља неку врсту допунске функције Међународне банке за обнову и развој (*IBRD*).³ С тим у вези, ова међународна организација (са укупно 173 државе чланице),⁴ заједно са *IBRD*, дели особље и седиште, а истим строгим критеријумима процењује успешност пројеката које финансира.

¹ Са почетним средствима у износу од 912,7 милиона долара, *IDA* је почела са радом 1960. године са 15 земаља оснивача (Аустралија, Канада, Кина, Немачка, Индија, Италија, Малезија, Норвешка, Пакистан, Судан, Шведска, Тајланд, Велика Британија, САД и Вијетнам). У првих осам месеци од — оснивања ова организација је пласирала средства у износу од 101 милион долара, а број чланица је порастао на 51. Први кредитни аранжман за одржавање аутопута је одобрен Хондурасу, док су Чиле, Судан и Индија биле наредне три државе које су користила средства *IDA*.

² *The World Bank's Fund for the Poorest*, Development Finance Vice Presidency of the World Bank Group, February 2016.

³ *IDA Articles of Agreement*, Art. I.

⁴ Према, <http://www.worldbank.org/en/country>, на дан 14.9.2015. године

Учешће у овој организацији резервисано је искључиво за чланице *IBRD* институције, а удели држава се процењују у складу са економском снагом и значајем конкретних држава.⁵

Да би реализовала поменуте задатке *IDA*-и, у складу са његовом правном и економском организацијом стоје на располагању разни финансијски механизми, односно инструменти.

С тим у вези, ове функције *IDA*-е реализују се, пре свега, читавим низом кредитних аранжмана (споразума) које закључује са корисницима његових средстава, али и гарантним пословима, као и применом многих других иновативних финансијских инструмената (о чему ће више речи бити у нашим даљим излагањима).

Осим ових инструмената *IDA* се ефективно бави и креирањем разних врста аналитичких студија које конструишу облике за смањење сиромаштва, као и саветодавним услугама које се пружају владама сиромашних држава ради ширења основа за економски раст и заштиту ових држава од економских шокова.⁶

Као допуну овим делатностима, *IDA* учествује у значајном смањењу дуга презадужених држава кроз Иницијативу за помоћ презадуженим сиромашним земљама (*HIPC*) и Иницијативу за мултилатералне олакшице (*MDRI*).⁷

2. ИЗВОРИ ФИНАНСИЈСКИХ СРЕДСТАВА МЕЂУНАРОДНОГ УДРУЖЕЊА ЗА РАЗВОЈ

У складу са специфичним оквиром обављања пословне делатности, извори финансијских средстава *IDA*-е су врло разноврсни, међу којима, као најважнији, доминирају: доприноси држава чланица; сопствена средства *IDA*-е; инвестициони приходи; трансфери од *IBRD*-а и *IFC*-а; као и позајмљена средства од других држава, односно институција. При томе, концентрација и алокација укупних средстава *IDA*-е дефинише се сваке три године на састанцима представника земаља чланица и донатора (*IDA*

⁵ *IDA Articles of Agreement, Art. II.*

⁶ Broches, A.: *International Financial Law: Lending, Capital Transfers and Institutions*, Euromoney Publications, 1980, стр. 72.

⁷ Од тренутка оснивања *IDA* је финансирала активности у 112 држава. Просечни годишњи износи средстава које ова институција обезбеђује најсиромашнијим земљама, у протекле три године, крећу се око 18 милијарди долара, од чега 50% средстава одлази у Африку. У фискалној години, која се завршила 30. јуна 2018. године, пласирано је 22,2 милијарде долара у 242 нова аранжмана.

replenishment)⁸, на којима се креира правац и реализација стратегије ове институције, модели њеног финансирања и правила дистрибуције ресурса.

Примарни извор финансирања кредитних, донацијских и гарантних функција *IDA-e* представљају *уплате*, односно доприноси (*прилози*) земаља чланица (*partner grant contributions*). Када је реч о прикупљању средстава овим путем, треба нагласити да ниво финансирања појединачних држава зависи од њихових могућности за пружање финансијских доприноса, јачине националне валуте конкретне државе донатора у односу на корпу валута које чине специјална права вучења, циљева у расподели средстава између билатералне и мултилатералне помоћи, као и од ширих економских и политичких процена.

Наредни извор финансирања *IDA-e* представљају *сопствена средства* ове институције (*internal resources*), која чине наплате главнице од држава дужника, односно кредитна прерасподела новчаних средстава (*credit reflows*), наплате камата, као и инвестициони приходи од ликвидне имовине (*liquid assets*).⁹ Ова средства се одобравају на почетку периода допуне средстава (*replenishment period*), одлуком Одбора извршних директора *IDA-e*, а функционишу и као фактор стабилизације у случају промене нивоа прилога држава чланица, чиме се побољшава предвидљивост финансијске моћи ове институције на дужи временски период. Средства добијена отплатом главница одобрених кредита се користе за обезбеђивање нових *IDA* кредита, док се средства прикупљена наплатом разних накнада употребљавају за покривање административних трошкова ове финансијске организације.

Трећи битан извор финансијских средстава *IDA-e* представљају *инвестициони приходи* (*investment income*), који, принципијелно посматрано, зависе од инвестиционе политике ове институције, као и од општих

⁸ Најскорија допуна *IDA* средстава је припремљена децембра 2013. године, путем које је додељено 52,1 милијарде долара за финансирање пројекта у трогодишњем периоду. Средства од донатора чине највећи део ових средстава, око 65%, односно 34,1 милијарде долара.

⁹ Ову врсту имовине чине средства која се брзо могу конвертовати у готовину, уз минимални утицај на добијену цену. Третирају се на исти начин као готовина, јер су њихове цене релативно стабилне када се продају на отвореном тржишту. Да би се нека имовина сматрала *ликвидном*, потребно је успостављање тржишта са довољним бројем учесника, који могу апсорбовати продају оваквих средстава, без утицаја на промену цене имовине. Такође, поступак преноса власништва и кретања овакве имовине мора се што више поједноставити. Оваква имовина у већини случајева укључује акције, инструменте тржишта новца и државне обвезнице. Девизно тржиште се сматра најликвиднијим тржиштем на свету, због немогућности појединачног утицаја на курс валута.

тржишних услова. Примарни инвестициони циљ се огледа у обезбеђивању довољног износа средстава који је потребан овој институцији за задовољавање новчаних потреба у исплатама кредита и донацијама, као и за покривање административних трошкова ове институције. Други циљ се огледа у максимизацији прихода од инвестирања, које подлеже ограничавању ризика, како би се генерисао инвестициони приход који повећава сопствена средства за финансирање операција у сиромашним земљама. Осим тога, целокупни инвестициони портфолио *IDA-e*, комбинован са девизним форвард уговорима, користи се за управљање изложености девизном ризику ове институције.

Као допуна средствима *IDA-e* користе се и трансфери од стране *IBRD-a* и Међународне финансијске корпорације (у даљем тексту *IFC*).¹⁰ Заједно са *IBRD*, *IDA* пружа финансијску помоћ државама са нижим средњим приходима (*lower middle income countries*) које су подобне за позајмљивање средстава од обе наведене институције (*blend* државе), чиме се повећава укупан обим и општа концесионалност (повлашћеност) кредита *IDA-e* овим државама. Слично томе, заједничким финансирањем *IDA-e* и *IFC-a* подстиче се раст и развој приватног сектора у свим државама подобним за *IDA* кредитирање. С тим у вези, током претходних десет година, *IDA* је од *IBRD-a* примила трансфере у вредности од 5 милијарди долара и, на тај начин, обезбедила 33 милијарде долара *blend* државама, док је *IFC* трансферисала 2,2 милијарде долара, у виду донација, а *IDA* је обезбедила 35 милијарди долара кредита за развој приватног сектора у државама подобним за *IDA* кредитирање.¹¹

У циљу допуне својих финансијских средства, *IDA* може и позајмљивати средства и од других земаља (или институција). Како су услови кредитирања земаља под окриљем *IDA* у већини случајева, концесионални, такви су и услови позајмљивања ове организације на тржиштима капитала. На тај начин, земља која одобрава позајмицу *IDA* институцији, под повлашћеним условима, дели терет кредитирања и расподеле позајмљених средстава сиромашним земљама, према правима гласа, заснованим на тзв. „елементу донације“ (*grant element*) одобреног кредита. Битно је истаћи да се средства за кредитирање, прикупљена на овај начин, не издвајају у било коју сврху, већ се користе као део укупних средстава ове институције.

Концесионалност кредита које *IDA* може позајмити од других земаља или институција врло је слична и самим условима *IDA* кредитирања

¹⁰ Од *IDA16* допуне средстава, ови трансфери чине приближно 8% укупних донација овој институцији.

¹¹ Use of IFC's FY 12 Net Income: Retained Earnings and Designation of Retained Earnings, IFC/R2012-0254, July 5, 2012.

сиромашних земаља. Па тако, рок доспелости за враћање позајмљених средстава (*maturity*) износи од 25 до 40 година, што се, у највећој мери, поклапа са *IDA* општим условима кредитирања држава чланица. Временски интервал у коме нема обавезе плаћања главнице, већ само камата на позајмљена средства, односно грејс период (*grace period*), варира од 5 до 10 година, зависно од тога да ли је одобрен кредит од 25 или 40 година, док се са исплатом главнице (*principal repayment*) креће након истека грејс периода. Што се тиче валута у којима *IDA* позајмљује средства од држава или институција, избор је *ограничено слободан*, односно може се бирати само између валута које чине корпу специјалних права вучења (долар, евро, јен или фунта). И на крају, битно је подвући, да камата на ова средства износи 1%, што је приближно исто као и код *IDA* кредитних услова.¹²

3. КРЕДИТНИ СПОРАЗУМИ МЕЂУНАРОДНОГ УДРУЖЕЊА ЗА РАЗВОЈ И УСЛОВИ ЊИХОВЕ РЕАЛИЗАЦИЈЕ

Основни, доминантни, начин операционализације својих утврђених циљева *IDA* реализује системом закључења низа кредитних аранжмана, који су, по врсти, идентични кредитним аранжманима *IBRD-a* (инвестициони, развојни и програмски кредити), али различити према циљном приступу, начину имплементације, критеријумима за њихово реализовање и, посебно, кроз њихову *концесионалност (повлашћеност)*.

Поменута концесионалност кредитних аранжмана *IDA-e* огледа се у дужем периоду отплате (од 35 до 40 година), дужем грејс периоду (од 5 до 10 година), као и нижим каматним стопама (у одређеним случајевима и без наплате камате, где се плаћа само трошак обраде и ниска провизија) на позајмљена новчана средства. Међутим, иако новија пракса у пословању *IDA-e* благо поопштрава услове кредитирања држава чланица (краћи рок доспелости за наплату позајмљених средстава), ипак, у одређеној, мери, задржава основни постулат концесионалности.¹³

Правно-технички посматрано, да би се држава квалификовала за добијање концесионалних средстава ове институције, мора да испуни два кључна услова:

1) релативна сиромашност (*relative poverty*), која је дефинисана бруто домаћим производом (*gross domestic income*) по глави становника, који мора бити *испод* установљеног лимита (који се ажурира годишње);¹⁴ и

2) држава чланица мора имати недостатак кредитне способности (*creditworthiness*) за позајмљивање по тржишним условима.¹⁵

¹² *Updated IDA 17 Financing Framework and Key Financial Variables, September 2013.*

¹³ *The World Bank's Fund for the Poorest, October, 2014.*

¹⁴ За фискалну 2016. годину, тај износ је 1.215 долара.

Ипак, постоје одређени изузеци када ће држава моћи да позајми средства од IDA институције, иако не испуњава *први услов*, односно висину бруто домаћег производа. У те изузетке спадају: 1) земље које две узастопне године остварују бруто домаћи производ изнад прописаног износа, али још увек не поседују кредитну способност за позајмљивање од IBRD-а (*gap државе*)¹⁶ и 2) мале острвске економије, које деле већину изазова са којима се суочавају државе са доста нижим бруто домаћим производом и недостатком кредитне способности или са ограниченим приступом тржишном финансирању.¹⁷

Изузетак од *другог* услова представљају земље, које су на основу дохотка подобне за кредите IDA институције (нпр. Вијетнам и Пакистан), али поседују довољан кредибилитет за позајмљивање од IBRD-а. Како смо напред истакли, такве земље називају се „мешовите“ (*blended*)¹⁸, док се за земље које су изашле из оквира IDA кредитних параметара каже да су „матурирале“ (*graduated*), те с тога немају право на реализовање IDA кредитних аранжмана.¹⁹

Након утврђивања испуњености напред наведених услова, кључни фактор који одређује расподелу IDA кредитних средстава представља *способност имплементације политике која промовише раст и смањује сиромаштво*, а која се утврђује на основу критеријума прописаних од стране IDA-е, базираних на процени глобалне политике државе и њених институционалних капацитета (*Country Policy and Institutional Assessment, CPIA*). Ова процена, концептуално, се базира на 16 критеријума који су груписани у 4 једнака кластера, и то: а) *економско управљање* (монетарна и политика девизног курса, фискална политика, и политика управљања јавним

¹⁵ Тренутно 77 земаља испуњава критеријуме за IDA кредите. Индија је „матурирала“ из оквира IDA критеријума на крају фискалне 2014. године, али ће наставити да прима средства за транзициону подршку током периода важења IDA 17 допуне средстава (од фискалне 2015. до 2017. године).

¹⁶ На почетку фискалне 2013. године, 9 држава је две године узастопно имало приходе изнад прописаног лимита, али због недостатка кредитне способности нису у стању да позајмљују од IBRD (Ангола, Бутан, Република Конго, Цибути, Гвајана, Хондурас, Република Конго, Молдавија и Источни Тимор).

¹⁷ Укупно 13 малих острвских економија, са приходима изнад прописаних, може приступити IDA кредитним средствима. Од тога, 5 држава спада у *blend* категорију (Република Кабо Верде, Доминиканска Република, Гренада, Сент Луција, Сент Винсент и Гренадини). Осталих 8 држава немају кредитну способност за позајмљивање од IBRD (Кирибати, Малдиви, Маршалска острва, Микронезија, Самоа, Тонга, Тувалу и Ванату).

¹⁸ Не рачунајући 5 малих острвских економија, за сада, укупно 11 држава има статус *blend* земаља и то: Јерменија, Боливија, Босна и Херцеговина, Грузија, Индија, Монголија, Пакистан, Папуа Нова Гвинеја, Шри Ланка, Узбекитан и Вијетнам.

¹⁹ Према, <http://www.worldbank.org/ida/borrowing-countries.html>, на дан 15.9.2015. године

дугом); б) *структурна политика* (трговина, финансијски сектор, пословно окружење); в) *политика социјалних давања* (полна равноправност, коришћење ресурса државног капитала, радна и социјална заштита, политика и институције за заштиту животне средине); и г) *управљање јавним сектором и институцијама* (лична права и управљање према правилима, квалитет буџетског и фискалног управљања, ефикасност прикупљања јавних прихода, квалитет јавне администрације, транспарентност, одговорност и корупција у јавном сектору). Према сваком од ових критеријума државе су разврстане на скали од 1 (*низак* квалитет) до 6 (*висок* квалитет). Коначна оцена квалитета државе зависи од достигнутог нивоа, према дефинисаним критеријума у датој години, (а не на основу промена вредности тих критеријума у претходним годинама), док се рејтинг државе детерминише на основу креирања и спровођења одговарајуће политике.

У пословној пракси IDA-е, концесионалних (повлашћених) кредита, фигурирају и *неконцесионални (неповлашћени) кредити*, а политика њиховог одобравања (*The Non-Concessional Borrowing Policy, NCBP*) усвојена је јула 2006. године, од стране Одбора извршних директора IDA-е, и односи се на државе које су подобне за коришћење донација и кредита ове институције у склопу Иницијативе за мултилатералне олакшице (*MDRI*). У оквиру ове политике, код неповлашћених кредита, кључни елемент представља *устављање граница нивоа дуга* држава чланица, при чему минимални износ бесповратних новчаних средстава износи 35%. Услов за то је повећање минималног нивоа износа границе нивоа дуга (који је прописан споразумом са ММФ-ом), а што, истовремено, захтева измењену методологију за одређивање границе нивоа дуга, која се заснива на макроекономском управљању јавним финансијама и угрожености државе висином укупног дуга.

Након утврђивања коначне оцене квалитета државе и њеног кредитног рејтинга, IDA приступа дистрибуцији средстава заинтересованим државама чланицама.

Такође, саобразно једнострано утврђеним правилима ове организације, у практичној примени налазе се и тзв. *донације (grants)*. Када је у питању овакав вид новчане помоћи, треба напоменути да се подобност држава одређује према критеријуму *ризика настанка дужничких проблема* прималаца донацијских средстава. Када је почела са пружањем помоћи путем донација, IDA је ограничила употребу ове врсте помоћи само на изузетне случајеве,²⁰ док је данас усвојен систем расподеле донација на

²⁰ Изузеци, прихваћени у IDA 11 допуни средстава, односли су се на донације пружене преко- *HIPC* иницијативе. Наредна доггуна је проширила круг држава које могу примати донације на пост-конфликтна подручја, као и на *HIPC* чланице које су добиле олакшање у отплати преосталих дугова према *IBRD* институцији, попут Хондураса, Камеруна и

основу одрживости дуга. Државе приматељке донација подлежу унапред одређеном попусту од 20%, од чега се 13% односи на подстицаје, а 7% на део наплате средстава.²¹

Конкретна дистрибуција *IDA* средстава врши се, како је већ истакнуто, кроз, пре свега, модел концесионалних кредита (и донација) али се, при томе, узима у обзир додатни фактор, а то је процена ризика за настанак дужничких проблема државе у питању. С тим у вези, на основу параметра дужничког ризика, према правилима *IDA*-е, земље корисници њених средстава подељене су у три групе: 1) државе у којима постоји висок ризик настанка дужничке кризе (*red-light*), којима се 100% средстава реализује путем донација (*grants*); 2) државе средњег ризика (*yellow-light*), којима 50% средстава чине донације, а 50% кредитни аранжман; и 3) државе ниског ризика (*green-light*), са 100% кредитним средствима, без икаквих донација.²²

Начелно, рок доспелости *IDA* кредита које је одобрио Одбор гувернера 30. јуна 1987. године износио је 50 година, док је у периоду од 30. јуна 1987. до 30. јуна 2011. године тај рок износио од 35 до 40 година. Кредитни аранжмани заључени после овог датума имају рок доспелости од 25 до 40 година.

При томе, концесионални кредити, или, како се често називају, редовни кредити (*regular*), имају рок доспелости 38 година, уз грејс период од 6 година, а отплата главнице се врши по стопи од 3% у периоду од 7. до 38. године отплате. На овакве кредите не плаћа се камата, али садрже обавезну клаузулу убрзане отплате (*acceleration clause*)²³, која омогућава државама, чији је приход по глави становника изнад прага подобности, да дуплира износе исплата главнице и на тај начин раније отплати кредит. У случају кредита који се одобравају малим острвским економијама (*small island economies*), рок доспелости остаје 40 година, уз 10 година грејс

Обале Слоноваче. У наредном периоду, значајно је проширено учешће донација у укупним *IDA* средствима (између 18 и 21 %).

²¹ Првобитно је део наплате средстава постављен на 9%, да би потом био смањен на 7%, када је провизија на неискоришћена средства враћена на 0%. Видети још, *IDA Commitment Charge for FY09*, *IDA/R2008 -0206*, June 6, 2008.

²² *IDA's Long Term Financial Capacity and Financial Instruments*, International Development Association, *IDA Resource Mobilization Department (CFPIR)*, March 2013.

²³ Ова одредба омогућава исплату двоструко већих износа на полугодишњем нивоу и подлеже одобравању Одбора извршних директора *IDA*-е, након разматрања економског развоја државе дужника. Као алтернативу за скраћење рока доспелости кредитног аранжмана, тзв. опција главнице (*principal option*), дужник може одабрати исплату камате која, према садашњој вредности, има исти резултат као и исплата главнице, тзв. каматна опција (*interest option*).

периода и исплатом главнице у износу од 2% од 11. до 20. године отплате кредита, односно 4% од 21. до 40-е године отплате.

Уколико држава спада у категорију „мешовитих“ (*blend*) дужника и две узастопне године остварује приходе изнад прага подобности, на отплату кредита конкретне државе примењиваће се тзв. оштрији услови (*hardened terms*), осим у случају већ поменутих малих острвских економија, када се услови отплате процењују на основу њихове „угрожености“ (*vulnerability*). Рок доспелости кредита пласираних *blend* државама износи максимално 25 година, уз грејс период од 5 година, а садржана је и клаузула убрзане отплате. Главница кредитног износа се исплаћује у износу од 3,3% за период од 6. до 15-е године отплате, односно 6,7% од 16. до 25-е године, док каматна стопа на цео износ кредита износи 1,25%. Кредити који су одобрени под оштријим условима другим чланицама *IDA*-е (изузев мешовитих земаља), изузети су од уговарања одредби за убрзану отплату кредита.

Уколико се држава позајмљује под „оштријим“ условима, то значи да јој на располагању стоје повећана средства, у односу на целокупну расподелу укупних *IDA* средстава. Стандардне услужне таксе се примењују и код ових услова, уз додатак фиксне каматне стопе од 1,83% на цео износ кредита. Иначе, висина каматне стопе за кредитирање под оштријим условима одређује се на годишњем нивоу (обично крајем јуна, јер фискална година почиње 1. јула), као фиксна каматна стопа једнака *IBRD* каматној стопи, умањена за 200 базних поена.

Уколико је држава „матурирала“ (*graduated*), односно превазишла услове *IDA* кредитирања, а и даље има потребу за финансирањем транзиционог периода, услови позајмљивања се додатно поштравају тако што се каматна стопа, фиксирана према *IBRD* каматној стопи, умањује за 100 базних поена. Рок доспелости кредита за финансирање транзиционог периода је 25 година, док је грејс период 5 година, уз праволинијски распоред амортизационих средстава (5% годишње). Поред тога, ови кредити не садрже клаузулу убрзане отплате.

Оно што желимо посебно да истакнемо тиче се стопе *провизије* за неповлачење, односно некористићење одобрених кредитних средстава, у смислу да је она *варијабилна*, односно креће се од 0 до 0.5% на неискоришћена средства кредита или донација, а њену висину одређује Одбор извршних директора *IDA*-е на годишњем нивоу.²⁴

Када су у питању *донације*, битно је напоменути да је могућност коришћења ове врсте помоћи резервисана искључиво за *IDA* државе са ниском одрживошћу дуга (*IDA only*), што значи да су искључене „мешовите“

²⁴ Једина разлика између камате и провизије огледа се у томе што се провизија (*commitment fee*) наплаћује на износ неискоришћених новчаних средстава, док се камата (*eng. interest*) наплаћује на искоришћени износ.

или државе са „пооштреним“ условима кредитирања. То из разлога што ове државе имају лакши приступ тржиштима капитала и што се структура њиховог дуга разликује од осталих држава чланица *IDA*.

4. ГАРАНТНИ ПОСЛОВИ И ДРУГИ ИНОВАТИВНИ ФИНАНСИЈСКИ ИНСТРУМЕНТИ

Поред основних (доминантних) финансијских механизма, о којима је више речи било у претходним излагањима, у свом пословању *IDA* је развила тзв. *гарантне послове* и нове, *иновативне, финансијске инструменте*, чиме се употпуњава основна делатност ове организације.

Гарантни послови *IDA*-е концепцијски се базирају, искључиво, на систему тзв. *парцијалних гаранција ризика (partial risk guarantees)*, уведеним 1997. године, којима се на специфичан начин врши допуна средстава и њихово интегрисање у кредитне програме који подржавају пројекте приватних ентитета у чланицама *IDA* институције. Суштински посматрано, ове гаранције, по правилу, покривају продужене рокове доспећа кредита, који су неопходни да би пројекат био финансијски одржив. Такође, ове гаранције немају могућност убрзане исплате, што значи да *IDA* врши плаћања само према првобитном плану сервисирања дуга под гаранцијом.

Овај гарантни посао уређен је са три правна акта *IDA*-е и то:

Гарантним споразумом (Guarantee Agreement), који се закључује између *IDA* институције и корисника гаранције (зајмодавца), где се прецизирају сви услови неопходни за реализацију гаранције;

Пројектним споразумом (Project Agreement), закљученим између *IDA*-е и пројектне компаније, који садржи обавезу давања сагласности *IDA*-а на промене пројектног споразума, уз сагласност са заштитним мерама *IBRD* и *IDA*; и

Одштетним споразумом (Indemnity Agreement), између државе у којој се пројекат реализује и *IDA*-е, којим се влада државе обавезује да исплати одштету *IDA* институцији уколико је она исплатила гарантовану суму.

Ове гаранције доступне су само оним државама чланицама *IDA* којима нису доступне гаранције *IBRD*-а²⁵ и обезбеђују заштиту од ризика сервисирања дуга, који произлази из неиспуњења уговорних обавеза, преузетих од влада држава или њихових агенција у пројектима приватног

²⁵ Од 31. децембра 2012. година *IDA* гарантује укупно у 448 милиона долара неизмирених дугова држава чланица, уз додатак од 607 милиона долара у гаранцијама које још нису ступиле на снагу. До данас, ни једна од ових гаранција није реализована, док је само гаранција Обали Слоноваче потпуно отпуштена после скоро 15 година благовременог сервисирања дуга. Према, *Modernizing the World Bank's Operational Policy on Guarantees: Approach Paper CODE/GS2011-0028*, October 26, 2011.

сектора, попут В.О.Т. модела (*Build-Operate-Transfer*), јавно-приватних партнерстава (*Public-Private Partnership*), концесија и приватизације, ризика девизне конвертибилности, експропријације, као и промене закона.²⁶ Битно је истаћи да се плаћање гарантоване суме врши само уколико је немогућност сервисирања дугова настала по основу једног од гаранцијом покривених ризика.

С обзиром да се ове гаранције издају као средство обезбеђења приватних инвеститора, на тим инвеститорима је и обавеза плаћања одређених накнада за, евентуалну, реализацију гаранција. Па тако, једнократна иницијална накнада (*initiation fee*) се наплаћује у висини од 0,15% на износ гаранције од минимум 100.000 долара. Накнада за обраду гаранције (*processing fee*) се једнократно исплаћује у висини од 0,5% на целокупан износ гаранције, а служи за покривање трошкова издавања гаранције. И на крају, гаранцијска накнада (*guarantee fee*), износи 0,75% годишње на исплаћени и издвојени износ средстава. Осим ових, постоји и накнада за издвојени, а неисплаћени износ средстава и која се наплаћује на годишњем нивоу (*stand-by fee*), али њена каматна стопа тренутно износи 0%. *IDA* годишње врши преглед и евентуалне промене ових накнада, док накнаде утврђене у потписаним гаранцијама остају константне током целог периода важења гаранција.

На крају, битно је напоменути да се у склопу *IDA*-е разматра увођење нових облика гаранција, попут Парцијалних кредитних гаранција (*Partial Credit Guarantees*) и Политичких гаранција (*Policy Based Guarantees*)²⁷ али рокови за њихово имплементирање нису прецизно утврђени.

Поред гарантних послова, као што је истакнуто, *IDA* је развила низ иновативних финансијских инструмената, међу којима истичемо најрепрезентативније.

Финансијско посредовање представља део целокупног *IDA* оквира за управљање ризицима од природних катастрофа, чиме је *IDA* имплементирала институт тзв. *временског ризика*, који се базира на трансакцијама временских деривата, опште познатим као „временски хедџинг“ (*weather hedges*). Ова врста деривата представља трансакцију осигурања која омогућава државама да умање свој ризик изложености финансијским поремећајима, узрокованим на пример временским неприликама. За разлику од традиционалних начина осигурања, временски деривати омогућавају брзу исплату новчаних средстава, иако није потребно извршити процену насталих губитака. Путем ових трансакција, *IDA* обично улази у временску хед-трансакцију са примаоцем новчаних средстава, док истовремено врши *компензацију*

²⁶ Review of IDA Guarantee Pilot Program, IDA/R2009-0137, May 20, 2009.

²⁷ World Bank Credit Guarantee, The World Bank Treasury, July 2014.

(*offsetting transaction*) са другом страном на тржиштима капитала и на тај начин ублажава ризик по сопствени биланс стања. Осим тога, постоји могућност и успостављања механизма обједињеног ризика (*establishment of risk pooling mechanisms*), који смањују цену коштања временских деривата тако што се земље са сличним ризицима (нпр. Државе пацифичких или Карипских острва) обједињују у једну групу, па на тај начин користе предности спајања ризика и њиховог заједничког осигурања. На овај начин, као посредник на тржишту капитала, капитализацијом механизма обједињеног ризика, IDA олакшава дугорочно тржишно осигурање угрожених земаља.²⁸

Програм регионалног развоја пружа могућност и подстицај сиромашним земљама да се развојни циљеви реализују на регионалном нивоу, као и да прикупе додатна финансијска средства за те намене. За регионалне пројекте важи опште правило да се једна трећина средстава за финансирање пројекта обезбеђује у националним оквирима, док се две трећине обезбеђује на регионалном нивоу. Овакав вид финансирања омогућава власништво и управљање државе својим средствима, али истовремено пружа могућност регионалног суочавања са развојним проблемима. За земље са малим износима IDA додељених средстава, финансирање из националних оквира је ограничено на 20% годишњих средстава које добијају од ове институције.

Примарни циљ инструмента *Кризног оквира* односи се на обезбеђивање додатних финансијских средстава IDA земаља за превазилажење тешких финансијских криза и природних катастрофа, као и за повратак на дугорочне стазе развоја. У случају природних катастрофа овај механизам бира најтеже догађаје и служи као допуна средствима Уједињених Нација и других партнера у обезбеђивању хитне економске помоћи, којом се гради сигурносна мрежа за угрожену популацију и враћају основна физичка средства која су уништена катастрофалним догађајима. У случају економских криза, у сарадњи са другим развојним партнерима, овај инструмент одређује интензитет кризе, узроковане спољним шоковима, које утичу на значајан број земаља.

Механизам хитног реаговања помаже државама у кризи, методом хитног обезбеђивања средстава. Прецизније речено, овај механизам

²⁸ Одбор извршних директора IDA-е је октобра 2012. године усвојио предлог о проширењу понуде временских деривата земљама чланицама. Конкретно, предлог се реализује на два начина: 1) проширује обим временских ризика на одређене геолошке догађаје (што значи да земљотреси и цунамији могу бити покривени временским дериватима); и 2) шири списак ентитета са којима ова институција може ући у трансакцију временских деривата, који сада укључује поднационалне и регионалне организације (раније је могла ући у ове трансакције само са државма чланицама).

омогућава брзи приступ до 5% издвојених, а неисплаћених *IDA* средстава за инвестиционе пројекте, у периоду одмах након кризе. Може се рећи да овај механизам служи као *допунски* инструмент дугорочне помоћи *IDA* државама, који у недељама након кризе обезбеђује неопходну финансијску помоћ.

Добровољни оквир за превремену отплату, према утврђеној политици *IDA*-е, омогућава кредитираним земљама да изврше превремену исплату позајмљених средстава, уз одређени дисконт који генерише инвестициони приход *IDA*-е по том основу.²⁹ Главни циљ овакве политике огледа се у подстицању *IDA* земаља да убрзају отплату својих кредита, како би *IDA* средства била дистрибуирана земљама са потребама концесионалног (повлашћеног) финансирања.

Откуп програма је посебан финансијски инструмент који се одвија се у сарадњи приватних донатора и фондација (*buy-down*)³⁰. Овај механизам је први пут испробан у оквиру иницијативе Пакистана и Нигерије за искорењивање дечје парализе, у сарадњи са Гејтс фондацијом и Фондацијом УН. У склопу овог програма, *IDA* кредит државе је „откупљен“ (*bought down*) од стране ових фондација након успешног завршетка програма за дистрибуцију вакцина против дечје парализе поменутих земаља. Овај подстицајни програм омогућава *IDA* државама мобилизацију средстава, које у крајњој линији имају облик донација, док фондације могу корисити подршку влада држава преко *IDA* институције.³¹ Овакав програм усмерава пажњу на остваривање развојних резултата, смањење разумењности финансијске помоћи и на начине распоређивања унапред одређених средстава која ће бити примљена сукцесивно.

Поред тога, *приватне донације* представљају један од начина доприноса приватних донатора финансирању развоја држава чланица. Овим инструментом *IDA* је употпунила свој оперативни оквир јер се укључивањем добровољних приватних донација поспешује основни циљ, а то је смањење сиромаштва у државама са ниским приходима.³²

²⁹ До сада су две државе превремено отплатиле своје неизмирене кредите, уз одређене дисконтне стопе утврђене овом политиком (Кина и Тајланд). Пре увођења ове политике, Јужна Кореја је, такође, превремено, на добровољној бази, отплатила износ свог кредита.

³⁰ *Buy-down* механизам се односи на исплату укупне суме повериоцу од стране дужника или трећег лица у циљу снижавања неких или свих исплата (нпр. каматних стопа) код исплате целокупног задужења.

³¹ До данас, програм који је уведен 2003. године, покрио је 12 кредита са укупним износом од 355 милиона специјалних права вучења. Седам пројеката је већ „откупљено“, док осталих пет имају укупне обавезе у износу од 192 милиона специјалних права вучења.

³² Од 2007. године, *IDA* је примила корпоративне донације у износу од 5,6 милијарди долара од две јапанске банке, *Nikko Asset Management* и *Chiba Bank*.

5. САНКЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНОГ УДРУЖЕЊА ЗА РАЗВОЈ

Као једну од заштитних мера, *IDA* може суспендовати право исплате средстава дужнику под истим условима који, *mutatis mutandis*, оправдавају коришћење ове мере од стране *IBRD*.³³ По истом принципу *IDA* може убрзати реализацију кредита у случају неизвршења обавеза, као и код *IBRD*-а.³⁴ У случају неиспуњења обавеза према другим кредиторима, Статут *IDA*-е не садржи одредбу која у реализацију кредита урачунава и кредитну способност дужника.³⁵ Међутим, дозвољена је суспензија исплате средстава, када наступање ванредне околности чини мало вероватним извршење обавеза државе дужника.³⁶ У складу са развојном оријентацијом ове институције, услови кредитних аранжмана *IDA*-е могу се модификовати узимањем у обзир финансијске и економске ситуације и изгледе државе дужника.³⁷ Ова одредба је, аутентичним тумачењем Одбора извршних директора *IDA*-е, дозволила отпис дугова у оквиру *HIPC* иницијативе.

Као и у случају *IBRD*-а, неизвршење обавеза према овој институцији може и суспендовати чланство државе, а уколико суспензија траје годину дана, може водити и искључењу из чланства ове институције.³⁸

³³ *IDA General Conditions for Credits and Grants* (July 31, 2010), sec 6.02.

³⁴ *IDA General Conditions for Credits and Grants* (July 31, 2010), sec 6.06.

³⁵ Овај изузетак је у складу са циљевима ове институције (финансирање развојних потреба мање развијених држава по флексибилнијим и мање оптерећујућим условима, у односу на тржишне).

³⁶ *IDA General Conditions for Credits and Grants* (July 31, 2010), sec 6.02(e).

³⁷ *IDA Articles of Agreement*, Art. V(3).

³⁸ *IDA Articles of Agreement*, Art. VII(2).

Bratislav MILANOVIC, LL.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

**FINANCIAL FUNCTIONALITY OF INTERNATIONAL DEVELOPMENT
ASSOCIATION– SPECIFIC INSTITUTIONS WITHIN WORLD BANK
GROUP**

Summary

This paper, by its concept and legal contents is a continuation of my scientific project which has the aim to do a thorough and all-encompassing legal analysis of organizing, and above all functioning of international financial organizations, with a special emphasis on International Monetary Fund and World Bank Group. With regards to this, four papers have been published so far: IMF Credit Arrangements in modern financial law, Models for acquiring financial assets for credit functioning of IMF, Characteristics of credit arrangements of international financial corporation – specific financial institution within World Bank Group and Specifics of legal systems for organizing and functioning of International Monetary Fund and World Bank Group.

The international Development Association, further on IDA, is an institution of World Bank Group and was founded in 1960. with the aim to provide help to the poorest countries. More precisely, IDA is a multifunctional institution which supports a variety of development activities, such as basic education, basic health and sanitary services, environmental protection, improvement of work conditions, infrastructure and institutional reforms. In the next two years, the operations of this institution will focus on four more important areas and these are: climate changes, crisis areas, gender equality and economic development.

In order to fulfil the above-mentioned tasks, the International Development Association, within their legal and economic organization, has a variety of financial mechanisms, i.e., instruments. Therefore, this function of International Development Association is fulfilled before all, by using a variety of credit agreements that are made with users of their resources, and which we here, for the purpose of theoretical perfection, divide in so-called Agreements on Regular (Consensual) and non-consensual loans, and donations as a specific form of credit financing. Apart from these credit agreements, this international financial institution, in order to fulfill the above-mentioned tasks, also relies on bank guarantee as well as a whole set of innovative financial instruments, such as financial mediation, ‘immediate response’ mechanism, constructing ‘crisis framework’, creating analytical studies, consulting etc.

Keywords: *multifunctionality, credit instruments, bank guarantee, other innovative financial instruments.*

ЛИТЕРАТУРА

Broches, A.: *International Financial Law: Lending, Capital Transfers and Institutions*, Euromoney Publications, 1980, стр. 72.

The World Bank's Fund for the Poorest, Development Finance Vice Presidency of the World Bank Group, February 2016.

Use of IFC's FY12 Net Income: Retained Earnings and Designation of Retained Earnings, IFC/R2012-0254, July 5, 2012.

Updated IDA17 Financing Framework and Key Financial Variables, September 2013.

IDA's Long Term Financial Capacity and Financial Instruments, International Development Association, IDA Resource Mobilization Department (CFPIR), March 2013.

Review of IDA Guarantee Pilot Program, IDA/R2009-0137, May 20, 2009.

Modernizing the World Bank's Operational Policy on Guarantees: Approach Paper, CODE/GS2011-0028, October 26, 2011.

World Bank Credit Guarantee, The World Bank Treasury, July 2014.

Др Владимир БОРАНИЈАШЕВИЋ*

347.952:004.738.5

004.774:339

ПОСТУПАК ЈАВНЕ ПРОДАЈЕ ЕЛЕКТРОНСКИМ ПУТЕМ

Апстракт: У поступку извршења на непокретностима, покретним стварима и заједничком продајом непокретности и покретних ствари, једна од извршних радњи је продаја предмета извршења. Уобичајен начин уновчавања ствари ради намирења новчаног потраживања извршног повериоца представљало је усмено јавно надметање, које је Законом о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу из 2019. године замењено електронским јавним надметањем. Од септембра месеца 2020. године, продаја непокретности, покретних ствари и њихова заједничка продаја врши се искључиво електронским путем, преко портала електронског јавног надметања. У раду су анализирани одредбе којима су регулисани поступак, организација и ток поступка јавне продаје електронским путем, указано је на значај овог новог законског решења али и на недостатке важећих правила.

Кључне речи: *поступак извршења, електронско јавно надметање, портал електронског јавног надметања, регистровани корисник, јавни извршитељ.*

1. УВОД

У поступку извршења на непокретности, поступку извршења на покретним стварима и поступку извршења заједничком продајом непокретности и покретних ствари ради намирења новчаног потраживања извршног повериоца, једна од извршних радњи у поступку спровођења извршења је продаја непокретности, покретних ствари или непокретности и покретних ствари заједно. Продаја ствари следи након њихове процене и врши се пошто јавни извршитељ донесе закључак о продаји, по правноснажности решења о извршењу.

Поступак јавне продаје електронским путем уведен је у наше извршно процесно право Законом о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу из 2019. године.¹ Изменама и допунама важећег Закона о

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

¹ Закон о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу- ЗИДЗИО 2019, „Сл. гласник РС“ бр. 54/2019.

извршењу и обезбеђењу Републике Србије² било је прописано да се јавна продаја може вршити и електронским путем, спровођењем електронског јавног надметања у случају да је тако одлучио јавни извршитељ по службеној дужности или на предлог странке. То је значило да је продаја могла бити извршена усменим јавним надметањем, које је до тада представљало начин продаје непокретности или покретних ствари³ али и електронским путем, по одлуци јавног извршитеља. Ова могућност била је дозвољена од 1. марта 2020. године до 1. септембра 2020. године јер је изричито превиђено да се од 1. септембра 2020. године у поступцима извршења на непокретности и покретним стварима ради намирања потраживања извршног повериоца искључиво спроводи електронско јавно надметање и да се непокретности и покретне ствари продају електронским путем.⁴ Подразумева се, извршни поверилац и извршни дужник у поступцима извршења на непокретности или покретним стварима имају могућност да се током целог поступка споразумеју о продаји непокретности или покретних ствари непосредном погодбом.

Електронско јавно надметање, поступак, организација и његов ток прописани су Правилником о организацији и поступку електронског јавног надметања.⁵

² Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, "Сл. гласник РС", бр. 106/2015, 106/2016 - аутентично тумачење, 113/2017 - аутентично тумачење и 54/2019.

³ О усменом јавном надметању, детаљније: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења*, 1. издање, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017, 189-191; Г. Станковић, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд, 2018, 488.

⁴ Видети: чл. 168. ЗИДЗИО 2019. Детаљније: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, СВЕН, Ниш, 2020, 770-771; Г. Станковић, *Закон о извршењу и обезбеђењу*, предговор и стварни регистар, Службени гласник, Београд, 2019, 36.

⁵ Правилник о организацији и поступку електронског јавног надметања – Правилник, „Сл. гласник РС“ бр. 14/2020. Правилник је ступио на снагу 1. марта 2020. године. Одредбама ЗИО (чл. 171а ст. 2) прописано је да организацију и поступак електронског јавног надметања ближе уређује министар, те је овај правилник конкретизација поменутог законског решења. У чл. 1. Правилника прописано је да се одредбама правилника уређују организација и поступак електронског јавног надметања ради продаје непокретности и покретних ствари у поступку извршења. Иако се подразумева да се јавна продаја електронским путем односи и на заједничку продају непокретности и покретних ствари, можда је било корисно да је изричито наведено да се продаја електронским путем врши и у поступку извршења заједничком продајом непокретности и покретних ствари јер се ради о посебном средству извршења ради намирања новчаног потраживања извршног повериоца.

2. ЕЛЕКТРОНСКО ЈАВНО НАДМЕТАЊЕ

Електронско јавно надметање врши се преко портала електронског јавног надметања. Портал електронског јавног надметања је веб-портал коме се приступа и који омогућава електронско јавно надметање ради продаје непокретности и покретних ствари као и ради заједничке продаје непокретности и покретних ствари, којим управља овлашћено лице у министарству правде (администратор портала електронског јавног надметања).⁶ Овом порталу се може приступити путем јавног приступа или преко регистрованог приступа и због тога се прави разлика између корисника и регистрованог корисника портала. Корисник је лице које је приступило порталу електронског јавног надметања и коме су са портала доступни само одређени подаци. Корисник приступа порталу путем јавног приступа који не захтева регистрацију и доступни су му подаци у вези са окончаним електронским јавним надметањима и електронским јавним надметањима која су у току. У погледу окончаних надметања, кориснику су доступни подаци о предмету продаје и највећој датој понуди а када су у питању електронска јавна надметања која су у току, доступни су му подаци о предмету продаје, почетној цени предмета и тренутно највећој понуди.⁷

Регистровани корисник, с друге стране, је лице које се регистровало на порталу електронског јавног надметања и које, поред података који су доступни кориснику који је порталу приступио без регистрације, има увид и у преглед датих понуда било у окончаном био у електронском јавном надметању које траје.

Један од услова предвиђених за приступ порталу електронског јавног надметања за регистрованог корисника је да поседује софтвер за читање квалификованог електронског потписа и да има квалификовани електронски потпис који је издат од стране овлашћеног сертификованог тела.⁸ Електронски потпис и његова употреба у правним пословима уређени су Законом о електронском потпису.⁹ У тексту ЗЕП врши се јасна дистинкција између електронског потписа и квалификованог електронског потписа. Под електронским потписом се подразумева скуп података у електронском облику који су придружени или су логички повезани са електронским документом и служе за идентификацију потписника, док се квалификованим електронским потписом сматра електронски потпис којим се поуздано гарантује идентитет потписника, интегритет електронских докумената и

⁶ Чл. 2. ст. 1. т. 7-8. Правилника.

⁷ Чл. 4. ст. 3. Правилника.

⁸ Чл. 4. ст. 1. Правилника.

⁹ Законом о електронском потпису – ЗЕП, „Службени гласник РС“ бр. 135/2004.

онемогућава накнадно порицање одговорности за њихов садржај.¹⁰ Квалификовани електронски потпис је супститут за својеручни потпис, искључиво је повезан са потписником кога недвосмислено идентификује, настаје коришћењем средстава којима потписник самостално управља и која су под његовим искључивим надзором и директно је повезан са подацима на које се односи. Подразумева се да је формиран средствима за формирање квалификованог електронског потписа и да је његова провера могућа на основу квалификованог електронског сертификата потписника. Квалификовани електронски потпис има у односу на електронске податке исто правно дејство и доказну снагу као и својеручни потпис и печат у односу на податке у папирном облику¹¹ и пуноважан је у судским поступцима и правним пословима предвиђеним законом. Још једно од обележја значајних за квалификовани електронски потпис је то да се креира квалификованим електронским сертификатом који издаје сертификовано тело.¹²

3. ЗАХТЕВ ЗА ОДРЖАВАЊЕ ЕЛЕКТРОНСКОГ ЈАВНОГ НАДМЕТАЊА

Одржавање електронског јавног надметања захтева јавни извршитељ. Он то чини тако што подноси захтев за одржавање електронског јавног надметања путем апликације коју одржава ресорно министарство, која се налази у оквиру заштићене правосудне мреже и коју јавни извршитељ користи у свом пословању.¹³

Сваком електронском јавном надметању аутоматски се додељује идентификациони број под којим се оно заводи.

Јавни извршитељ приликом подношења захтева за одржавање електронског јавног надметања, уз захтев прилаже закључак о продаји који мора да буде снабдевен квалификованим електронским потписом.

Након наступања правноснажности решења о извршењу, доноси се закључак о продаји непокретности на електронском јавном надметању. Како

¹⁰ Чл. 2. ст. 1. т. 1-2. ЗЕП. Електронски потпис се формира на основу јединствених података – кодова или приватних криптографских кључева, одговарајућим техничким средствима – софтвером и хардвером.

¹¹ Чл. 10. ЗЕП.

¹² Квалификовани електронски сертификат је електронски сертификат који издаје сертификовано тело за издавање квалификованих електронских сертификата, који има садржину предвиђену одредбама чл. 17. ЗЕП. Детаљније о квалификованом електронском потпису: Водич за квалификовани електронски потпис у Србији, <https://statt.rs/sr/vodic-za-kvalifikovani-elektronski-potpis-u-srbiji/>, приступљено: 22. јула 2021. године.

¹³ Чл. 2. ст. 1. т. 17. Правилника.

се закључком о продаји непокретности одређују услови продаје на јавном надметању, тако закључак у погледу услова продаје садржи: ближи опис непокретности са припацама, означање да ли је непокретност слободна од лица и ствари или да у њој живи извршни дужник с породицом или неки други непосредни држалац непокретности; означање права трећих лица која на непокретности остају и након њене продаје, стварне и личне службености и стварне терете које купац непокретности преузима, означање процењене вредности непокретности и означање дана када је процена извршена, означање да се продаја врши електронским јавним надметањем путем потрала електронске продаје, време електронског јавног надметања, означање почетне цене непокретности на првом надметању, означање лицитационог корака одређеног у проценту од почетне цене непокретности не вишем од 10%, означање рока у коме је купац дужан да плати продајну цену, износ кауције која се полаже, рок у коме се полаже и коме се полаже као и означање забране која се односи на одређене категорије лице која не могу бити купци непокретности.¹⁴ У случају да се ради о продаји покретних ствари, закључак о продаји покретних ствари садржи услове продаје ствари, а пре свега: ближи опис ствари, означање процењене вредности ствари и дана када је процена извршена, време првог електронског јавног надметања и означање почетне цене ствари на том надметању, означање рока у коме је купац дужан да плати продајну цену, означање износа кауције која се полаже, коме се полаже и у ком року и означање забране која се односи на поједина лица која не могу бити купци покретних ствари на електронском јавном надметању. Када је у питању заједничка продаја непокретности и покретних ствари, закључак о продаји такође садржи елементе који се односе на услове заједничке продаје непокретности и покретних ствари а посебно се прецизно одређује која се непокретност и које су покретне ствари предмет заједничке продаје.¹⁵ Закључак о јавној продаји електронским путем објављује се на порталу електронске продаје.

4. ОБЈАВЉИВАЊЕ ЕЛЕКТРОНСКОГ ЈАВНОГ НАДМЕТАЊА

Електронско јавно надметање објављује се на порталу електронског јавног надметања, а према одредбама Правилника објава мора да садржи тачно прописане елементе. Објава електронског јавног надметања на порталу

¹⁴ Чл. 173. ст. 2. т. 1-9. ЗИО.

¹⁵ Г. Станковић, Д. Палачковић, А. Трешњев, *Коментар закона о извршењу и обезбеђењу*, Службени гласник, Београд, 717; V. Boranijašević, „The Enforcement Procedure for Settlement of Monetary Claims by a Joint Sale of Real Estate and Movable Property“, Collection of papers from the International Scientific Conference “GLOBALISATION AND LAW”, Faculty of Law, University of Niš, 2017, 331-345.

нарочито мора да садржи: означање закључка о продаји непокретности или покретне ствари или заједничкој продаји непокретности и покретних ствари, означање датума постављања објаве на порталу електронског јавног надметања, означање датума и времена почетка и завршетка електронског јавног надметања, означање временског трајања електронског јавног надметања, означање да ли се ради о првој или другој продаји, означање почетне цене предмета продаје, означање лицитационог корака који је одређен у складу са одредбама ЗИО¹⁶ и означање података о поступајућем јавном извршитељу. Објава електронског јавног надметања може садржати и фотографије или видео запис предмета који се продаје, како би потенцијални купци могли ближе да се упознају са предметом продаје путем електронског јавног надметања.¹⁷ Евидентно је да одредбама Правилника није прописано колико је времена унапред потребно објавити електронско јавно надметање на порталу електронског јавног надметања. Намеће се закључак да јавни извршитељ након што је донео закључак о продаји, доставио га лицима којима је дужан да га достави и објавио на порталу електронског јавног надметања, може захтевати одржавање електронског јавног надметања и да се након предузимања ових радњи на порталу може објавити електронско јавно надметање, уз поштовање рокова за његово одржавање.

5. ПРИЈАВЉИВАЊЕ ЗА УЧЕСТВОВАЊЕ НА ЕЛЕКТРОНСКОМ ЈАВНОМ НАДМЕТАЊУ

Пријава за учествовање на одређеном електронском јавном надметању подноси се електронским путем на порталу електронског јавног надметања. Пошто се региструје, корисник подноси пријаву електронским путем којом исказује спремност да учествује на конкретном електронском јавном надметању. Корисник који се регистровао на порталу, мора да докаже и да је уплатио јемство како би учествовао у електронском јавном надметању и да је јемство уплатио најкасније два дана пре одржавања електронског јавног надметања.¹⁸ Регистровани корисник то чини тако што уз пријаву за учествовање на одређеном електронском јавном надметању прилаже и доказ о уплати јемства. То може бити скенирана уплатница коју регистровани корисник прилаже у виду атачмента приликом пријаве. Посебне категорије лица према ЗИО су ослобођене од плаћања јемства према одредбама ЗИО. На пример, то су извршни поверилац и заложни поверилац који не полажу јемство уколико њихова потраживања досежу износ јемства и ако би, с

¹⁶ Лицитациони корак одређен је у проценту од почетне цене непокретности не вишем од 10% (чл. 173. ст. 3. ЗИО).

¹⁷ Чл. 7. ст. 2. Правилника.

¹⁸ У складу са одредбом чл. 175. ст. 1. ЗИО.

обзиром на њихов редослед намирења и проверену вредност непокретности или покретних ствари износ јемства могао да се намири из продајне цене.¹⁹ У том случају, јавни извршитељ пре објављивања електронског јавног надметања путем портала доставља идентификационе податке учесника који су по закону ослобођени од плаћања јемства.²⁰ Висина јемства одређена је у износу од 15% од процењене вредности ствари која је предмет продаје.²¹

Регистровани корисник који је попунио пријаву и приложио доказ о уплати јемства на рачун министарства ради учествовања на конкретном електронском јавном надметању добија посебан идентификациони број који му омогућава учешће на надметању. Преко портала електронског јавног надметања регистрованом кориснику се додељује јединствени идентификациони број, као понудиоцу који на основу додељеног броја учествује на конкретном електронском јавном надметању. Број који се регистрованом кориснику као понудиоцу додељује нема неограничено трајање и не важи за више или сва електронска јавна надметања. Додељени јединствени идентификациони број важи само за једно електронско јавно надметање.²² Додељивање јединственог идентификационог броја је од великог значаја јер су на тај начин сви потенцијални понудиоци анонимни, нема навођења њихових генералија и нису познати јавном извршитељу који спроводи електронско јавно надметање. Тако се засигурно умањује могућност злоупотреба приликом одржавања електронског јавног надметања и стављања у повољнији положај одређених понудилаца на основу личних веза или других околности на основу којих се могу довести у везу са јавним извршитељем.

6. ВРЕМЕ ОДРЖАВАЊА И ТОК ЕЛЕКТРОНСКОГ ЈАВНОГ НАДМЕТАЊА

6.1. Време одржавања електронског јавног надметања

Електронско јавно надметање одржава се у роковима који су прописани одредбама ЗИО а трајање самог електронског јавног надметања

¹⁹ Чл. 175. ст. 3. ЗИО у вези са чл. 242. ЗИО. За разлику од ових лица, имаоци права прече куповине дужни су да положе јемство у случају да имају намеру да користе своје право у поступку.

²⁰ Чл. 8. ст. 5. Правилника.

²¹ За полагање јемства намењен је посебан рачун министарства који је објављен на порталу електронског јавног надметања. Сва средства која су на име јемства уплаћена на рачун министарства се, након закључења електронског јавног надметања, преносе на рачун јавног извршитеља који спроводи поступак електронског јавног надметања.

²² Чл. 8. ст. 7. Правилника.

одређено је одредбама Правилника. Електронско јавно надметање одржава се у року који почиње да тече од тренутка објављивања електронског јавног надметања на порталу електронског јавног надметања. Како могу бити одржана два електронска јавна надметања, прво електронско јавно надметање одржава се у року који не може бити краћи од 15 нити дужи од 30 дана од дана објављивања електронског јавног надметања на порталу електронског јавног надметања.²³ У случају да у поступку јавне продаје електронским путем на првом надметању не буде продата непокретност, покретна ствар или непокретности и покретне ствари заједно, заказује се друго електронско јавно надметање. Оно мора бити одржано у року од најмање 15 а највише 30 дана од дана закључења првог електронског јавног надметања.²⁴

Електронска јавна надметања одржавају се радним данима. За одржавање електронских јавних надметања одређено је време од шест сати и она се одржавају у периоду од 9 до 15 часова. Шесточасовно време за одржавање електронског јавног надметања није и време које је прописано за давање понуда јер оно траје четири сата и то у периоду од 9 до 13 часова,²⁵ у оквиру шесточасовног трајања електронског јавног надметања. У оквиру одредаба којима се регулише трајање електронског јавног надметања као и дужина времена предвиђеног за давање понуда, предвиђено је и специфично решење у случају да најмање једна понуда буде дата у последњих пет минута пре истека периода од четири сата који је предвиђен за давање понуда. Тачније, у случају да најмање једна понуда буде дата у последњих пет минута пре истека рока од четири сата, време трајања електронског јавног надметања се продужава и то за пет минута. Тих пет минута се одузима од времена које је у шесточасовном трајању одређено за одржавање електронског јавног надметања. Поступак се на овај начин понавља уколико се накандно у додатих пет минута појавни нова понуда и то све до тренутка док у последњих пет минута електронског јавног надметања не буде дата ниједна понуда.²⁶ Како се електронско јавно надметање мора окончати до 15 часова радног дана када се и одржава, поступак продужења четворочасовног периода за давање понуда се може продужавати најдуже до 15 часова када се електронско јавно надметање окончава.

²³Чл. 177. ст. 3. ЗИО. Видети и: Г. Станковић, В. Боранијашевић, *op.cit.*, 771.

²⁴Чл. 177. ст. 5. ЗИО.

²⁵Чл. 9. ст. 2. Правилника.

²⁶Чл. 9. ст. 4. Правилника.

6.2. Ток електронског јавног надметања

Пре него почне електронско јавно надметање, подразумева се да морају бити испуњени услови за његово одржавање. То значи да је неопходно да је закључак о продаји непокретности, покретних ствари или заједничкој продаји непокретности и покретних ствари објављен на порталу електронског јавног надметања, да је одређен термин одржавања електронског јавног надметања и да је на порталу електронског јавног надметања објављено одржавање надметања, у складу са условима предвиђеним Правилником. По службеној дужности, јавни извршитељ који спроводи електронско јавно надметање дужан је да утврди да ли су испуњени услови за одржавање електронског јавног надметања. Он то чини пре почетка електронског јавног надметања, електронским путем и потврђује да су услови испуњени.

У случају да јавни извршитељ не потврди испуњеност услова за одржавање електронског јавног надметања, оно се и не одржава. Уколико јавни извршитељ испуњеност услова за одржавање надметања не потврди најкасније сат времена пре термина предвиђеног за почетак електронског јавног надметања, електронско јавно надметање се неће одржати.²⁷

Уколико јавни извршитељ потврди испуњеност услова за одржавање електронског јавног надметања и то најкасније сат времена пре почетка самог надметања, надметање се одржава у складу са објавом извршеном на порталу електронског јавног надметања.

6.3. Почетна цена, лицитациони корак и давање понуде

Почетна цена непокретности или покретних ствари за продају на електронском јавном надметању одређује се у складу са одредбама ЗИО. Почетну цену непокретности чини 70% од утврђене вредности непокретности²⁸ и она на првом електронском јавном надметању не може бити продата испод те цене.²⁹ Исто правило важи и када су у питању покретне ствари.

²⁷ Чл. 10. ст. 2. Правилника.

²⁸ Јавни извршитељ је дужан да на првом електронском јавном надметању одреди почетну цену у вишем износу од 70% процењене вредности непокретности у случају да то странке заједно предложе или то предложи само извршни поверилац (чл. 178. ст. 3. ЗИО).

²⁹ Чл. 178. ст. 1. ЗИО. У случају да непокретност не буде продата на првом електронском јавном надметању, на другом се не може продати за износ нижи од 50% од процењене вредности непокретности.

Почетна продајна цена која је одређена закључком о продаји мора бити видљива на порталу електронског јавног надметања. Она је изузетно битна јер представља цену од које се почиње са поступком надметања. Од почетне цене се спроводи надметање уз унапред утврђени лицитациони корак. Лицитациони корак је утврђени новчани износ за који се у поступку надметања може повећати цена непокретности или покретних ствари које су предмет продаје. Лицитациони корак је одређен одредбама ЗИО и он износи 10% од почетне цене непокретности или покретних ствари.³⁰ Лицитациони корак мора бити видљив у сваком тренутку у току електронског јавног надметања и понудиоцу су дужни да дају понуду која је увећана за унапред одређени лицитациони корак. То значи да понудиоци неће моћи да дају понуду која је увећана за произвољни износ који њима одговара већ понуду морају да увећају за 10% од почетне цене непокретности или покретних ствари, што је законом одређени лицитациони корак у току електронског јавног надметања ради продаје непокретности или покретних ствари.

Евидентно је да се електронско јавно надметање спроводи методом надметања уз унапред утврђени лицитациони корак. Приликом надметања, путем портала електронског јавног надметања се свим понудиоцима аутоматски нуди опција давања понуде која је увећана за унапред утврђени лицитациони корак. Ова опција се не нуди само понудиоцу чија је понуда у том тренутку највиша.

Питање када се сматра да је дата понуда прихваћена решено је на тај начин што портал електронског јавног надметања обавештава понудиоца о томе. Портал електронског јавног надметања обавештава понудиоца да је његова понуда евидентирана као успешно дата и тада се понуда понудиоца сматра прихваћеном. Понуда која је евидентирана као успешно дата и о којој је портал електронског јавног надметања обавестио понудиоца, евидентира се као тренутно највећа понуда на порталу електронског јавног надметања.³¹

За понудиоца је прописано посебно ограничење у погледу давања понуде у току електронског јавног надметања. Уколико је понуда понудиоца коју је дао евидентирана на порталу електронског јавног надметања као тренутно највећа понуда, понудилац нема право да даје нову понуду. То је и логично ограничење јер се понудилац на порталу електронског јавног надметања води као лице које је дало понуду која је у том тренутку евидентирана као највиша понуда.

О свакој понуди која је дата у току електронског јавног надметања води се евиденција. Портал електронског јавног надметања бележи тачно

³⁰ Чл. 173. ст. 3. ЗИО.

³¹ Чл. 11. ст. 1. Правилника.

време давања сваке од понуда, висину понуде и јединствени идентификациони број понудиоца.

7. ОБУСТАВЉАЊЕ И ПРЕКИД ЕЛЕКТРОНСКОГ ЈАВНОГ НАДМЕТАЊА

7.1. Обустављање електронског јавног надметања

До обустављања електронског јавног надметања долази у случају да наступе околности због којих се електронско јавно надметање више не може спроводити. Јавни извршитељ је тада дужан да без одлагања наложи обустављање електронског јавног надметања. Он доноси одлуку у којој морају бити означени разлози за обустављање електронског јавног надметања и одлуку доставља заинтересованим лицима. Та одлука се објављује на порталу електронског јавног надметања.³²

7.2. Прекид електронског јавног надметања

Прекид електронског јавног надметања предвиђен је одредбама Правилника и то у случају да се ради о техничким сметњама приликом његовог одржавања. Ако за време трајања електронског јавног надметања на порталу електронског јавног надметања наступе техничке сметње, због којих понудиоци не могу да дају понуде, долази до прекида електронског јавног надметања које је у току.³³ Правилником дакле није прецизно прописано о којим се техничким сметњама ради већ се описно одређује да су то ситуације у којима су понудиоци онемогућени да дају понуде. Како се ради о електронском јавном надметању које се спроводи електронским путем, најчешћа техничка сметња ће бити тзв. „пад система“ услед недостатака интернета или недостатака друге врсте услед којих није могуће спровести електронско јавно надметање.

Како понудиоци нису у могућности да дају понуде у току електронског јавног надметања, они морају бити обавештени о прекиду електронског јавног надметања због техничких сметњи. Обавештавање понудилаца о прекиду врши се електронским путем или на други одговарајући начин.

Прекинуто електронско јавно надметање мора да се настави и о настављању електронског јавног надметања понудиоци се обавештавају путем портала електронског јавног надметања. Обавештење о настављању

³² Чл. 12. ст. 3. Правилника.

³³ Чл. 13. ст. 1. Правилника.

електронског јавног надметања објављује се на порталу најмање 48 сати пре наставка електронског јавног надметања, како би се понудиоци благовремено упознали са термином настављања прекинутог поступка.

Електронско јавно надметање наставља се у стању у коме је прекинуто, првог радног дана по истеку рока од 48 сати који је предвиђен за објављивање наставка електронског јавног надметања. Електронско јавно надметање које се наставља почиње у 9 часова и спроводи се у складу са правилима прописаним Правилником.³⁴

7.3. Неуспех електронског јавног надметања

Под одређеним условима електронско јавно надметање се сматра неуспелим и неуспех електронског јавног надметања јавни извршитељ је дужан да утврди закључком. У случају да на електронском јавном надметању нема понудилаца или да ниједан понудилац није прихватио почетну продајну цену, електронско јавно надметање се сматра неуспелим. Електронско јавно надметање неуспело је и у случају да три прва понудиоца са списка из закључка о додељивању непокретности или покретних ствари нису платили цену коју су понудили.

8. ИЗВЕШТАЈ О ЕЛЕКТРОНСКОМ ЈАВНОМ НАДМЕТАЊУ

По окончању електронског јавног надметања, сачињава се извештај о електронској продаји. Садржина извештаја о електронској продаји прописана је одредбама члана 14. Правилника. У извештај се уписују следећи подаци: пословни број предмета, подаци о извршном повериоцу и извршном дужнику садржани у закључку о продаји, опис предмета продаје, назначење да ли се ради о првом или другом електронском јавном надметању, идентификатор електронског јавног надметања, означење датума одржавања и време почетка електронског јавног надметања, означење датума и времена окончања електронског јавног надметања, означење износа и идентификационих података о уплатиоцима јемства, износи свих понуда које су дате током електронског јавног надметања са јединственим идентификационим бројевима понудилаца, означење времена када су понуде дате и посебно означење податка о три највеће понуде са идентификационим подацима понудилаца.

³⁴ Чл. 13. ст. 4. Правилника. То значи да надметање траје најдуже 6 часова, од 9 до 15 часова, да је време за давање понуда ограничено на период од 9 до 13 часова, да се може продужити у случају да је понуда дата у последњих пет минута пре окончања времена предвиђеног за давање понуда итд.

Сачињени извештај о електронском јавном надметању доставља се јавном извршитељу и то електронским путем, кроз апликацију коју одржава надлежно министарство. Јавни извршитељ потом извештај доставља странкама, заложним повериоцима, учесницима у поступку, имаоцу уговорног и законског права прече куповине које је уписано у катастар непокретности.³⁵

Пошто достави извештај о електронском јавном надметању, јавни извршитељ наставља поступак спровођења извршења.

9. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Интересантно је питање на који начин је електронско јавно надметање уведено у наш процесни систем. Наиме, одредбама ЗИД ЗИО 2019 године електронско јавно надметање се уводи одредбама чл. 78. којим се важећим одредбама ЗИО додаје чл. 171а. Поменути додатим чланом, у ст. 1. било је прописано да до електронског јавног надметања долази ако тако одлучи јавни извршитељ по службеној дужности или на предлог странке, док је у ст. 2 било прописано да организацију и поступак електронског јавног надметања ближе уређује министар. Надаље, у чл. 168 ЗИДЗИО 2019 било је прописано да се почев од 1. марта 2020. године, јавно надметање за продају непокретних и покретних ствари може организовати и у облику електронског јавног надметања од 1. септембра 2020. године искључиво у облику електронског јавног надметања. Ниједном одредбом ЗИДЗИО 2019 није било прописано да одредбе ЗИО о усменом јавном надметању престају да важе од тренутка почетка важења одредаба о електронском јавном надметању нити су приликом новелирања правила извршне судске процедуре брисане одредбе које се односе на усмено јавно надметање. Могло би се закључити да је Правилник, као подзаконски акт, који је донео министар и којим су уређени организација и поступак електронског јавног надметања, ставио ван снаге одредбе закона о усменом јавном надметању као начину продаје непокретности, покретних ствари или заједничке продаје непокретности и покретних ствари.

Увођење електронског јавног надметања као јединог начина јавне продаје непокретности, покретних ствари или заједничке продаје непокретности и покретних ствари у поступку извршења имало је за циљ елиминисање злоупотреба од стране јавних извршитеља и учесника у поступку принудне продаје и стварање услова за потпуну транспарентност поступка јавне продаје електронским путем. Иако

³⁵ То су лица којима се иначе доставља и закључак о продаји (чл. 14. ст. 3. Правилника у вези са чл. 174. ст. 4. и 239. ст. 2. ЗИО).

законске одредбе и одредбе Правилника имају и ситне недостатке на које је у раду указано, тај циљ је свакако постигнут. На порталу електронског јавног надметања, што се увидом у портал може и закључити, налазе се сви подаци о електронским јавним надметањима у појединачним поступцима извршења на непокретностима, покретним стварима или заједничком продајом непокретности и покретних ствари. Уредно су класификовани сви подаци који су саставни део објаве електронског јавног надметања а сам портал електронског јавног надметања функционише коректно. С друге стране, додатни гарант законитом спровођењу електронског јавног надметања је и чињеница да се све радње одвијају путем портала чије је одржавање и управљање поверено овлашћеном лицу министарства правде, као и чињеницом да јавни извршитељ одржавање јавног надметања електронским путем може захтевати искључиво путем апликације коју користи у свом пословању а коју одржава министарство правде која се налази у званичној правосудној мрежи.

Vladimir BORANIJAŠEVIĆ, LL.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

AN ELECTRONIC PUBLIC SALE PROCEDURE

Summary

In the procedure of enforcement on real estate, movable property and by a joint sale of real estate and movable property, one of the enforcement actions is the sale of the subject of enforcement. A usual way of encashing objects in order to settle a monetary claim of the executive creditor used to be an oral public bidding which was replaced by an electronic public bidding by the Law on Amendments to the Law on Enforcement and Security in 2019. Since September 2020, the sale of real estate, movable property and their joint sale have been conducted electronically using the portal for electronic public bidding.

The provisions regulating the procedure, organization and course of the procedure of an electronic public sale have been analyzed in the paper. The following has been explained: which way and by whose initiative an electronic public bidding is scheduled, the way of applying for an electronic public bidding, the way a bid is offered and when it comes to a suspension or stoppage of an electronic public sale procedure. The contents of the minutes on a conducted electronic public bidding have also been analyzed.

The author in the paper points to the significance of this new legal solution and the motives for its introduction but also to the shortcomings of the applicable rules.

Keywords: *the procedure of enforcement, a public sale, an electronic public bidding, the portal for electronic public bidding, a registered user.*

ЛИТЕРАТУРА

Vladimir Boranijašević, „*The Enforcement Procedure for Settlement of Monetary Claims by a Joint Sale of Real Estate and Movable Property*“, Collection of papers from the International Scientific Conference “GLOBALISATION AND LAW”, Faculty of law, University of Niš, 2017.

Водич за квалификовани електронски потпис у Србији, <https://statt.rs/sr/vodic-za-kvalifikovani-elektronski-potpis-u-srbiji/>.

Закон о извршењу и обезбеђењу, „Сл. гласник РС“ бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019.

Закон о изменама и допунама Закона о извршењу и обезбеђењу, „Сл. гласник РС“ бр. 54/2019.

Законом о електронском потпису, „Службени гласник РС“ бр. 135/2004.

Правилник о организацији и поступку електронског јавног надметања, „Службени гласник РС“ бр. 14/2020.

Гордана Станковић, *Закон о извршењу и обезбеђењу*, предговор и стварни регистар, Службени гласник, Београд, 2019.

Гордана Станковић, *Лексикон грађанског процесног права*, Службени гласник, Београд, 2018.

Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Грађанско процесно право*, СВЕН, Ниш, 2020.

Гордана Станковић, Владимир Боранијашевић, *Право извршења и право обезбеђења*, 1. издање, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2017.

Гордана Станковић, Душица Палачковић, Александра Трешњев, *Коментар закона о извршењу и обезбеђењу*, Службени гласник, Београд, 2018.

Др Олга ЈОВИЋ ПРЛАИНОВИЋ*

347.965.42:347.627.2(497.11)

ПОЛОЖАЈ ДЕТЕТА У ПОСТУПКУ ПОРОДИЧНЕ МЕДИЈАЦИЈЕ

Апстракт: Поред одлуке о поверавању детета једном од родитеља, у поступку медијације решава се и о моделу одржавања личних односа детета са родитељем са којим дете не живи, и о осталим дејствима престанка породичне заједнице.

Узраст детета и способност за расуђивање су кључни фактори који одређују да ли ће дете у поступак посредовања бити укључено непосредно или посредно преко родитеља као законских заступника, привременог заступника, колизијског старатеља, Одлука о непосредном учешћу детета у поступак посредовања условљена је сагласношћу оба родитеља и детета, а након процене способности детета, припреме родитеља и детета за директно учешће у овом поступку.

Разматрање развода брака из перспективе детета и могућност да учествује у доношењу одлука које га се тичу је тековина модерног доба, због чега је важно уочити у којој мери се прокламована права детета уважавају у поступку породичне медијације према важећим породичноправним прописима, односно да ли постоји потреба да се унапреди положај детета у овом поступку. У међународним документима о правима детета успостављени су стандарди који обавезују надлежни орган пред којим се води поступак да оцени све околности за остваривање овог права детета након што је дете добило све потребне информације.

Кључне речи: *породична медијација; субјективитет детета; партиципација; узраст детета; способност за расуђивање; најбољи интерес детета.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Положај детета у поступку породичне медијације, кроз призму релевантних међународних докумената о правима детета, која гарантују право детета на партиципацију у свим судским и административним поступцима у којима се одлучује о питањима која су битна за живот детета, затим кроз препоруке и смернице регионалних инструмената о људским правима који унапређују остваривање права детета на изражавање мишљења,

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

одређује да пажња овом раду буде усмерена на разматрањепредности, али и евентуалнихризика учешћа детета у поступку породичне медијације.

Раздвајање родитеља код деце изазива страх од напуштања и страх за сопствену будућност, па је реакција детета условљена нивоом сарадње, односно степеном конфликта између родитеља. Предности посредовања у односу на судски поступак су овим случајевима очигледни, с обзиром да су родитељи усмерени на међусобну комуникацију и налажење одговарајућих решења у циљу заштите најбољег интереса детета. Могућност да супружниципо престанку заједнице живота споразумно уредемеђусобна права и дужности, директном комуникацијом и конструктивним дијалогом, јесте прилика за очување њихових личних и имовинских интереса, уз позитивну атмосферу за раст и развој заједничке деце.¹

Зависно од узраста детета и способности за расуђивање, дете у поступак посредовања може бити укључено **непосредно** – лично учешће детета, или **посредно** – родитељи као законски заступници, привремени заступник, колизијски старатељ. Одлука о непосредном учешћу детета у поступак посредовања условљена је сагласношћу оба родитеља и детета, а након процене способности детета, припреме родитеља и детета за директно учешће у овом поступку.

2. ПРАВО ДЕТЕТА НА ПАРТИЦИПАЦИЈУ У МЕЂУНАРОДНИМ ДОКУМЕНТИМА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА

Конвенција УН о правима детета (1989)² изричито признаје право детета на слободно изражавање мишљења у свим питањима која га се тичу. Преме одредби чл. 12. мишљењу детета се мора посветити посебна пажња у свим поступцима који се непосредно тичу детета, у складу са његовим годинама и зрелошћу. У том циљу, детету ће посебно бити пружена могућност да буде саслушано у свим судским и административним поступцима који се тичу детета, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процесним правилима националног закона.³

Иако овом конвенцијском одредбом није изричито одређена медијација као облик вансудског решавања спорова, обавеза је држава

¹ К.,Salminen, “Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective”, In:*Nordic Mediation Research*, NylundA., Ervasti K., Adrian L. (Eds.), Springer Open, Swetzerland 2018, (eBook) <https://doi.org/10.1007/978-3-319-73019-6>, 213-214.

² *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 15/1990.

³ Чл. 12. ст. 1. Конвенције о правима детета обавезује државе уговорнице да обезбеде детету које је **способно** да формира своје мишљење, право слободног изражавања мишљења о свим питањима која се тичу детета, с тим што се мишљењу детета посвећује дужна пажња у складу са **годинама живота и зрелошћу детета**.

чланица да обезбеде остваривање права детета у поступцима у којима се одлучује о питањима која се тичу детета.

Препреке у практичном спровођењу овог међународног принципа условиле су активности Комитета за права детета УН, који је на Дану генералне дискусије о праву детета да буде саслушано (2006) на тему „Говори, учествуј и одлучи – право детета да буде саслушано“, усвојио препоруке за боље разумевање садржине и импликација чл. 12. Конвенције о правима детета.⁴ Истиче се да учешће деце у свим аспектима друштва, као и право на изражавање мишљења у судским и административним поступцима, у хитним случајевима, споровима и постконфликтним ситуацијама, у складу са њеним/његовим развојним могућностима, јесте корисно за дете, за породицу и ширу заједницу.⁵

Овај став Комитета за права детета потврђен је у Општем коментару бр. 12 о праву детета да буде саслушано.⁶ Конвенцијско право детета односи се на све судске и управне поступке, а како се у тачки 32. Општег коментара наглашава, административни поступци укључују алтернативне поступке попут медијације и арбитраже. Сходно тумачењу Комитета за права детета, право детета на изражавање мишљења у питањима која га се тичу, као партиципативно право, није ограничено на поступке пред надлежним органима у којима се одлучује о питањима која се тичу детета. У тачци 52. Општег коментара бр. 12 наводи се неопходност да законски буде регулисано право детета да буде саслушано и у поступку медијације, онда када се одлучује о последицама развода брака или престанка заједнице живота. Узрост детета као претпоставка способности да изрази своје мишљење је оборива, имајући у виду да се поједина законодавства везују за узраст детета као услов способности да изрази своје мишљење. Способност детета би требало оцењивати у сваком конкретном случају, узимајући у обзир не само узраст детета него и његову зрелост, што је, према Општем коментару, обавеза надлежних органа пред којим се води поступак. Да ли ће дете остварити ово право или неће, непосредно или преко заступника, зависи од воље детета, док је одговорност државе да омогући окружење у којем ће дете то право моћи и остварити након што је примило све потребне информације и донело одлуку у складу са најбољим интересом. Приликом непосредног саслушања детета Комитет препоручује да посебну пажњу треба посветити могућем сукобу интереса у случају када дете заступа родитељ.

⁴ Committee on the Rights of the Child, Forty-third session, *Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard*, 11-29 September 2006, <http://www.ohchr.org> (18.08.2021.).

⁵ Тач. 3. *Final Recommendation* after Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard.

⁶ General Comment No. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, <https://resourcecentre.savethechildren.net> (26.09.2020.).

Право детета на слободно изражавање мишљења у Европској конвенцији о остваривању дечјих права (1996), формулисано је одредбом чл. 1. ст. 2.:“... у најбољем интересу деце, држава унапређује њихова права, признаје им процесна права и олакшава остваривање тих права обезбеђујући да деца, сама или посредством других особа или органа, буду информисана и да им се дозволи да учествују у поступцима пред правосудним органима који се њих тичу“.⁷ Препорука СЕ о учешћу деце у породичном и друштвеном животу, у својим принципима афирмише право сваког детета да му се омогући партиципација без било какве дискриминације (принцип 1.), односно да је учешће деце од суштинског значаја у свим питањима који се тичу њихових живота, а то учешће не подразумева само у институцијама које доносе одлуке, већ у свим областима породичног и друштвеног живота (принцип 5.).⁸ Концептуално, сложеност права на партиципацију огледа се у томе што осим права детета на слободно изражавање мишљења, обухвата и њему веома блиско право: право односно слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста.⁹

Право детета да учествује у поступку породичне медијације предвиђено је и у документима који су усвојени на нивоу Савета Европе који садрже принципе и захтеве који се односе на спровођење породичне медијације. Тако, Препорука СЕ 1639 (2003) о породичној медијацији и равноправности полова предвиђа учествовање детета у поступку породичне медијације које треба да буде саслушано (тач. 6.) као титулар права у случају спора између родитеља који се тиче њиховог заједничког детета.

На исти начин и други необавезујући документи СЕ – препоруке, смернице (тзв. *soft law* правни извори) – истичу право детета да изрази своје мишљење и да његово мишљење буде уважено је важно за достојанство и здрав развој сваког детета.¹⁰ Сва деца, укључујући и децу предшколског

⁷ Конвенција о остваривању дечјих права (European Convention on the Exercise of Children's Rights, 1996, ETS No.160) <http://conventions.coe.int> (14.08.2021.).

⁸ *Recommendation No. R (98)8 of the Committee of Ministers to Member States on Children's Participation in Family and Social Life*, усвојена од стране Комитета министара 18. септембра 1998. године, <http://coe.int> (14.08.2021.).

⁹ Чл. 13. Конвенције о правима детета гласи: „ 1. Дете има право на слободу изражавања; право обухвата слободу да тражи, прима и даје информације и идеје свих врста без обзира на границе, било усмено, писмено или штампано, у уметничкој форми или преко било ког другог средства информисања по избору детета. 2. Примена овог права може бити предмет одређених ограничења, али само оних која су одређена законом и неопходна: (а) ради поштовања права или угледа других; или (б) ради заштите националне безбедности или јавног поретка, или јавног здравља или морала.“

¹⁰ Council of Europe *Recommendation CM/Rec(2012)2 on the participation of children and young people under the age of 18*, adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012, <https://rm.coe.int> (29.09.2020.).

узрста, имају право да изразе своје мишљење о свим питањима која их се тичу, у складу са узрастом и зрелошћу. Због тога је важно да државе чланице СЕ уклоне ограничења права детета да изрази своје мишљење, те да уставним, законским и подзаконским актима пруже највиши степен правне заштите права детета да учествује.¹¹

У групу необавезујућих докумената СЕ спадају и Упутства за боље спровођење постојећих препорука о породичној медијацији и медијацији у грађанскоправним стварима¹² које афирмишу успостављање јединствених критеријума за процену најбољег интереса детета, укључујући узраст детета и његову способност за расуђивање, улогу родитеља и природу спора (тач. 27). Још један документ који има снажну подршку држава чланица и део је стратегије Савета Европе о правима детета јесу Смернице Комитета Министара Савета Европе о правосуђу по мери детета (2010),¹³ које се односе на поступак породичне медијације, односно места и улоге, ставове, права и потребе детета у судским и алтернативним поступцима.¹⁴ Између основних начела¹⁵ као руководни принцип истиче се партиципација детета. Овај принцип подразумева да дете буде обавештено о својим правима, ... консултовано и саслушано у поступку у којем учествује, што подразумева уважавање ставова детета, имајући у виду зрелост детета и потешкоће у комуникацији како би њихово учешће било смислено. Децу треба третирати као субјекте права који остварују права у складу са способношћу да формирају своје мишљење и околностима случаја.¹⁶

Право детета на слободно изражавање мишљења у судским и административним поступцима у тесној је везиса правним субјективитетом детета, тј. његовом правном и пословном способношћу као материјалноправним категоријама и за страначку¹⁷ и процесну пословну

¹¹ Section III – Measures Protecting the right to participate *Recommendation CM/Rec(2012)2 on the participation of children and young people under the age of 18*, <https://rm.coe.int> (6.08.2021.).

¹² European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ(2007)14, *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, <https://rm.coe.int> (16.08.2021.).

¹³ *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies, <https://rm.coe.int> (17.08.2021.).

¹⁴ *Ibidem*. First part Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, I. Доемт и сврха Смерница, тачка 1., 16.

¹⁵ *Ibidem*, 18-19.

Основна начела Смерница су: партиципација, најбољи интерес детета, достојанство, заштита од дискриминације и начело владавине права.

¹⁶ *Ibidem*, 17-18.

¹⁷ Б.Познић, *Грађанско процесно право*, Београд 1995, 103.

способност као процесноправним категоријама. Процесна пословна способност или парнична способност је способност пуноважног предузимања правних радњи у поступцима заштите материјалних права, коју странка испољава непосредно или преко заступника.¹⁸ Да би дете остварило своје право на слободно изражавање мишљења неопходно је да оно буде титулар посебних овлашћења која обезбеђују остварење права. То значи да је дете овлашћено да се само, односно преко неког другог лица или установе, обрати суду или органу управе и затражи помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења.

Национални правни системи под утицајем и по захтеву релевантних међународних докумената, који регулишу област права детета, признају деци право и способност да слободно изразе своје мишљење. Како је већ наведено, детету ће посебно бити пружена могућност да буде саслушано у свим судским и управним поступцима који га се тичу, било непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са правилима националног закона (чл. 12. ст. 2. Конвенције о правима детета). Тумачење конвенцијског појма „судски поступак“, покрива широк дијапазон могућности судског саслушања детета у цивилној процедури, укључујући све породичне поступке, док појам „административни поступак“ подразумева саслушање детета у вези са старатељством, усвојењем, те остале формалне одлуке у области образовања, здравља и окружења. У овим поступцима деца могу бити саслушана како непосредно, тако и преко заступника или надлежног органа, на начин конзистентан процедуралним правилима националног закона.¹⁹ При томе, синтагма „правила националног

Способност да буде парнична странка има сваки субјект који може бити носилац права и обавеза по материјалном праву. Способност бити парнична странка одговара редовно појму правне способности. Свако физичко лице, без обзира на узраст, пословну способност и држављанство може бити странка у парници.

¹⁸*Ibidem*, 104-105.

Као процесноправни појам који се ослања на материјално право, парнична способност одговара пословној способности. Међутим, између ова два појма постоје разлике: док пословна способност може бити различитог обима (физичко лице способно је за све или само за неке изјаве воље) дотле парнична способност никада није ограничена у смислу да је странка способна само за неке радње упарници, односно странка може имати или потпуну парничну способност, или не може предузети никакву радњу. У материјалном праву могуће је да лице закључи правни посао за који није пословно способно, под условом да буде накнадно одобрен, а у парници није дозвољено да парнично неспособна странка предузима радње чије би дејство зависило од одобрења законског заступника.

¹⁹ Patrick Geary, „A Child’s Right to Expression in the Courtroom Under International Conventions on the Rights of Children and French National Law: Where Does This Leave the European Convention on the Exercise of Children’s Right’s“, <http://www.crin.org> (18.08.2021.).

закон“, не представља обавезу која обезбеђује детету могућност да изрази своје мишљење; она служи као подстрек државама уговорницама да пропишу специфичне процедуре које омогућују пуну имплементацију права на партиципацију онако како је предвиђено чл. 12. Конвенције о правима детета.

Као вид посебне способности детета, консултативна способност деце концептуално подразумева право пословно неспособних лица да буду консултована о свим питањима њиховог статуса, права и обавеза, као и да надлежни органи који о томе одлучују дају одређен значај таквом мишљењу.²⁰ Основна разлика између пословне и консултативне способности малолетника је у факту животне доби која за консултативну способност није општи услов. Дете које је зрело, способно да изрази своје жеље, ставове, вољу, мора бити консултовано у свим стварима својих права и обавеза.

3. НАЦИОНАЛНИ ОКВИРИ ПРАВА ДЕТЕТА НА ПАРТИЦИПАЦИЈУ

У српском праву први је пут усвајањем Породичног закона 2005. године,²¹ нормативно уређено право детета да слободно изрази своје мишљење.²² Законодавац јекогентном нормом обавезао суд и органе управе пред којима се води поступак који се тиче детета или у којем се одлучује о дечјим правима да мишљењу детета посвете дужну пажњу. Суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере (чл. 65. ст. 6. ПЗС). Да би формирало своје мишљење дете има право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна (чл. 65. ст. 2. ПЗС). За разлику од конвенцијске формулације овог права детета (чл. 12. ст. 2.), где узраст детета није услов за остваривање права, домаћи законодавац прописује да дете које је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима.²³ Да ли је заиста оправдано да приликом утврђивања мишљења детета суд буде строго везан за прописану доњу старосну границу од десет година, или у том смислу треба поћи од тога да и деца школског узраста, пре навршене десете

²⁰ Д. Палачковић, „Значај воље малолетника у контексту права на самоодређење“, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2002, 705 и даље.

²¹ *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

²² Видети чл. 65. ст. 1. ПЗС који гласи: „Дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања свог мишљења“.

²³ Видети чл. 65. ст. 3. ПЗС.

године живота, могу слободно да формирају и изразе своје мишљење у поступку у коме се одлучује о питањима која их се тичу, или то треба препустити оцени суда у зависности од околности конкретног случаја, имајући у виду да деца полазе у школу у узрасту када су код њих развијене когнитивне способности, способност перцепције и када су достигла одређени степен емоционалног развоја.

Остваривање права детета на мишљење у брачним парницама у којима се одлучује о вршењу родитељског права,²⁴ у случајевима када постоји споразум родитеља о вршењу родитељског права који, по оцени суда, није у најбољем интересу детета, и у случајевима када не постоји споразум родитеља о вршењу родитељског права, подразумева да дете има право да се изјасни о питањима која га се тичу, иако дете, по правилу, има положај странке у свим поступцима регулисаним Породичним законом, осим у брачним споровима.²⁵ Закон о посредовању у решавању спорова изричито прописује да је посредовање могуће у породичним споровима у којима посредовање одговара природи спорних односа и може да помогне њиховом разрешењу.²⁶ Оно што изазива неповерење је пропуст националног законодавца да прецизира положај детета у поступку породичне медијације, што оставља довољно простора за неодлучност родитеља приликом избора медијације као начина решавања спорних питања престанка породичне заједнице.

4. ДЕТЕ У ПОСТУПКУ ПОРОДИЧНЕ МЕДИЈАЦИЈЕ

Укључивање детета у процес медијације захтева активност свих учесника у поступку. Најпре, медијатор мора на начин одговарајући за дете пружити потребна објашњења о поступку у којем ће бити саслушано и при томе водити рачуна о дететовом мишљењу о предмету самог спора. Разговор са родитељима који се уз помоћ медијатора договарају о начину на који ће дете учествовати у поступку породичне медијације је потврда да родитељи уважавају дете као субјект у праву, нарочито уколико је у питању старије дете које је јасно изразило жељу да буде учесник у поступку медијације.

²⁴ Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање (кумулативно прописани услови), може самостално одлучити са којим родитељем ће живети, одлучити о начину одржавања личних односа са родитељем са којим не живи и сл. Ова субјективна овлашћења дете **може**, али не мора користити, међутим, дужност је суда да, када је то у најбољем интересу детета, детету ту солуцију омогући.

²⁵ З., Делибашић,,„Права детета у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права“, *Билтен Округног суда у Београду*, бр. 74/2006, 22-23.

²⁶ Чл. 3. ст.2. Закона о посредовању у решавању спорова, *Сл. гласник РС*, бр. 55/2014.

Дете као активни учесник приликом одлучивања о питањима која га се тичу је у тесној вези са остваривањем и заштитом најбољег интереса детета. Изговор да најбољи интерес детета представља препреку за укључивање детета упуступак медијације у циљу заштите од негативних последица изложености је напуштен концепт. Савремени приступ овој проблематици је став да могућност детета да непосредно изрази своје мишљење у поступку породичне медијације јесте начин да се најбољи интерес детета уистину и оствари.²⁷

Последице развода брака су комплексне нарочито у односу на заједничку децу, те отуда ваља сагледати развод брака из перспективе детета и разговарати са дететом о томе, уколико жели, да би се утврдили дететови ставови у односу на актуелну ситуацију. Дете често у разговору може скренути пажњу на питања која су му битна, а на која родитељи, због партнерског конфликта, не обраћају пажњу. Прихватање мишљења детета може превенирати будуће сукобе између родитеља. Учешће дететау поступку породичне медијације дете исказује своја осећања у вези са породичном ситуацијом, у околностима нарушених породичних односа, што може утицати на промену понашања и ставова родитеља.

У оним државама у којима је раширена пракса примене мирног начина решавања породичноправних спорова који се тиче деце, показују одређене предности када у поступку учествује дете: очување квалитетнијих породичних односа што је од посебног значаја за односе детета и родитеља с којим дете не живи; блискији односи детета с оба родитеља; стабилност постигнутих решења и, самим тим, мање захтева за накнадним изменама. Поред тога, делотворност споразума родитеља о вршењу родитељског права зависи од прихватања од стране детета због чега је важно чути мишљење детета и имплементирати га у споразум. Споразумно уређивање права и дужности из садржине родитељског права, нарочито споразумевање о укључености оба родитеља у старање о детету, важније је уочити прихватљивост споразума са аспекта детета.²⁸

Осим несумњивих предности, учествовање детета у поступку у којем се уређују последице развода брака и/или престанка заједнице живота, носи одређене ризике. Најчешћи недостатак је што дете може бити доведено у центар родитељских сукоба и изложено недопуштеном утицају, као и опасност да на детету буде терет доношења одлуке, што је неприхватљиво.²⁹

²⁷ Čulo Margaletić, A., „Prava djeteta u obiteljskoj medijaciji“, *Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske*, vol. VIII, Posebni broj, Zagreb 2017, 159.

²⁸ *Ibidem*, 166.

²⁹ J. Cashmore, P. Parkinson, “Children’s and Parent’s Perceptions on Children’s Participation in Decision Making After Parental Separation and Divorce”, *Legal Studies Research Paper No. 08/48*, The University of Sydney, Sydney Law School, 2008, 14 -15.

Опасност представља и давањепревелике пажње исказаном мишљењу детета када оно фактички представља доносиоца одлуке и замене улога. Исто тако, јачање улоге детета у поступку породичног посредовања са придавањем великог значаја његовом мишљењу, повећава вероватноћу за покушај родитеља да манипулишу са децом.³⁰ Истиче се да је пружање информација детету о разводу које су прилагођене његовом узрасту на начин да их разуме корак напред у партиципацији детета процес који траје.³¹

5. ЗАВРШНА РАЗМАТРАЊА

Право детета на партиципацију је један од четири фундаментална принципа Конвенције УН о правима детета. Комитет за права детета у својим Препорукама подстиче Републику Србију као државу потписницу да обезбеди механизме да се ставовима деце посвети дужнапажња у свим поступцима у којима се одлучује о питањима која се тичу детета, кроз усвајање одговарајућих закона, обуку стручњака и подизања друштвене свести о томе. Одредбе које се тичу права детета на слободно изражавање мишљења прописане Породичним законом потребно је унапредити у складу са Општим коментаром бр. 12. Комитета за права детета.³² Ако узмемо у обзир да је и у Нацрту закона о правима детета и заштитнику права детета уочен пропуст у вези са правом детета на одлучивање, јер није истакнута димензија која подразумева да се тумачења, процене и поступци остваривања свих других права из Конвенције не могу посматрати и остваривати одвојено и мимо овог принципа, а изостанак његове имплементације у законским решењима условљава немогућност остваривања права на партиципацију у пракси.

Специфичности породичних односа, посебно када су деца у питању, показују оправданост примене алтернативних начина решавања спора. У појединим правним системима породична медијација представља најзаступљенији модел решавања сукоба и примаран начин решавања ове врсте спорова, пре свега, због предности у односу на судски поступак. Ипак, одлука о томе да ли ће дете и на који начин бити укључено у поступак породичне медијације зависи од воље родитеља, сходно праву (дужности) родитеља да се старају о својој деци и штите њихове најбоље интересе. Овај приступ се може окарактерисати као патерналистички или протекционистички у односу на права детета. Наиме, савремени модели мирног решавања породичних спорова који се односе на вршење

³⁰ *Ibidem.*

³¹ *Ibidem.*

³² *Preporuke Komiteta za prava deteta, Na pola puta — šta je do sada urađeno i šta nam predstoji*, Centar za prava deteta, Beograd 2019,25-26.

родитељског права захтевају прецизно одређивање положаја и улоге детета, с обзиром да се решавају питања која су од пресудног значаја за његову будућност, уважавајући посебности узраста детета, степена зрелости и развојних способности и конкретних околности у којима се дете налази.

Olga JOVIĆ - PRLAINOVIĆ, LL.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

THE POSITION OF THE CHILD IN THE PROCEDURE OF MEDIATION

Summary

Consideration of divorce from the perspective of a child and the opportunity to participate in decision-making concerning him is a modern achievement which is why it is important to note the extent to which the proclaimed rights of the child are respected in the family mediation procedure. The position of the child in this ADR procedure should have been improved. International documents on the rights of the child establish standards that oblige the competent body before which the procedure is conducted to assess all the circumstances for the realization of this child's right after child received all necessary information.

The right of the child to participate is one of the four fundamental principles of the UN Convention on Rights of the Child. The Committee on the Rights of the Child in its Recommendations encourages the Republic of Serbia as a signatory state to provide mechanisms to pay attention to children's attitudes in all proceedings concerning child issues, through the adoption of appropriate laws, training of experts and raising public awareness. Provisions concerning the child's right to free expression of opinion prescribed by the Family Law Act need to be improved in accordance with General Comment No. 12. Committee on the Rights of the Child.

The decision on whether and in what way the child will be involved in the family mediation procedure depends on the parent's decision in accordance with the right (duty) of the parents to take care of their children and protect their best interests. This approach can be characterized as paternalistic in relation to the rights of the child. Alternative dispute resolution of family disputes related to the exercise of parental rights require precise determination of the position and role of the child, given that issues are crucial for child future are resolved taking into account the specifics of the child's age, maturity and development abilities.

Key words: *family mediation; child capacity; participation; age of the child; the best interest of the child.*

ЛИТЕРАТУРА

Делибашић Зорана „Права детета у спору за заштиту права детета и у спору за вршење односно лишење родитељског права“, *Билтен Окружног суда у Београду*, бр. 74/2006.

Geary Patrick, „A Child’s Right to Expression in the Courtroom Under International Conventions on the Rights of Children and French National Law: Where Does This Leave the European Convention on the Exercise of Children’s Rights?“

Палачковић Душица, „Значај воље малолетника у контексту права на самоодређење“, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2002.

Познић Боривоје, *Грађанско процесно право*, Београд 1995.

Salminen, Kåå, “Mediation and the Best Interests of the Child from the Child Law Perspective”, In: *Nordic Mediation Research*, Nylund A., Ervasti K., Adrian L. (Eds.), Springer Open, Swetzerland 2018.

Judith Cashmore, Patrick Parkinson, “Children’s and Parent’s Perceptions on Children’s Participation in Decision Making After Parental Separation and Divorce”, *Legal Studies Research Paper* No. 08/48, The University of Sydney, Sydney Law School, 2008.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о посредовању у решавању спорова, Сл. Гласник РС, бр. 55/2014.

Породични закон Републике Србије, Сл. Гласник РС, бр. 18/05, 72/2011, 6/2015.

Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters, European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ(2007)14. <https://wcd.coe.int>

General Comment No. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, <https://resourcecentre.savethechildren.net>

Recommendation CM/Rec(2012)2 on the participation of children and young people under the age of 18, adopted by the Committee of Ministers on 28 March 2012, <https://rm.coe.int>

Committee on the Rights of the Child, Forty-third session, *Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard*, 11-29 September 2006, <http://www.ohchr.org>

European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), CEPEJ(2007)14, *Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters*, <https://rm.coe.int>

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice, Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies,<https://rm.coe.int>

Preporuke Komiteta za prava deteta, Na pola puta — šta je do sada urađeno i šta nam predstoji, Centar za prava deteta, Beograd 2019.

Др Јелена БЕЛОВИЋ*

341.2-054.6

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ ПРАВА СТРАНАЦА

Апстракт: Правни положај странаца у Републици Србији регулисан је Законом о странцима из 2019. године чијим је ступањем на снагу престао да важи ранији закон из 2008. године. Стратешко опредељење Републике Србије у правцу европских интеграција и савремени глобални токови свакако су утицали и на одредбе овог Закона. Основни циљ је ублажавање разлика у статусу домаћих држављана и странаца. У раду је дата анализа права странаца са аспекта људских права и у оквиру међународних инструмената који ова права гарантују. Не дирајући у резервисани домен сваке појединачне државе, акценат је дат на минималне стандарде заштите који свака држава мора да поштује.

Кључне речи: *права странаца, међународни извори, стандарди заштите, Уједињене нације.*

УВОД

Правни положај странаца у прошлости, а пре свега се мисли на античко доба и средњевековни период, био је предмет спорадичних правила која су била оријентисана на заштиту трговине и заштиту властитих интереса, и који за централно место свакако нису постављали странце у смислу како се то данас чини. У античкој Грчкој и Риму статус грађанина давао је појединцу све привилегије: могућност уживања права, као и правну заштиту у корпусу права које је тада важило. На странце се гледало другачије, „са висине“ и бројни су и књижевни примери који сведоче о њиховом незавидном положају. У раном средњевековном периоду, јаке феудалне снаге диктирале су неограничену моћ феудалаца на својој земљи, па и над странцима, с тим што су земљопоседници дозвољавали да се поједина питања странаца регулишу према правилима племена коме су они припадали. У касном Средњем веку јачањем моћи монарха настају обриси формирања држава у савременом смислу, као и основа за рађање држављанства као критеријума припадности одређеном колективу. При таквим околностима стварају се услови за креирање појма странца онако

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

како га данас схватамо. Након Француске револуције 1789. године формирају се буржоаске државе у тзв. класичном смислу. Три идеје водиле које је изродила француска буржоаска револуција; слобода, једнакост и братство биле су симболи државне заједнице. Једнакост је означавала брисање разлика између доташњих сталежа: племства, свештенства, и др., и рађање концепта „грађанин“ (*citoyen*). Сви грађани који живе на територији једне државе стварају „тело једнаких грађана“, односно нацију. Истовремено, везивање грађана и нације за суверену државну власт и нови правни поредак породило је идеју о томе да је грађанин бенефицијар људских права.¹ Далеко раније, још у XVII веку рођена је идеја о *comitas gentium*, односно међународној учтивости, која представља компромис између неповредивости суверенитета државе и потребе за успостављањем међународне сарадње. Данас овај институт представља једно од основних начела међународног права, које намеће државама обавезу пријатељских односа и сарадње. Обзири међународне сарадње налажу да домаћа држава призна и дозволи страним држављанима уживање права. У овој области важи обичајно правило да странац не може уживати више права него грађанин.² Упоредноправно, у погледу доступности одређених категорија права разликују се бројни модалитети. Међутим, одређени међународни минимални стандарди заштите права, тзв. „цивилизацијски минимум“, поставља оквир за националне прописе. Иако законодавац сваке земље одлучује о правима која ће учинити доступним странцима, слобода регулисања ових питања није неограничена.³

1. ПОЈАМ СТРАНЦА

Појам странца може бити одређен на општи и посебан начин. Када посебни прописи дефинишу појам странца, за потребе тих прописа, реч је о посебном начину дефинисања. У случајевима када закон у односној материји не даје посебну дефиницију појма странца за потребе тог закона, важиће општа дефиниција. Општа дефиниција појма странца у већини случајева формулише се негативно: странац је свако лице које нема домаће држављанство.⁴ Држављанство као јавноправна веза између лица и државе

¹ Саша Гајин, Људска права. Правно-системски оквир, 2. издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012, 173.

² Милан Пак, Међународно приватно право, 4. издање, Номос, Београд, 1995, 171.

³ Душан Китић, Правни положај странаца, Номос, Београд, 1991, 8.

⁴ Чл. 3, 1), Закон о странцима, Сл. Гласник РС бр. 24/2018, 31/2019. Сличну дефиницију садржи и чл. 1 Декларације Уједињених нација о људским правима појединаца који нису држављани државе у којој живе: „странац је лице које није држављанин државе у којој се налази“.

служи као критеријум за одређивање припадности. Оно је израз у вези са основним елементима државе: суверенитет, територија и становништво. Под појмом „лице“ подразумевају се физичка и правна лица.

Поред физичких лица која немају домаће држављанство, појам странца подразумева и лица без држављанства (апатриди)⁵ и лица којима је признато право азила⁶ или третман избеглица⁷. Посебну пажњу захтева одређење појма странца код лица која имају два или више држављанстава (бипатриди и полипатриди). Према нашем Закону о решавању сукоба закона са прописима других земаља (у даљем тексту: ЗРСЗ), разликују се два случаја: а) ако лице поред домаћег има и држављанство неке друге државе, сматраће се домаћим држављанином; 2) ако лице које није домаћи држављанин има два или више страних држављанстава, сматраће се да има држављанство оне државе чији је држављанин и у којој има пребивалиште, ако то лице нема пребивалиште ни у једној од држава чији је држављанин, сматра се да има држављанство оне државе чији је држављанин и с којом је у најближој вези.⁸

Страним правним лицем сматра се свако правно лице које има страну државну припадност. ЗРСЗ разликује две ситуације: 1) припадност правног лица одређује се према праву државе по коме је оно основано; 2) ако правно лице има стварно седиште у другој држави, а не у оној у којој је основано и по праву те друге државе има припадност, сматраће се правним лицем те државе.⁹ Под стварним седиштем подразумева се место у којем се врши управљање правним лицем. Критеријум стварног седишта служи као основ за утврђивање припадности правних лица у већини земаља континенталне Европе.

Посебни закони, који између осталог, регулишу и правни положај странаца, садрже посебне дефиниције појма странца. Проф. Пак, поред

⁵ Чл. 3, 9), Закона о странцима гласи: „лице без држављанства је *странац* кога ни једна држава, сходно свом националном законодавству, не сматра својим држављанином“.

⁶ Чл. 2, 4), Закон о азилу и привременој заштити, Сл. Гласник РС бр. 24/2018, гласи: „тражилац азила јесте *странац* који је поднео захтев за азил на територији Републике Србије о којем није донета правоснажна одлука.“

⁷ Чл. 2, 6), Закон о азилу и привременој заштити: „избеглица је *странац* који се због оправданог страха од прогона због своје расе, пола, језика, вероисповести, националне припадности или припадности одређеној друштвеној групи или због својих политичких уверења не налази у држави свог порекла и није у могућности или због тог страха не жели да се стави под заштиту те државе, као и лице без држављанства које се налази изван државе свог уобичајеног боравишта и које не може или због тог страха не жели да се врати у ту државу.“

⁸ Чл. 11 Закона 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.

⁹ Чл. 17 ЗРСЗ-а.

странца у тзв. класичном смислу речи, разликује и странца у пословном и девизном смислу и под овим појмом сматра свако физичко лице које располаже својим правима у пословном смислу, а има редовно боравиште у иностранству. При томе нема значаја да ли је то лице домаћи држављанин.¹⁰ Примере посебних дефиниција налазили смо у ранијим законима о страним улагањима¹¹ и спољнотрговинском пословању¹².

2. ПРАВА СТРАНАЦА КАО ЉУДСКА ПРАВА

Еволуција идеје о правима странаца може се посматрати и у склопу развоја идеје о заштити права човека уопште. Првобитне идеје о правима човека и грађанина представљале су предмет регулисања унутар држава са циљем да се обезбеди унутрашња стабилност.¹³

Искуства за време Првог и Другог светског рата, а посебно ратна разарања и масовно вршење међународних злочина мењају праксу у области остваривања и заштите права човека. Повелом Уједињених нација од 1. јануара 1942. године људска права се интернационализују, измештају се из искључиве надлежности држава и постају предмет међународне бриге.¹⁴ У Повели стоји да је основни циљ: „одбрана живота, слободе, независности, верске слободе, као и очување права човека и правде, у њиховим сопственим као и у осталим земљама“. Већ само напомињање да права човека морају да буду гарантована и у осталим земљама указује на рађање идеје о заштити права странаца и постављању еквиваленције у заштити када је реч о људским правима.¹⁵ Овај принцип поновљен је и у Универзалној Декларацији

¹⁰ Милан Пак, *op. cit.*, 173.

¹¹ Чл. 2 Закона о страним улагањима, Службени лист СРЈ, бр. 3/2002 и 5/2003, под појмом страног улагача подразумева: 1. страно правно лице са седиштем у иностранству; 2. страно физичко лице; 3. југословенски држављанин са пребивалиштем односно боравиштем у иностранству дужим од годину дана.

¹² Закон о спољнотрговинском пословању, (Сл. Гласник РС, бр. 36/2009, 36/2011 – др. закон, 88/2011 и 89/2015 – др. закон) у чл. 3 који носи назив *Лица у спољнотрговинском пословању* наводи да је: „Домаће лице, у смислу овог закона, правно лице, огранак домаћег и страног правног лица и предузетник који имају седиште, односно који су регистровани у РС, као и физичко лице које има пребивалиште у РС, осим физичког лица које има пребивалиште, односно боравиште ван РС дуже од годину дана. Страно лице, у смислу овог закона, је свако лице које није наведено у ст. 1 овог члана.“

¹³ *Magna carta libertatum* из 1215. године, *Habeas Corpus Amendment Act* из 1679. године, *The Bill of Rights* из 1689. године, *The Declaration of Independence* из 1776. године.

¹⁴ George N. Barrie, "International Human Rights Conventions: Public International Law Applicable to the Protection of Rights," *Journal of South African Law*, no. 1, 1995, 69.

¹⁵ На Конференцији Уједињених нација у Сан Франциску 1945. године Повели је приступила 51 држава. У складу са одредбама чл. 110, Повеља је ступила на снагу 24. октобра 1945. године.

Уједињених нација о људским правима из 1948. године.¹⁶ Декларација садржи каталог права и слобода и намеће државама обавезу да их поштују. Правно-теоријски гледано права и слободе уписане у овај документ обично се деле на људска права прве и друге генерације.¹⁷ У прву генерацију људских права сврставају се класична грађанска и политичка права, док другу генерацију чине социјална, економска и културна права.

Најзначајнија, у контексту овог рада, јесте гаранција једнакости људи која припада људским правима прве генерације.¹⁸ У чл. 2 Универзалне Декларације о људским правима садржане су одредбе којим се установљавају принцип суверене једнакости држава, као и принцип забране дискриминације: „Сваком припадају сва права и слободе проглашене у овој Декларацији без икаквих разлика у погледу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности. Даље, неће се правити никаква разлика на основу политичког, правног или међународног статуса земље или територије којој неко лице припада, било да је она неразвијена, под старатељством, несамоуправна, или да јој је сувереност на ма који други начин ограничена.“ Такође, везано за правни положај странаца од значаја је и одредба чл. 15 којом се утврђује и право сваког да има држављанство.

Након пропасти идеје да се сва права човека уреде подробније јединственим нормативним актом-Повељом о правима човека, у оквиру Уједињених нација донета су два одвојена документа: Међународни пакт о грађанским и политичким правима¹⁹, и Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима²⁰. Пакт о грађанским и политичким правима у чл.2, тачка 1 установљава обавезу за државе потписнице да:

¹⁶ Усвојена и прокламована Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10. децембра, 1948. године.

¹⁷ Саша Гајин, *op. cit.*, 136.

¹⁸ Чл. 7 Универзалне Декларације гласи: „Сви су пред законом једнаки и имају право без икакве разлике на подједнаку заштиту закона. Сви имају право на једнаку заштиту против било какве дискриминације којом се крши ова Декларација и против сваког подстицања на овакву дискриминацију“.

¹⁹ Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године, Сл. лист СФРЈ-Међународни уговори, бр.7/1971. Истовремено је усвојен и Факултативни протокол који се односи на Међународни пакт о грађанским и политичким правима.

²⁰ Усвојен и отворен за потписивање и ратификовање или приступање резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 3. јануара 1976. године, Сл. лист СФРЈ-Међународни уговори, бр.7/1971.

„поштују и да зајемче права призната у овом Пакту свим појединцима који се налазе на њиховој територији и потпадају под њихову власт без икаквог разликовања, нарочито у погледу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког или сваког другог убеђења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или другог статуса“. Поређењем текста из чл. 2 Декларације и чл.2, тачка 1 Пакта, може се закључити да је одредба Пакта другачије формулисана, и да се у извесној мери, разликује од одредбе чл. 2 Декларације. Одредбом Пакта су учињене две нове ствари. Државе се обавезују да гарантују и поштују права призната Пактом (што је у складу са правном природом Пакта), а затим се конкретније одређује ко је субјекат тих права. Да би појединац могао бити субјекат права утврђених Пактом и остварити их у животу, он мора да се налази на територији државе која је обавезна да поштује права призната Пактом, и да потпада под власт те државе.²¹ У текстовима наведених докумената видљива је еволуција у тумачењу појма „сваком“ који је садржан у Декларацији, те се појам одредбама Пакта прецизира и утврђују се јасне одреднице субјеката који уживају заштиту права. Јасно је да су субјекти заштите и странци, тј. физичка лица која се налазе на територији државе потписнице и која потпадају под њену власт.

Систем заштите и остваривања права човека у оквиру Уједињених нација доживео је свој процват у другој половини XX века. Каталог људских права прогресивно је прошириван, а истовремено је вршио утицај и на друге регионалне иницијативе. Уз присећање на страхоте Другог светског рата и суочене са опасностима које са собом носе ауторитарни комунистички режими, на истоку Европе, западноевропске земље усвајају 1950. године Европску конвенцију о људским правима, која се у свом основном тексту односи, пре свега, на гаранције тзв. „грађанских права“.²²

Једном формулисан каталог људских права показао је способност да се „издигне“ изнад суверене власти држава и да се третира независно од ње. Људска права припадају појединцу независно од државе, она их појединцу не обезбеђује, већ му она припадају самим тим што је људско биће. Државе имају обавезу да гарантују појединцима уживање људских права.

3. СТАНДАРДИ ЗАШТИТЕ

Универзалност људских права брише разлике између појединих субјеката права, који се због различитих, пре свега правно-техничких разлога сврставају у одређене групе. Ради лакшег и прецизнијег регулисања

²¹ Вида Чок, Право на држављанство, Београдски центар за људска права Досије, Београд, 1999, 59.

²² Саша Гајин, *op. cit.*, 138.

појединих правних односа правни инструменти препознају одређене категорије, нпр. радници, лица са посебним потребама, грађани, странци итд., у зависности од материје коју регулишу. То никако не утиче на чињеницу да овим категоријама субјеката припадају основна права и слободe гарантоване међународним инструментима. Везе између међународног јавног права и правних правила која регулишу правни положај странаца у појединачним државама су вишеструке: непосредне и посредне. Непосредне из разлога постојања међународних уговора којима се, најчешће делом, регулише и правни положај странаца, а посредне из разлога утицаја одређених принципа међународног општења на унутрашње прописе којима се односна материја регулише.

У литератури наилазимо на схватања да међународно обичајно право поставља принцип једнаког третмана странаца и домаћих држављана, али га писци истовремено сматрају претераним, јер у стварности ниједна држава не поштује ту једнакост; странци су увек у неповољнијем положају. Гледано на тај начин, не постоји стварна повреда међународног јавног права, осим у два случаја: а) ако дискриминација прелази разумне границе; б) ако се не поштује „међународни стандард третмана“. Такве повреде доводе до честих дипломатских интервенција појединих држава.²³

3.1. Међународни инструменти заштите права странаца

Поред Универзалне Декларације о људским правима из 1948. године, Међународног пакта о грађанским и политичким правима из 1966. године, радом органа Уједињених нација креирани су и други механизми заштите права странаца. Иако не директно усмерени на материју регулисања правног положаја странаца, значај ових инструменти је несумњив приликом регулисања односне материје унутрашњим прописима. Република Србија је ратификовала Конвенцију о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. године²⁴, Конвенцију о статусу избеглица из 1951. године²⁵, као и додатни Протокол о статусу избеглица из 1967. године²⁶, Конвенцију о

²³ Pierre Mayer, *Droit international privé*, Paris, 1983, 22-23.

²⁴ Закон о ратификацији Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације Сл. лист СФРЈ, бр. 31/67.

²⁵ Уредба о ратификацији Конвенције о статусу избеглица, са завршним актом конференције опуномоћеника Уједињених нација о статусу избеглица, Сл. лист ФНРЈ-Међународни уговори и други споразуми, бр.7/60.

²⁶ Уредба о ратификацији Протокола о статусу избеглица, Сл. лист СФРЈ-Међународни уговори и други споразуми, бр.15/67.

правном положају лица без држављанства из 1954. године²⁷, Конвенцију о смањењу броја лица без држављанства²⁸.

Конвенција о укидању свих облика расне дискриминације из 1965. године понавља начело једнакости из чл. 2 Универзалне декларације. У чл. 5 Конвенције стоји: „све државе чланице се обавезују да предузму радње којима би се забранила и уклонила расна дискриминација у свим њеним облицима и да гарантују свакоме право на једнакост пред законом, без разлике с обзиром на расу, боју коже, национално или етничко порекло.....“. Даље се у члану набрајају права на која се начело једнакости односи.

Посебна пажња са становишта међународне заштите посвећена је одређеним посебно осетљивим категоријама странаца: избеглицама и апатридима. Заштита која се овим категоријама странаца пружа реализује се на два одвојена колосека. Лице које испуњава елементе дефиниције избегличког статуса уживаће заштиту према одредбама Конвенције о статусу избеглица, а лице које испуњава елементе дефиниције лица без држављанства према одредбама Конвенције о правном положају лица без држављанства. Основни циљ је да се наведеним субјектима омогући уживање основних људских права уз поштовање међународних стандарда заштите како би се спречила њихова маргинализација. Поред права која се гарантују овим лицима, наведеним инструментима државе потписнице се обавезују да предузму одређене мере како би се статус ових лица олакшао.

Посебно као субјекат заштите у оквиру инструмената донетих под окриљем Уједињених нација, странац се јавља у Декларацији о људским правима појединаца који нису држављани државе у којој живе.²⁹ Ова Декларација односи се на физичка лица. У преамбули Декларације наводи се да је главни разлог њеног доношења чињеница да су УН свесне појачане сарадње и развоја мирољубивих и пријатељских односа међу државама која иницира постојање све већег броја појединаца који живе у државама чији нису држављани. У чл. 5³⁰ и 8³¹ наведена је листа права која су гарантована

²⁷ Уредба о ратификацији Конвенције о правном положају лица без држављанства и завршног акта конференције Уједињених нација о правном положају лица без држављанства, Сл. лист ФНРЈ-Међународни уговори и други споразуми, бр.9/59.

²⁸ Закон о потврђивању Конвенције о смањењу броја лица без држављанства, Сл. гласник РС-Међународни уговори, бр. 8/2011.

²⁹ Declaration on the Human Rights of Individuals Who are not Nationals of the Country in Which They Live, General Assembly Resolution 40/144, 13. December 1985.

³⁰ Гарантује се: право на живот и безбедност личности, право на заштиту од арбитрарног хапшења и задржавања, право на приватност, право на брак и породицу, право на преписку, право на једнакост пред судовима и другим државним органима, право на слободу мисли, савести и вероисповести и њихово изражавање, право на очување свог језика, културе и традиције, право на преношење у иностранство личних зарада, уштеђевине и других материјалних примања. Уз могућност ограничења националним

странцима, што никако не ускраћује право држава да доносе прописе којима се прави разлика између статуса странаца и држављана. Државе могу да пруже странцима и већи ниво заштите, било унутрашњим прописима или обавезивањем на међународном плану,³² али је обавеза држава да ове прописе учине јавним.³³ С друге стране, странци који бораве на територији државе чије држављанство немају дужни су да поштују обичаје и традицију те државе.³⁴

У Европској унији можемо разликовати две релације везано за разлике у статусу. Прва је класична релација између држављана и странаца, а друга између статуса грађанин и не грађанин Уније. Појам грађанства уведен је у правни систем Европске уније Уговором из Маастрихта из 1992. године, и представљао је логичан искорак основне идеје ка даљем интегрисању Европске уније. Међутим, пошто у Уговору о Европској унији постоје нека заједничка права за сва лица која су настањена на подручју Уније, поменуте разлике су у том смислу благе када се упореде са разликама које постоје између држављанина и странца.³⁵ Као *sui generis* политичка и правна творевина Европска унија је 2000. године Уговором у Ници добила свој први општи каталог људских права-Повељу о основним правима Европске уније.³⁶ Члан 6 (1) Лисабонског Уговора о ЕУ који се тиче статуса Повеље, гласи: „Унија признаје права, слободе и принципе установљене Повељом о основним људским правима од 7. децембра 2000. године, у тексту усвојеном у Стразбуру 12. децембра 2007. године, која ће имати исту правну вредност као и Уговори“.³⁷ Специфичном правном техником упућивања на Повељу прокламује се њена обавезујућа правна снага. Дајући јој карактер наднационалног оквира, Повеља се по својој природи више приближава уставноправној заштити људских права. Пре Повеље, а и паралелно са њом, на тлу Европске уније, али и ван ње, на снази је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода донета под окриљем Савета Европе 1950. године (у даљем тексту: ЕК).³⁸ Додатним протоколима уз

прописима, а у циљу очувања националне и јавне безбедности, јавног реда, јавног здравља или морала, странци уживају и права на: излазак из земље, слободу изражавања, слободу мирног окупљања и право својине.

³¹ Овим чланом странцима су гарантована економска, социјална и културна права.

³² Чл. 2, ст. 2 Декларације.

³³ Чл. 3 Декларације.

³⁴ Чл. 4 Декларације.

³⁵ Gilles Sebastien, *La citoyennete de l'Union Europeene*, у: Вида Чок, *op.cit.*, fn. 240.

³⁶ Чл. 21 Повеље забрањена је свака дискриминација по основу држављанства. OJL C 301/1 od 14.12.2007.

³⁷ <http://www.mvep.hr/custompages/static/hrv/files/pregovori/111221-lisabonski-prociscena.pdf>

³⁸ Текст Конвенције доступан на: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf

Конвенцију листа права је проширивана, а унапређени су и механизми њихове заштите.

ЕК садржи одредбу о забрани дискриминације.³⁹ Од значаја за положај странаца јесу и Протоколи 4 и 7 уз ЕК који се односе на забрану групног протеривања странаца, као и заштиту у поступку њиховог протеривања.⁴⁰ Судска пракса Европског суда за људска права у Стразбуру, који уједно представља механизам заштите основних права и слобода гарантованих ЕК, развија се у правцу ублажавања неповољног положаја странаца без држављанства са пребивалиштем у држави различитој од његовог држављанства.⁴¹

3.2. Уношење међународног права у унутрашње право

Начело поштовања међународног права, односно правило *pacta sunt servanda* обавезује државе чланице међународне заједнице да поштују међународне уговоре. У земљама континенталне Европе, којима припада и Република Србија, начини на који ће се ова обавеза испунити регулишу се путем устава као највишег правног акта. У члану 16 Устава Републике Србије из 2006. године стоји: „Општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују. Потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом“.⁴² Међународни уговори, у складу са Уставом, бивају потврђени након њихове ратификације и објављивања закона о ратификацији.

³⁹ Чл. 14 ЕК гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус.“

⁴⁰ Република Србија је уз ЕК ратификовала и ове Протоколе. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна права и слободе и који нису укључени у Конвенцију и први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима. Сл. лист СЦГ-Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и Сл. гласник РС-Међународни уговори, бр. 12/2010 и 10/2015.

⁴¹ *Mehemi v. France*, Application no. 25017/94, 26 September 1997.

⁴² Устав Републике Србије, Сл. гласник РС, бр. 98/2006.

У погледу права странаца Устав РС садржи одредбу у чл. 17 којом је прописано да: „странци, у складу са међународним уговорима, у Србији уживају сва права зајемчена Уставом и законима, изузев осим права која су искључиво резервисана за држављане Србије“. Није међутим Уставним одредбама најјасније прецизирано на који начин општеприхваћена правила међународног права чине саставни део правног поретка Републике Србије. Дилема је решена одлуком Уставног Суда Републике Србије којом је заузет став да: „људска права и слободе гарантоване потврђеним међународним уговорима имају исту правну снагу као и људска права и слободе гарантоване Уставом, што значи да се у случају њихове повреде може поднети уставна жалба том суду исто као и у случају повреда права и слобода гарантованих Уставом“.⁴³ Стога можемо закључити да пракса Европског суда за људска права или Комитета УН за људска права, као и Комитета против тортуре и других суровости, нехуманог или понижавајућег третмана и кажњавања, обавезује Србију у погледу тумачења уставних одредби о људским и мањинским правима.⁴⁴

Под појмом „општеприхваћена правила међународног права“, у нашој литератури⁴⁵ подразумевају се правила међународног обичајног права, општа правна начела међународног права и други извори међународног права наведени у члану 28, став 1. Статута Међународног суда правде, с обзиром да су сви ти извори „општеприхваћени“.

Међународно јавно право признаје територијалну надлежност појединих држава у погледу вршења контроле уласка на домаћу територију. Устав РС садржи одредбу којом установљава надлежност Републике у области система преласка границе и контроле промета робе, услуга и путничког саобраћаја преко границе, положај странаца и страних правних лица.⁴⁶ Такође, и поменута одредба члана 17 Устава оставља простора за територијалну надлежност РС у погледу регулисања правног положаја странаца, с обзиром на могућност постојања корпуса права која су искључиво резервисана за домаће држављане.

Готово деценију касније од доношења првог Закона о странцима 2008. године, у Републици Србији сазреле су прилике и околности за доношење новог Закона о странцима 2018. године, који је убрзо измењен 2019. године.⁴⁷ Закон доноси новине⁴⁸ у погледу регулисања се услова за

⁴³ Одлука Уставног Суда Републике Србије бр.1-8/11/09, од 2. 04. 2009. године.

⁴⁴ М. Милановић, В. Хаџи Видановић, „Међународно право и људска права у Предлогу Устава Србије“, Српска правна ревија, 5/2006, 63.

⁴⁵ Војин Димитријевић *et. al.*, Основи међународног јавног права, Београдски центар за људска права, Београд, 3. издање, 2012, 26.

⁴⁶ Чл. 97, тачка 5.

⁴⁷ Закон о странцима, Сл. гласник РС, 24/18 и 31/19.

улазак, кретање, боравак и враћање странаца и хармонизује национално законодавство са прописима Европске уније.

4. ЗАКЉУЧАК

О политичкој култури једне земље говори и њен однос према странцима. У условима повећане мобилности становништва која је иницирана економским, политичким и другим друштвеним факторима, истовремено се преплићу потребе за приближавањем статуса странаца и домаћих држављана, али и потребе за јачањем прерогатива државне власти ради заштите сигурности и безбедности. У таквим друштвеним околностима изнова добијају на значају међународни стандарди заштите права странаца, који се могу схватити као део корпуса људских права, односно као „цивилзацијски минимум“, поставља оквир за националне прописе који такође овим околностима треба да се прилагоде.

⁴⁸ У односу на ранији Закон о кретању и боравку странаца, Сл.лист СФРЈ, бр. 56/80, 53/85, 30/89, 26/90, и 53/91, Сл. лист СРЈ, бр. 24/94, 28/96 и 68/02, Сл. лист СЦГ, бр. 12/05 и Сл. гласник РС, бр. 101/05 и 109/07.

Jelena BELOVIĆ, Ph.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

INTERNATIONAL STANDARDS FOR THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF FOREIGNERS

Summary

The legal position of foreigners in the Republic of Serbia is regulated by the Law on Foreigners from 2019, whose entry into force terminated the previous law from 2008. The strategic commitment of the Republic of Serbia in the direction of European integration and modern global trends have certainly influenced the provisions of this Law. The main goal is to alleviate the differences in the status of domestic citizens and foreigners. The paper presents an analysis of the rights of foreigners from the aspect of human rights and within the framework of international instruments that guarantee these rights. Without prejudice to the reserved domain of each individual state, the emphasis is on the minimum standards of protection that each state must respect.

Key words: *rights of foreigners, international sources of law, guaranties, United Nations.*

ЛИТЕРАТУРА

Вида Чок, Право на држављанство, Београдски центар за људска права Досије, Београд, 1999.

George N. Barrie, "International Human Rights Conventions: Public International Law Applicable to the Protection of Rights," *Journal of South African Law*, no. 1, 1995.

Душан Китић, Правни положај странаца, Номос, Београд, 1991.

Милан Пак, Међународно приватно право, 4. издање, Номос, Београд, 1995.

М. Милановић, В. Хаџи Видановић, „Међународно право и људска права у Предлогу Устава Србије“, *Српска правна ревија*, 5/2006.

Pierre Mayer, *Droit international privé*, Paris, 1983.

Саша Гајин, Људска права. Правно-системски оквир, 2. издање, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, Београд, 2012.

Др Страхиња МИЉКОВИЋ*

347.725(497.11)"20/..."

КРАТКА РЕТРОСПЕКТИВА ПРАВНЕ РЕГУЛАТИВЕ АКЦИОНАРСТВА У ДРУГОЈ ПОЛОВИНИ XX ВЕКА И ПОЧЕТКОМ XXI ВЕКА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Значај акционарског друштва за пословно амбијент тржишне економије од изузетног је значаја. У раду посебна пажња ће бити посвећена Закону о предузећима из 1988. године којим се бојаљиво запошета ренесанса акционарског друштва у Републици Србије. Од значаја за рад су решења предвиђена Законом о предузећима из 1988. године и Закона о привредним друштвима из 2011. године. Сагледавњем ова два законска акта, једног са почетка нормативне ренесансе акционарства и другог у подмаклој фази коју карактерише зрелост нормативних решења, односно пресеком решења са дистанце од двадесет година може се стећи утисак о еволуцији нормативног регулисања акционораског друштва у Републици Србији.

Кључне речи: *Закон о предузећима, Закон о привредним друштвима, деоница, деоничар, деоничарско друштво, једнодомно управљање, дводомно управљање.*

1. УВОД

Развој тржишног пословања односно откривање нових поморских путева, велики економски подухвати неминовно су утицали да се пословни субјекти организују у форме пословања које су им омогућавала прикупљање знатних финансијских средстава. Форма пословања која од тренутка настанка доживљава еволуцију, а која данас уз одређене мањкавости представља најбољи облик пословања је акционораско друштво. Правна терминологија не познаје јединствен термин за акционораско друштво,¹ док у пословној пракси преовладавају два термина и то један са подручја Енглеске, а други са подручја САД. У енглеском праву термин *company* користи се за трговачка друштва са својством правног лица, док се за друштво које је овлашћено да издаје акције прави разлика између *private*

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, strahinja.miljkovic@pr.ac.rs

¹ У немачкој правној терминологији користи се термин *Aktiegesellschaft*, у француској правној терминологији *Societe anonyme*, док се у италијанској правној терминологији користи *Societe per azioni.*, Rojo, A., *The Typology of Companies*, In: *European Company Laws* (R. Drury & Xuereb, P., eds.), Brookfield, Dartmouth Pub Co., 1992, 2.

*company*² и *public company*.³ У САД-у је у употреби термин *stock corporation*, али се прави разлика између *public* и *private corporation*.⁴ Савремена домаћа правна терминологија корист термин акционарско друштво. Термин акционарско друштво у домаћем правном систему има традицију дужу од сто година. Законик трговачки за Књажевство Србију⁵ користи термин ортаклук безимени,⁶ Закон о акционарским друштвима Србије⁷ из 1896. године користи термине: а) акција (*actio*); б) акционар и в) акционарско друштво, а у Трговачком законнику за Краљевину Југославију⁸ из 1937. године у употреби су термини: а) деоница; б) деоничар и в) деоничко друштво.

2. ПЕРИОД ПОСЛЕ ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА

Док се током двадестеог века, а нарочито у периоду по завршетку другог светског рата и под утицајем глобализације у тржишно оријентисаним економијама акционарство експоненцијално развија, дотле у Републици Србији односно ФНРЈ гаси и нестаје. Једно од питања које се поставља зашто је у Србији која је била предводник у области законодавног нормирања акционарског друштва, па чак имала и одређену историју развоја акционарства, дошло до нестанка истих. Разлоге можемо тражити у томе да је после 1945. године успостављен нов друштвени поредак, који по својим начелима представља антипод либералном тржишном моделу. Комунизам, а касније социјализам, без обзира на одређене домете које је имао капиталистички систем уређења у области привреде, сматра да са свим што

² *Private company* издаје акције симултано, у његовој организацији присутни су елементи друштва са ограниченом одговорношћу (повезаност чланова друштва), па се ово друштво налази између друштва са ограниченом одговорношћу и акционарског друштва.

³ *Public company* издаје акције сукцесивно па представља еквивалент акционарском друштву континенталног права.

⁴ *Public corporation* указује на јавно правни карактер корпорације, док *private corporation* приватно правни карактер корпорације.

⁵ Закон трговачки за Књажевство Србију, доступно на адреси, <http://www.propisi.com/zakonik-trgovacki-iz-1860.-godine.html>, 25. 10. 2021.

⁶ § 31 Законик трговачки за Књажевство Србију из 1860. године. По угледу на француску терминологију *Societe anonume* (лична својства нису битна, већ капитал) српски трговачки законик користи превод француске терминологије и за акционарско друштво употребљава термин ортаклук безимени.

⁷ Закон о акционарским друштвима Србије – ЗАДС, доступно на адреси, [http://projuris.org/RETROLEX/Zakon%20o%20akcionarskim%20drustvima%20Srbije%20\(1896\).pdf](http://projuris.org/RETROLEX/Zakon%20o%20akcionarskim%20drustvima%20Srbije%20(1896).pdf), 27.10. 2021.

⁸ *Службене новине Краљевине Југославије* бр. 245-LXXIV, доступно на адреси, <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenenovine.rs/showPdf2Visitor.php?filename=1937/028/deb57cc0-57c4-40f3-88b6-74b411231e16>, 29.10. 2021.

је „продукт бужуарске класе“ треба фактички и правно извршити раскид са таквим системом јер је у супротности са идеолошким схватањима комунизма. Заступањем оваквог идеолошког става није постојао слух да се одређени закони или одређени облици пословања оставе на снази. Доношењем Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације,⁹ ван снаге се ставља и Закон о акционарским друштвима из 1926. године. Ипак, правно стање у погледу организовања трговачких друштава вредело је све до 1948. године када се доноси Основни закон о приватним трговачким радњама¹⁰ дефинитивно се правно нормативно гаси акционарство.¹¹ Изузетак се прави једино за приватне трговачке радње које су уз одобрење могле постојати у облику јавног трговачког друштва – ортаклук. Доношењем Уредбе о оснивању предузећа и радњи¹² из 1953. Године престаје могућност организовања приватних трговачких радњи у форми јавног трговачког друштва, а то а из разлога што представља остатак буржуаског система који може представљати клицу развоја приватног капитала који је у супротности са друштвено политичким уређењем тог периода. Усвајање Основног закона о приватним трговачким радњама и Уредбе о оснивању предузећа и радњи, извршен је раскид са свим до тада познатим формама трговачких друштава, односно дефинитивно се правно нормативно гаси идеја о могућности пословања у форми друштва капитала. Следи период у којем наше право није познавало типове правних лица темељене на власништву па, према томе, ни трговачка друштва.¹³

3. РЕНЕСАНСА АКЦИОНАРСТВА

Бојажљива ренесанса акционарства започиње крајем осамдесетих година двадесетог века доношењем Закона о предузећима из 1988. године.¹⁴ Значај закона је да почива и промовише начела: а) компетентности, б) компатибилности правних форми са развијеним земљама, в) равноправности свих форми предузећа, г) јачања установе одговорности за управљање и

⁹ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 86/1946, 105/1946, 96/1947 – обавезно тумачење.

¹⁰ Основни закон о приватним трговачким радњама, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 39/1948.

¹¹ Вујовић, М., „Акционарство у југословенској привреди“, *Берза*, бр. 1, 1999, 143.

¹² Уредба о оснивању предузећа и радњи, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 51/1953.

¹³ Барбић, Ј., „Правно уређење трговачких друштава“, *Привредно правни приручник*, бр. 3, Београд, 1992, 10.

¹⁴ Закон о предузећима – ЗОП, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90 и „Сл. Лист СРЈ“, бр. 24/94 - др. Закон.

вођење предузећем, д) трипартитности, њ) слободе предузетништва и самосталности предузећа.¹⁵ Закон васкрсава трговачка друштва (друштва капитала и друштва лица) односно омогућава да се предузеће оснива у форми: а) деоничког друштва; б) друштва са ограниченом одговорношћу; в) командитног друштво и г) друштва са неограниченом солидарном одговорношћу чланова.¹⁶ Деоничко друштво (акционоарско друштво) с обзиром на власништво може бити у: а) друштвеној; б) мешовитој и в) приватној својини. У друштвеној својини деоничко друштво може основати једно или више друштвених правних лица. Деоничко друштво у друштвеној својини се основа и улагањем средстава друштвеног правног лица или стицањем свих деоница, односно удела у мешовитом или приватном предузећу од стране друштвених правних лица.¹⁷ Док предузеће у чисто приватној својини се оснива једино средствима физичких лица и грађанских правних лица, с тим да приватно деоничко друштво може основати и само један оснивач.¹⁸ У погледу ко се може јавити у улози оснивача деоничког друштва у мешовитој својини закон предвиђа да то могу бити домаћа и страна правна и физичка лица, уз обавезу да закључе уговор о оснивању у писменом облику.¹⁹ Тренутком уписа уговора о оснивању, односно одлуке оснивачке скупштине у судски регистар, деоничко друштва у мешовитој својини стиче правну и пословну способност.²⁰

3.1. Правни режим деоница

Деоничко друштво средства за оснивање и пословање прибавља издавањем деоница (акција). Оснивачи могу основати деоничко друштво откупом свих деоница приликом оснивања (симултано оснивање) или упућивањем јавног позива за откуп деоница (сукцесивно оснивање). Најмањи износ средстава која су потребна за оснивање и рад деоничког друштва (основна главница) је 15.000 динара.²¹ Деонице се уплаћују у готовом новцу, с тим да се статутом, односно правилима деоничког друштва може предвидети да друштво деоницама прибавља и ствари и права изражена у новчаној вредности. Улог у деоницама не могу бити лични рад и

¹⁵ Милосављевић, М., „Развој и економски значај акционарства“, *Право: теорија и пракса*, вол. 22, бр. 1, 2005, 23-24.

¹⁶ Чл. 2, ЗОП.

¹⁷ Чл.36, ЗОП.

¹⁸ Чл.138, ЗОП.

¹⁹ Чл. 82, ЗОП.

²⁰ Чл.83, ЗОП.

²¹ Чл. 86, ЗОП.

пружање услуга.²² Уплате деоница у стварима, правима и готовом новцу морају бити такве да омогућавају деоничком друштву да њима слободно и трајно располаже од момента њиховог уписа у књиге. У околностима када деоничар (акционар) не изврши уплату деонице у року у ком је преузео обавезу приликом уписа, дужни је да плати камату утврђену уговором о оснивању друштва. Ако у року предвиђеном уговором о оснивању деоничари не уплате деонице, сматраће се да друштво није основано, а деоничари који су уплатили деонице имају право на повраћај уплаћених износа.²³ За уплате деоница у готовом новцу банка преко које се уплата врши мора издати потврду да је уплата извршена и да уплаћеним средствима деоничко друштво може слободно располагати. О извршеном упису деоница банка издаје потврду, а власници деоница могу продавати деонице трећим лицима изнад и испод номиналне вредности.²⁴ На предлог органа управљања, скупштина може донети одлуку да издаје нове деонице ради прибављања материјалних средстава потребних за рад друштва.²⁵ Деоничар може бити обавезан само на уплату номиналне вредности деонице, а ако су у питању деонице које садрже и друга права предвиђена статутом, односно правилима друштва, може бити обавезан и на друга новчана давања прописана тим статутом, односно правилима.²⁶

3.2. Органи управљања и пословодни органи

Органи управљања у деоничком друштву у мешовитој својини скупштина и управни одбор, док пословодну функцију врши директор.

Скупштину сачињавају власници уложеног капитала, односно њихови представници. Право гласа на скупштини имају власници, сразмерно висини уложеног капитала, ако статутом, односно правилима предузећа није друкчије одређено. Ако у укупном капиталу предузећа учествује и друштвени капитал, право гласа у скупштини имају и представници друштвеног капитала (радници и лица - стручњаци изван предузећа), сразмерно учешћу друштвеног капитала у укупном капиталу, ако статутом, односно правилима није друкчије одређено.²⁷

Управни одбор састоји се од три или више чланова, с тим да се број чланова изнад законског минимума може одредити статутом, односно правилима предузећа. Управни одбор бира и разрешава скупштина, с тим да

²² Чл.94, ЗОП.

²³ Чл. 97,ЗОП.

²⁴ Чл.100,ЗОП.

²⁵ Чл.102,ЗОП.

²⁶ Чл. 103. ст. 1, ЗОП.

²⁷ Чл. 122,ЗОП.

једно лице може бити бирано као члан управног одбора више пута.²⁸ Законским одредбама предвиђа се могућност да статутом, односно правилима предузећа као интерним актима може утврдити да одређени број чланова управног одбора чине лица – стручњаци за питања од интереса за рад предузећа у мешовитој својини.²⁹

Директор предузећа у мешовитој својини организује и руководи процесом рада и пословањем предузећа, заступа предузеће према трећим лицима и одговоран је за законитост рада предузећа.

4. ПОЗИТИВНО ПРАВНА РЕГУЛАТИВА АД

Развојем тржишта капитала и нормативним регулисањем истог, и еволуцијом друштва капитала, исказала се потреба за свеобухватнијим правним нормирањем друштава капитала. Правним нормирањем друштва капитала које је почивало на савременим решењима преузетим из развијених економија извршен је раскид са формама организовања предузећа која у себи имају примесе друштвеног власништва.

Правно нормативна ренесанса друштва капитала дешава у периоду осамдесетих година двадесетог века, она долази до пуног изражаја током двадесет првог века. Околности као што су приватизација јавних и државних предузећа, транзиција тржишта капитала, прелазак на тржишну економију, приближавање Европској Унији, неминовно су изискивали потребу доношење савремених законских аката, а међу њима и Закона о привредним друштвима. У погледу терминологије закона треба истаћи да је Република Србија ишла у корак са законодавним тенденцијама у оквиру ЕУ, те је и сам назив Закон о привредним релевантан, а из разлога прихваћености назива у земљама ЕУ.³⁰

Иако се Законом о предузећима³¹ из 1996. године се чине први кораци ка обухватнијем правном нормирању акционарства, може се истаћи да су и даље постојали остаци института организовања предузећа из периода самоуправљања. Доношењем Закона о привредним друштвима³² Р. Србија чини значајан искорак у тржишном пословању. Законом о привредним друштвима из 2004. године учињен је искорак од седам миља чиме се

²⁸ Чл. 125,ЗОП.

²⁹ Ст. 3 чл.124,ЗОП.

³⁰ Сремчев, С., „Питање хармонизације права привредних друштава Србије са правом Европске уније“, *Правни живот*, вол. 57. бр. 12, 2008.

³¹ Закон о предузећима „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96, 33/96 - исп., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 - одлука СУС и 36/2002.

³² Закон о привредним друштвима „Сл. гласник РС“, бр. 125/2004.

дефинитивно врши раскид са старим односно самоуправним системом организовања пословања предузећа. Идући у складу са савременим законским решењима из области компанијског права и корпоративног управљања Закон о привредним друштвима је статусни закон тј. регулише правни положај привредног друштва. Правни положај привредног друштва преваходно се односи на област оснивања, организације, корпоративног управљања, расподеле компанијске моћи, статусних и правних промена итд. Иако се Законом о привредним друштвима 2004. године материја акционарства регулише у складу са тржишним принципима, у одређеним областима закон није био у складу са правном нормативом које је регулисало тржиште капитала.

Увидевши неопходност да се пословање акционарског друштва усклади са нормативом тржишта капитала, да су одређени институти оснивања превазиђени и да је неопходно предвидети нове инструменте расподеле компанијске моћи (органи управљања), приступило се изради новог Закона о привредним друштвима. У току 2011. године доноси се нов Закон о привредним друштвима³³ (даље: ЗПД). Од значаја је истаћи да Закон о привредним друштвима из 2011. године је у значајној мери усклађен са Законом о тржишту капитала.³⁴

Иако се ЗПД као статусни закон односи на друштва лица и друштва капитала, у складу са тематиком рада од интереса за нас је правно нормирање акционарског друштва. Акционарско друштво као друштво капитала у тржишно развијеним економијама, без обзира на мањкавости, показало се као најбоља форма пословања која омогућава концентрацију великог капитала, пружајући оснивачима и члановима друштва одређен степен сигурности да ће уложена средства овоплодити. Управо из ових разлога за нас је од значаја изучавање акционарског друштва односно његов правни положај у ЗПД-у.

4.1. Поступак оснивања акционарског друштва

Према одредабама ЗПД-еа као оснивачи акционарског друштва могу се појавити физичка или правна лица како домаћа тако и страна. Један од обавезних елемената оснивања акционарског друштва је оснивачки акт у форми уговора оснивању који мора бити потписан од стране оснивачи друштва, а чији се потписи оверавају у складу са законом који регулише ту материју. Ипак, иако оснивачи морају потписати оснивачки акт лично, треба

³³ Закон о привредним друштвима – ЗПД „Сл. гласник РС“ бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

³⁴ Закон о тржишту капитала, „Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, 9/2020 и 153/2020.

истаћи да се оснивачки акт може потписати и преко заступника, а то из разлога јер правна лица која се могу јавити у улози оснивача друштва не могу самостално изразити своју вољу до једино преко заступника односно пуномоћника.³⁵ Поред оснивачког акта, други конститутивни акт који акционарско друштво обавезно мора имати приликом оснивања јесте статут, који приликом оснивања друштва потписују сви оснивачи и тада се говори о првом статуту друштва.³⁶ Ипак, треба нагласити да акционарско друштво као друштво капитала може бити основано и одлуком од стране једноглица (физичко или правно). У околностима када се акционарско друштво оснива одлуком ради се о једночланом акционарском друштву. Питање које се постављало, а које је законодавац решио, је да ли је потребан само оснивачки акт у форми одлуке или је неопхода и статут приликом регистрације друштва. У складу са искуствима у ЕУ,³⁷ законодавац предвиђа неопходност статута приликом регистрације. Једночлано акционарско друштво има све органе које имају друштва тог типа (јавно или нејавно), стим да функцију скупштине друштва врши једини акционар који је ослобођен обавезе самосазивања.³⁸

Иако постоје два конститутивна аката у форми уговора или одлуке о оснивању, треба истаћи да оснивачки акт има једнократну функцију и не може се мењати. За разлику од оснивачког акта, први статут се може мењати и то ако долази до промене података који се односе на: а) основни капитал друштва и б) о броју и укупној номиналној вредности одобрених акција.³⁹ Усвајањем односно потписивањем конститутивних аката оснивачи пре регистрације акционарског друштва код Агенције за привредне регистре, су о обавези да код пословне банке уплате новац на основу уписаних акција и то у износу од најмање 25% основног капитала. Уплаћени износ новчаног дела основног капитала не може бити нижи од прописаног износа минималног основног капитала.⁴⁰

4.1.1. Правни режим акција

Акције су од изузетног значаја за пословање акционарског друштва, те закон посвећује посебну пажњу питању њиховог правног режима. За

³⁵ Арсић, З., „Оснивачки акт акционарског друштва и заштита животне средине“, *Зборник радова*, Правни факултет Нови Сад, вол. 46, бр. 1, 2012, 121.

³⁶ Чл. 264, ст. 3, ЗОПД.

³⁷ *89/667/EEC Twelfth Council Company Law Directive of 21 December 1989 on single-member private limited-liability companies (OJ 1989, No. 395/40)*.

³⁸ Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд, 2010, 56.

³⁹ Чл. 246, ст. 1, тач. 3) и 4), ЗОПД.

⁴⁰ Чл. 266, ст. 2, ЗОПД.

разлику од ЗПД-а из 2004 године који је по овом питању почивао на начелу материјализације акција, ЗПД из 2014 године почива на начелу дематеријализације акција. Дематеријализација акција не значи ништа друго до да се код Централног регистра хартија од вредности води јединствена евиденција акционара са посебним рачунима сваког акционара. Ипак, тренутак стицања акција је дан уписа у Централни регистар, с тим да акционар има право да тражи да му се изда потврда о акцијама са важећом садржином у вези са акцијама. Дан уписа у Централни регистар ХОВ-а представља тренутак стицања акције и стицање статуса акционара са свим пратећим правима у акционарском друштву (имовинска и лична) на основу акције.

Подаци које се уносеу оснивачки акт а тичу се акција, превасходно се односе на број, врсту (обичне и преференцијалне) и класе акција. У погледу података о класи акција превасходно се то односи на преференцијане акције, док обичне акције представљају једну класу акција. Треба истаћи да акционарско друштво мора имати барем једну обичну акцију како би се могло регистровати. Ако се акција издаје са номиналном вредношћу она се мора навести, с тим да при том све акције исте класе морају имати исту номиналну вредност. Ипак, уколико се ради о акцијама без номиналне вредности неопходно је навести њихов број као и износ дела основног капитала за који су издате.

4.1.2. Класификација акционарског друштва

За разлику од ЗПД-а из 2004. године, ЗПД из 2011. године не познаје форму затвореног и отвореног акционарског друштва. Иако изричито не наводи класификацију акционарског друштва, у складу са одредбама закона а у погледу низа обавеза, акционарско друштво се дели на: а) јавна и б) нејавно. Јавно (отворено) акционарско друштво је друштво које је успешно извршило јавну понуду акција у складу са проспектом чије је објављивање одобрила Комисија за хартије од вредности или ако су његове акције укључене на трговање на регулисаном тржишту, односно на мултилатералној платформи у Републици Србији.⁴¹ Јавно акционарско друштво се оснива методом сукцесивног оснивања. Сукцесивно оснивање је сложен процес, а одликује га јавни упис акција односно оснивачи уписују део акција и објављују јавну понуду за откуп осталих акција. Иако је ово најповољнији инструмент концентracије капитала, ЗПД више не регулише институт оснивање акционарског друштва јавним путем, а то из разлога јер нејавно

⁴¹ Јовановић, Н., Радовић, В., Радовић, М., *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд, 2020, 418.

акционарско друштво може и након оснивања постати јавно и то: а) јавном емисијом акција или б) укључивањем акција на организовано тржиште.⁴² Иако ЗПД више не регулиш овај метод основања, Закон о тржишту капитала⁴³ не искључује могућност оснивачке емисије акција јавним путем. Треба истаћи да је јавно акционарско друштво под посебним надзором Комисије за хартије од вредности, уз обавезу сталног обавештавања Комисије ХОВ и Регистара о свим важним пословним догађајима, финансијским извештајима, извештајима ревизора.

За разлику од јавног акционарског друштва, нејавно (затворено) акционарско друштво не емитује акције на тржишту хартија од вредности односно његовим акцијама се јавно не тргује на организованом тржишту.⁴⁴ Нејавно акционарско друштво се оснива методом симултаног оснивања, тј. то је метод оснивања без јавног уписа акција где оснивачи као будући акционари откупљују акције приликом оснивања друштва. Симултано оснивања је поједностављена форма оснивања, а то из разлога јер је упис акција по јавној понуди замењен уговором о оснивању. Из разлога да акције не емитује на тржишту хартија од вредности нејавно акционарско друштвоније под надзором Комисије за хартије од вредности. За разлику од јавног акционарског друштва где не постоји законско ограничење максималног броја акционара, у складу са одредбама Закона о тржишту капитала нејавно акционарско друштво може имати највише 10.000 акционара.⁴⁵ Из разлога да не може јавном понудом акцијада прикупља капитал, нејавно акционарско друштво капитал прикупља издвањем и откупом акција од стране својих акционара, запослених и професионалних инвеститора. Једна у низу значајних разлика између јавног и нејавног акционарског друштваје у погледу ограничења промета акција оснивачким актом или статутом. С обзиром да у нејавном акционарском друштву преовладава институт *intuiti personae* могуће је ограничити промет акцијакако оснивачким актом или статутом, док је јавном акционарском друштву немогуће да уговором о оснивању и статутом ограничи промет акција.

4.1.3. Избор између једнодомног и дводомног управљања

Најзначајнија, а самим тим и једна од круцијалних новина ЗПД из 2011. године у односу ЗПД из 2004. године је предвиђање нове

⁴²Јовановић, Н., Радовић, В., Радовић, М., 419.

⁴³ Закон о тржишту капитала – ЗТК, „Сл. гласник РС“, бр.31/2011, 112/2015, 108/2016, 9/2020 и 153/2020.

⁴⁴ Јовановић, Н., Радовић, В., Радовић, М., 418.

⁴⁵ Чл. 123, ст. 1, ЗТК.

класификација управљања акционарским друштвом. Упоредно правно законодавство познаје три модела корпоративног управљања и то: а) једнодомни (англосаксонски); б) дводомни (немачки) и в) мешовити⁴⁶ који допушта слободу избора између наведених модела управе.⁴⁷ Ипак, треба нагласити да скупштина као обавезан орган друштва постоји без обзира да ли се ради о једнодомном или дводомном моделу корпоративног управљања. Подела на једнодомно или дводомно управљање се врши на начин да ли поред скупштине постоји још један (управни одбор) или два (управни и надзорни одбор) органа управљања. Англосаксонски систем корпоративног управљања као што смо навели одлучује једнодомно управљање где поред скупштине постоји и одбор директора (*board of directors*). Одбор директора управља друштвом чије чланове бира скупштина, док оперативне послове друштва обавља један или више извршних директора (*executive board of directors*). Карактеристика једнодомног управљања је у одсуству надзорног одбора. Надзор над пословањем одбора директора врши спољни независни ревизор. За разлику од једнодомног, дводомни систем управљања карактерише постојање управног одбора и надзорног одбора. Чланове надзорног одбора бира скупштина друштва, док они бирају чланове управног одбора. Надзорни одбор врши контролу пословања управног одбора, с тим да није искључено ни обављање ревизије од стране унутрашњих или спољних ревизора.⁴⁸ Иако је разлика у системима корпоративног управљања значајана, а нарочито у делу унутрашње контроле, треба истаћи да се данас не заузумају тако удаљени приступи у погледу законског фаворизовања само једног или другог система корпоративног управљања. Интенција савремених закона је предвиђање и једног и другог модела, односно оснивачима а касније члановима друштва се оставља могућност да сами изаберу који је систем управљања за њих подобнији. Став у погледу слободе избора члановима друштва предвиђа се и Уредбом о Статуту Европске компаније.⁴⁹ Управо из разлога да је преузет одређен број решења у погледу

⁴⁶ Мешовити (хибридни) модел је модел управљања акционарским друштвом који се не може уклопити у постојећу поделу на једнодомне и дводомне системе, представљајући посебну категорију. Настаје комбиновањем битних карактеристика чистих модела, чиме се ствара особен систем управљања акционарским друштвом. - Јовановић, Н., Радовић, В., Радовић, М., 542.

⁴⁷ Мићовић, М., „Корпоративно управљање у земљама региона“, *Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“*, 2013, 396.

⁴⁸ Норт, К., *The German Law of and Experience with the Supervisory Board, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 305/2016*, доступно на: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2722702, 27.10.2021.

⁴⁹ Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) *OJ L 294, 10.11.2001, p. 1–21*, доступно на адреси: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32001R2157>, 27.10.2021.

организације и управљања акционарским друштвом из Статута Европске компаније, ЗПД предвиђа могућност избора систем корпоративног управљања (предвиђа и једнодомно и дводомно), односно члановима друштва даје слободу избора да у складу са својим интересима изаберу између једнодомног или дводомног управљања. Поставља се питање када се одређује систем управљања односно да ли је то оснивачким актом или статутом. С обзиром да оснивачки акт престаје да врши функцију извора права за будуће односе у друштву одмах након уписа у регистар, неопходно је систем управљања предвидети статутом као трајним извором права за будуће односе у друштву. Током пословања друштво без икаквих законских ограничења може мењати систем управљања, с тим да је у обавези да измени статут и то региструје код Агенције за привредне регистере како би измена облика управљања имала правно дејство. Иако се ЗПД-ом предвиђа могућност избора модела корпоративног управљања, треба истаћи да се управљање не поверава члановима друштва већ органима друштва као стручним, и то код: а) једнодомног одбору директора и б) дводомног управљања извршном одбору директора и надзорном одбору.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Период од 1945. године, односно од тренутка доношења Основног закона о приватним трговачким радњама (1948) и Уредбе о оснивању предузећа и радњи (1953) и стављањем ван снаге Закона о акционарским друштвима (1926), па све до половине осамдесетих година прошлог века слободно можемо назвати периодом мрачног доба акционарства. Крајем осамдесетих година двадесетог века када се СФРЈ стидљиво отвара ка тржишној економији и страним инвестицијама и доношењем Закона о предузећима (1988) може се говорити о стидљивој ренесанси акционарства. Бојажљива ренесанса акционарства започиње крајем осамдесетих година двадесетог века доношењем Закона о предузећима (1988). Предвиђањем равноправности домаћих и страних лица у правном промету Законом о предузећима (1988) постиже се једна од најзначајнијих реформи тржишта капитала, укидање моноплоског положаја друштвене својине над осталим облицима својине посебно приватном. Сукцесивним отварањем и прихватањем начела и субјеката тржишног пословања Р. Србија иде корак даље доноси Закон о предузећима (1996). Прележавши све теже можемо истаћи дечије болести у погледу оснивања и организовања друштва капитала посебно акционарског друштва, почетком двехиладите године доноси се нов Закон о привредним друштвима (2004), који се касније замењује Законом о привредним друштвима (2011). Може се извести закључак, да се стиче

утисак да без обзира колико год се позивали на став о законској имплементацији савремених решења, а самим тим и хвалили се њима, да још нисмо прележали дечије болести и да и даље наилазимо на низ непознаница које треба решавати.

Strahinja MILJKOVIC, Ph.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

A BRIEF RETROSPECTIVE OF LEGAL REGULATION OF SHAREHOLDING IN THE SECOND HALF OF THE XX CENTURY AND THE BEGINNING OF THE XXI CENTURY IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The importance of a joint stock company for the business environment of a market economy is extremely important. In the paper, special attention will be paid to the Law on Enterprises from 1988, which timidly started the renaissance of the joint stock company in the Republic of Serbia. Of importance for the work are the solutions provided by the Law on Enterprises from 1988 and the Law on Companies from 2011. Considering these two legal acts, one from the beginning of the normative renaissance of shareholding and the other in the advanced phase characterized by the maturity of normative solutions, ie the intersection of solutions from a distance of twenty years, one can get an impression of the evolution of normative regulation of joint stock companies in Republic of Serbia.

Keywords: *Law on Enterprises, Law on Companies, share, shareholder, joint stock company, unicameral management, bicameral management.*

ЛИТЕРАТУРА

Арсвић, З., „Оснивачки акт акционарског друштва и заштита животне средине“, *Зборник радова*, Правни факултет Нови Сад, вол. 46, бр. 1, 2012.

Барбић, Ј., „Правно уређење трговачких друштава“, *Привредно правни приручник*, бр. 3, Београд, 1992.

Васиљевић, М., *Компанијско право*, Београд, 2010.

Вујовић, М., „Акционарство у југословенској привреди“, *Берза*, бр. 1, 1999.

Јовановић, Н., Радовић, В., Радовић, М., *Компанијско право – Право привредних субјеката*, Београд, 2020.

Милосављевић, М., „Развој и економски значај акционарства“, *Право: теорија и пракса*, вол. 22, бр. 1, 2005.

Ројо, А., *The Typology of Companies, In: European Company Laws* (R. Drury & Xuereb, P., eds.), Brookfield, Dartmouth Pub Co., 1992.

Сремчев, С., „Питање хармонизације права привредних друштава Србије са правом Европске уније“, *Правни живот*, вол. 57, бр. 12, 2008.

Нопт, К., *The German Law of and Experience with the Supervisory Board, European Corporate Governance Institute (ECGI) - Law Working Paper No. 305/2016*

Закони:

Законик трговачки за Књажевство Србију (1860).

Закон о акционарским друштвима Србије (1926).

Трговачком законнику за Краљевину Југославију (1937).

Основни закон о приватним трговачким радњама, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 39/1948.

Уредба о оснивању предузећа и радњи, „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 51/1953.

Закон о предузећима – ЗОП, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90 и „Сл. Лист СРЈ“, бр. 24/94 - др. Закон.

Закон о предузећима, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96, 33/96 - исп., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 - одлука СУС и 36/2002.

Закон о привредним друштвима „Сл. гласник РС“, бр. 125/2004.

Закон о привредним друштвима, „Сл. гласник РС“ бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

Закон о тржишту капитала, „Сл. гласник РС“, бр. 31/2011, 112/2015, 108/2016, 9/2020 и 153/2020.

Уредбе ЕУ:

89/667/ЕЕС Twelfth Council Company Law Directive of 21 December 1989 on single-member private limited-liability companies (*OJ 1989, No. 395/40*).

Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE) *OJ L 294, 10.11.2001, p. 1–21*.

Др Душко ЧЕЛИЋ*

347.251(497.115)

ДРЖАВИНА У КВАЗИПРАВНОЈ "НОРМАТИВИ" НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ

Апстракт: Упркос богатој и разноврсној библиографији посвећеној државини и питањима везаним за њу, државина представља, од свога настанка па до данас, један од оних института грађанскога права, који је био и остао предмет бројним расправама, спорењима и различитим мишљењима. У праву Србије, овај значајан институт у стварном праву је још увек делом нерегулисан, подрегулисан а делом и погрешно регулисан.

Након што су 2009. године *de facto* власти на Косову и Метохији донеле "Закон о власништву и другим стварним правима", којим се системски задире у област уређења стварноправних односа, материја државине је на овом делу територије Србије, регулисана "кровним законом". Тиме је (не само) у овој материји, прекинут је континитет јединственог уређења државине на читавој територији Републике Србије. Аутор анализира језички, номотехнички и правнодогматски "норме" које регулишу државину у овом "закону". Такође, у раду покушавамо да упоредноправно сагледамо примену технике преузимања норми (*правне транспланте*) везаних за државину, друштвену и правну оправданост преузимања и домашај примене таквих "норми" на Косову и Метохији. Посебну пажњу аутор је обратио на оне "норме" које различито уређују институте везане за правна дејства државине, а она су, као што је познато, бројна и садржајна. У том погледу, нарочити значај имају оне "норме", којима се уређује одржај. Довођењем у везу са другим системским "прописима" на Косову и Метохији, покушаћемо да сагледамо домашај и последице примене тих "нових норми о државини" по правне и фактичке односе на Косову и Метохији.

Кључне речи: *Косово и Метохија. - De facto власти. - "Закон о власништву и другим стварним правима". - Државина. - Одржај. - Последице примене.*

1. УВОД

Државина је један од најстаријих института стварног права. Она предходи многим другим правним институтима, и у том погледу представља "опште место", предпоставку вршења највећег броја стварноправних

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

овлашћења. Због тога јој је у стварноправним кодификацијама место у општем (уводном) делу.

У књижевности стварног права државина има почасно место; о њој је много писано али је, судећи по актуелности бројних питања и проблема везаних за државину, још увек недовољно речено.¹

Без обзира што на први поглед нема једноставнијег правног института (државина је фактичка власт на ствари и ту је почетак и крај све "мудрости" о државини), материја државине је једно од најзаплетенијих питања у цивилистици.²

Наизглед једноставан и разумљив, институт државине и данас носи епитет једног од најсложенијих чак и најспорнијих. Мада је дефинисана још у време свога настанка, државина и данас једнако успешно измиче дефинисању. Без обзира да ли је део неког субјективног права или не (као на пр. државина узурпатора), државина је чињеница за коју су правни поретци од давнина³ везивали многобројна правна дејства а бројна су актуелна и у савременим правним поретцима.⁴ Иако није право, државина "живи" у складу са правом, "служи" његовим циљевима. Када је последица и садржина права, државина и сама ствара бројне правне последице и разноврсна правна дејства. Иако (и када) није право, државина се може "претворити" у право, с друге стране, чак и када је у супротности с правом, државина ужива правну заштиту. Из ове игре речи да се само наслутити сложен однос права и државине, као и разлози увек актуелног интереса правне науке и праксе за овим контраверзним правним институтом.

*Од свога настанка у античком Риму до данас, институт државине пролазио је кроз различите фазе свога развоја, од фактичког односа са "својинским оделом" на *ager publicus*-у, преко канонског процвата државине права, до данашњих интензивних социјалних и правних односа припадања ствари.*

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

¹ Тако, о новијем проблематизовању кључних питања о појму, правној природи и суштини заштите државине, вид. Vladimir V. Vodinelić, *Državina, Pojam, priroda, zaštita i razlog zaštite*, Београд, 2015.

² Андра Ђорђевић, *Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије*, у вези с међународним приватним правом, друга књига, свеска прва: Државина, Београд, 1896, 9.

³ *Possessio non tantum corporis, sed et iuris est*". (Papinianus-D. 41, 2, 49, 1) - "Државина није само чињеница, него има и правне последице". (Наведено према: Stojčević Dragoljub, Ante Romac, *Dicta et regulae iuris*, Београд, 1989, 390.).

⁴Више о томе, вид. Даница Попов, *Правна дејства државине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2006, 218.

Државина и њена самостална заштита, нашли су своје место у породици самосталних института грађанског права у свим кодификацијама грађанског права у XIX веку.

Иако је Србија, и пре него што је васкрсла пуну државност 1878. године, имала кодификовано грађанско, па тиме и стварно право, укључујући и одредбе о државини као самосталном правном институту,⁵ област стварноправних односа у данашњој Србији није кодификована. Еволуција правне (де)регулативе у овој области, делила је бурну историјску судбину заједничких држава југословенских народа, којима је Србија припадала, улажући сопствену државност у њихове темеље.

Прва држава Срба, Хрвата и Словенаца, затекла је изразити правни партикуларизам у свим областима права, па дакле и у грађанској и стварној.⁶ Историјске прилике и правно-политички разлози нису, на жалост, ишли у прилог очекиване унификације и кодификације приватног права.⁷ По завршетку Другог светског рата (који је у нашој земљи имао и обележја грађанског рата), комунистичка власт ФНРЈ је Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације,⁸ аброгирајући грађанско-правне прописе затечене на тлу Југославије, прекинула континуитет између правног система "старе" и "нове" Југославије. Убрзана парцијална кодификација појединих области грађанског права у "другој Југославији", на жалост, никада није била обједињена у јединствен грађански законик. Услед прерасподеле законодавне надлежности са федерације на републике и покрајине⁹, ни кодификација стварног права под називом Предоснова за нацрт Закона о правима на ствари, израђена 1964. године, није могла успешно "пребродити" законодавну процедуру.¹⁰ Тек 1978. године припремљен је нови Предлог за

⁵ Доношењем Грађанског законика за Кенжевину Србију 1844. године.

⁶ О "наслеђеним" грађанско-правним подручјима у Краљевини СХС (Краљевини Југославији), видети: Душан Николић, О примени правних правила садржаних у предратним прописима, Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде, Нови Сад, 1998, 289-290.

⁷ Та настојања окончана су у Краљевини Југославији доношењем Преднацрта Грађанског законика 1934. године.

⁸ "Сл. лист. ФНРЈ", бр. 86/1946.

⁹ Према Амандману XXX, ст. 2, т. 3. ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/1971), на Устав СФРЈ из 1963. године, било је предвиђено да Федерација у области грађанског права: "... уређује уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга; уређује основне својинско-правне и друге основне правне односе којима се обезбеђује јединство тржишта; уређује основне имовинско-правне односе у области поморства, унутрашње пловидбе и ваздушног саобраћаја; уређује ауторско право."

¹⁰ О историјату покушаја кодификације стварног права у СФРЈ, детаљније: Обрен Станковић, О досадашњем раду на кодификацији стварног права и карактеристикама

доношење Закона о основним својинско-правним односима, са нацртом Закона, чија је материја обухватала далеко уже поље стварно-правних односа од Предоснове. Закон о основним својинско-правним односима донет је 30. јануара 1980. године,¹¹ ЗОСПО и данас, упркос пуној законодавној надлежности Републике Србије, представља позитивну законску материју која обухвата основна начела и основну правну регулативу за: право својине, стварне службености, државину, права страних физичких и правних лица у овој области, и меродавно право за случај сукоба републичких закона. Садашње стање уређености стварног права у Србији је незадовољавајуће. Поред Општег дела грађанског права, које је "најзапуштеније"¹², Стварно право је најнеуређенији део позитивног грађанског права у Србији. Правне и законске празнине су бројне, поједина стварна права уопште нису уређена (личне службености, реални терети, право грађења), док су друга подрегулисана (право својине, заложно право, право закупа, суседска права, државина). Правна регулатива у области грађанског права и нарочито у области Стварног права у самосталној Србији, наставила је да се развија стихијски, уз одсуство јасне стратегије. О томе јасно указују текстови Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар¹³ и Закона о хипотеци,¹⁴ који јасно илуструју међусобну неусаглашеност, неуједначен догматски, методолошки и номотехнички приступ у регулисању појединих стварно-правних института^{15,16}. Институт државине регулисан је одредбама чл. 70-81. ЗОСПО-а. И овај институт, није

нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима СР Србије од 1978, *Анали*, бр. 3-4/1979.

¹¹ Закон о основама својинскоправних односа, у даљем тексту: ЗОСПО, ("Сл. лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90, "Сл. Лист СРЈ", бр. 29/96 и "Сл. гласник РС", бр. 115/2005 - др. закон).

¹² Владимир В. Водинелић, *Кодификовање Стварног права у Србији, Промене Стварног права у Србији*, ур. Весна Ракић-Водинелић, Београд, 2004, 11.

¹³ "Сл. гласник РС", бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр, 99/11 - др. закони и 31/19.

¹⁴ "Сл. гласник РС", бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – УС и 83/2015.

¹⁵ Тако се, илустрације ради, у Закону о хипотеци институт државине у чл. 15. назива "поседом" док се у свим другим члановима назива "државином". Истина, овај закон у истом "маниру", и неке друге правне институте назива различитим именима; тако, удео сувласника назива час "сусвојинским" (чл. 3.), час "сувласничким" (чл. 15.), час "идеалним делом" (чл. 6.), а сувласника назива и "власником идеалног дела" (чл. 6.) !?!

¹⁶ О странпутицама кодификације стварног права у Србији, детаљније вид. Душко Челић, *Грађанска кодификација у Срба – сто седамдест година Касније*, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2014, 59-72.

избегао судбини осталих, који чине позитивну законску материју стварног права у Србији.¹⁷

2. О КВАЗИПРАВНОЈ "НОРМАТИВИ" НА КОСОВУ И МЕТОХИЈИ

Као што је познато, након 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. 1244 од 10. јуна 1999. године (S/RES/1244 (1999))¹⁸. Садржина мандата УН на Косову и Метохији, према тексту Резолуције, требала је да буде ограничена поштовањем суверенитета и територијалног интегритета СР Југославије. Ово ограничење поменуто је више пута, како у основном тексту, тако и у анексима Резолуције.¹⁹ Кршећи слово и смисао Резолуције, Привремена управа Уједињених нација на Косову и Метохији (УНМИК) ретроактивно је аброгирала затечени правни поредак у Аутономној покрајини Косово и Метохија и на том делу Републике Србије успоставила "правни систем" независан у односу на остатак Србије, негирајући сваку државно-правну везу са њом. Специјални представник Генералног секретара Уједињених нација, је самовољно одређујући сопствени мандат, сам себи доделио сву законодавну, судску и извршну власт на Косову и Метохији, за шта није било упоришта како у општем међународном праву, тако ни у релевантној Резолуцији Савета безбедности ОУН²⁰. У области стварноправних односа, поменута "квазизаконодавна политика" УНМИК-а имала је за последицу, да се ионако партикуларно, поднормирано, несистематизовано и некодификовано право (не само) у области стварноправних односа поводом непокретности на територији АП Косово и Метохија, претвори у "правни хаос", међусобно неусклађених и контрадикторних норми, садржаних у још бројнијим изворима, него што је то био случај до 10. јуна 1999. године. При томе је начињена "општа збрка у којој се не зна који југословенски и српски закони су на снази а који не,"²¹ и уопште, који је пропис на знази.^{22,23}

¹⁷ О подрегулисаности, погрешном и нетачном регулисању, као и о правним празнинама у материји државине у ЗОСПО, детаљније вид. Душко Челић, Појам и заштита државине, магистарски рад (необјавено), Косовска Митровица, 2010, 67-95.

¹⁸ <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/kos%20SRES%201244.pdf>, 10. 6. 2021.

¹⁹ Вид. ст. 9. преамбуле, тач. 10. основног текста, тач. 5. Анекса I, тач. 5. и 8. Анекса II S/RES/1244 (1999).

²⁰ Бојан Милисављевић, Нове мировне мисије Организације уједињених нација, Београд, 2007, 173.

²¹ Ombudsperson institution in Kosovo, Fourth annual report, 2003/2004, Pristina, 12. July 2004, 8.

Након 17. фебруара 2008. године, *de facto* власти на Косову и Метохији, успоставиле су једнострано, мимо Резолуције 1244, и супротно уставу Републике Србије, нелегални поредак, који наликује правном поретку - правни поредак *sub colore iuris*,²⁴ настављујући са раније успостављеном праксом квази-закондавног задирања у правни систем Србије на Косову и Метохији. Тако је 2009. године извршена нека врста кодификације стварног права, доношењем "Zakona о vlasništvu i drugim stvarnim pravima"²⁵ (у даљем тексту: "ZOVDs"), иако са становишта важећег правног поретка Србије нису имали надлежност за такву делатност²⁶. Поред тога, то је учињено супротно елементарним друштвеним условима за кодификацију, као што је стабилност друштвених а пре свега својинских односа, што се за (пост)конфликтно друштво, какво је актуелно на Косову и Метохији, свакако не може рећи. Овим "законом", неки институти стварног права уређују се на битно другачији начин у односу на остатак Србије. У даљем делу рада, анализираћемо језички, номотехнички и правнодогматски домаћај "норми" које регулишу државину у овом "закону".

²²Vicovac Dule, Challenges in Providing Legal Aid to Displaced Persons Following Armed Conflict: Lessons Learned from Kosovo, Journal of Human Rights Practice, Oxford, March, 2013, Vol. 5, Number 1, 2013, 198.

²³Више, о овоме вид. Душко Челић, Квазиправни оквир УНМИК-а у области стварних права на непокретностима, Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности, Тематски зборник – Пројекат, ур. Владимир Боранијашевић, Косовска Митровица, 2017, 115- 129.

²⁴*Sub colore iuris* – "Under color of right". Done with the appearance of a legal right, regardless of whether the actor in fact possessed the legal right. Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, Guide to Latin in international Law, Oxford University Press, 2009, 269.

²⁵Доступно на: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_sr.pdf, (на српском језику), на: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_al.pdf, (на албанском језику) и на: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_en.pdf, (на енглеском језику), 30. 6. 2021.

²⁶Према чл. 4. и 194. Устава Републике Србије ("Сл. Гласник РС", бр. 98/2006), правни поредак Републике Србије је јединствен, према 97. тач. 7. Устава Републике Србије, Република Србија уређује и обезбеђује својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине, а према чл. 97. носилац уставотворне и законодавне власти у Републици Србији је Народна скупштина. Имајући у виду поменуте уставне одредбе, активност *de facto* власти на Косову и Метохији, са становишта уставноправног поретка Републике Србије, не могу имати законодавни карактер, нити акти тела које уставноправни поредак Републике Србије не познаје, могу бити закони. С тога се у овом раду за навођење тих "аката" користе одговарајући знаци интерпункције.

3. ДРЖАВИНА У "ZOVDС"

Као што смо раније истакли, државина је један од најстаријих института стварног права. Она предходи многим другим правним институтима, и у том погледу представља "опште место", предпоставку вршења највећег броја стварноправних овлашћења, стога је њено логично место у систему стварног права у општем (уводном) делу. Таквом систематиком омогућава се лакше разумевање и примена бројних законских одредаба у којима се употребљава израз државина, супротно, то се не може постићи ако се државина смести на крају прописа, или пак иза централног стварноправног института (каква је својина) и других стварних права. Како у том погледу стоје ствари у "ZOVDС"? Државина се у различитим граматичким варијацијама помиње у: једном називу поглавља ("дела"), 18 рубрума (назива чланова) и 33 члана. Укупно 107 пута. Интересантно је да се упоредо са изразом "државина" у "ZOVDС" користи и израз "посед" и, очигледно у истом значењу као и "државина", помиње се у једном рубруму и 15. чланова укупно 24 пута !?! О недостатку елементарног знања и/или редактуре, довољно упечатљиво говори чињеница да се у оквиру истих чланова упоредо користе различити изрази – и "државина" и "посед" !?!²⁷ Укупно, у "ZOVDС" се израти "државина" и "посед" користе 131 пута. Израз "посед", води порекло од латинског глагола *sedere*²⁸ - седети, и према објашњењу римског правника Лабедона, "посед се тако назива према седишту или постављењу, јер (посед) природно држи онај ко на њему стоји" (седи).²⁹ У својевременој хрватско-српској језичкој варијанти, термин "посед" преузет је од римског "*possessio*", као што је то уосталом био случај и са многим другим европским народима и језицима.³⁰ У српској грађанскоправној терминологији, већ скоро два века за означавање овога института користи се реч "државина". Он је етимолошки правилнији, садржајнији и погоднији од "латинизованог посед", јер извире од глагола "држати", што значи "имати у својој власти" и семантички прецизније изражава оно што означава.³¹ У свакодневном, лаичком говору, реч "посед" употребљава се као синоним за

²⁷ Тако се у чл. 21. "ZOVDС", израз "државина" користи 3 пута а израз "посед" два пута !

²⁸ *Sedeo, sedere, sedi sessum* – седети.

²⁹ D. 41, 2, 1, наведено према: Ante Romac, *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973, 203.

³⁰ Тако на енглеском: "*possession*", француском: "*la possession*", талијанском: "*il possesso*", шпанском: "*la posesion*", али не и на немачком: "*Besitz*", што додатно снажи гледиште да је германска концепција државине плод и германске обичајно-правне баштине.

³¹ Чедомир Марковић, *Грађанско процесно право*, књ. прва: парнични поступак, св. II: парничне радње, треће издање, Ниш, 1982, 516..

означавање права својине, поготово на непокретним стварима³², чак и шире, "посед" се поистовећује са имовином, а "поседник" са власником, односно, са имаоцем каквог другог (најчешће стварног) права. Ово поистовећивање није само имлицитно, напротив, често бивамо у прилици да "сазнамо" и то да се "посед има у власништву".³³ Придавање погрешног значења државини, поистовећивањем "поседа" за својину, карактеристично је само за тај израз, не и за државину; то је разлог више у прилог нашем залагању за доследно именовање овог правног института државином и за трајно и потпуно напуштање латинизованог назива "посед". Сличну доследност не очекујемо од *de facto* власти на Косову и Метохији, но елементарно језичко правило налаже макар одређење између два израза: државине или поседа.

Државина је у "ZOVDs" смештена тек у IV делу, након "Општих одредаба", "Дефиниција" и "Својине". Први пут се помиње у чл. 18. ст. 1. у коме се дефинише право својине. Потом се помиње више пута у контексту претпоставке савесног стицања права својине,³⁴ претпоставке права својине у корист држаоца,³⁵ а чак се, и пре одређивања појма државине, "самостална државина" (чији се појам и садржај не одређују касније нити раније ни на једном месту у "ZOVDs"), помиње у контексту стицања права својине одржајем. Иначе, "ZOVDs" одржај нетачно назива "добит са застаревањем",³⁶ када је реч о стицању права својине одржајем на покретним стварима, а нешто коректнијим али опет нетачним изразом "стицање по основу застаревања", када је реч о стицању права својине одржајем на непокретним стварима !?³⁷ Међу уникуме спада и чињеница да се "савесна државина" и "несавесна државина", наводе поводом својинских тужби,³⁸ а да се у делу у коме се "нормира" државина (нити било где другде), ова својства државине уопште не одређују појмовно !?

³² Упоредити изразе: "посед - имање", али не и "државина - имање".

³³ Тако је 18. 9. 2008. године, у дневном листу "Политика", поводом спора мештана села Кремна и управника Парка природе Мокра гора, Емира Кустурице, везаног за спровођење ограничења појединих својинских овлашћења у јавном интересу, појавио текст под насловом: "Заштита парка не угрожава власнике поседа"!! У поменутом тексту, аутор се, како пише, бавио: "судбином приватних поседа на новозаштићеном терену Парка природе Мокра Гора на планини Тари". Тако је у поменутом тексту "судбина приватних поседа", појела судбину приватне својине!!! (подаци преузети са електронске адресе: <http://www.politika.rs/rubrike/tema-dana/Zashtita-parka-ne-ugrozava-vlasnika-poseda.sr.html>, од 18. 7. 2021.)

³⁴ Вид. чл. 21. И чл. 22. "ZOVDs".

³⁵ Вид. чл. 26. "ZOVDs".

³⁶ Вид. чл. 28 и рубрум изнад њега "ZOVDs".

³⁷ Вид. чл. 40. "ZOVDs".

³⁸ Вид. чл. 96-99. "ZOVDs".

Након што се предходно помиње 66 пута (од тога 50 пута као "државина а 16 пута као "посед") у различитим контекстима, као што смо навели, институт државине се у овом опскурном "закону" уређује тек у IV делу, који носи назив "Право државине" !?! Тумачењем садржине овог дела "ZOVDS" и упоређивањем са албанском језичком верзијом у којој је овај део насловљен као "Posedimi"³⁹ ("државина" – превод аутора) а не "E drejta e posedimi", што би било значење одговарајуће верзији на српском језику, долазимо до закључка да је ипак реч о државини а не о праву државине, што свакако нису синоними. На то указује и верзија наслова овог дела "ZOVDS", на енглеском језику – "Possession"⁴⁰. Иста "грешка", односно ноторна нетачност поистовећивања државине са правом на државину, понавља се само у верзији на српском језику у рубуму чл. 103. "ZOVDS", који гласи: "Право државине", рубуму и садржини чл. 104. ("СТИЦАЊЕ ПРАВА ДРЖАВИНЕ"), као и у садржини чл. 106. у коме се нетачно наводи да се "наслеђује право државине", у садржини чл. 107. у коме се одређује када престаје односно када не престаје "право државине", у чл. 108. у коме се нетачно судржавина појмовно одређује "ако више лица остварује право државине", као и у чл. 111. у коме се "уређују" својства државине наследника, посредством нетачног и збуњујућег израза: "Наследник који остварује право на државину..." !?! Посредна државина се у чл. 109. "ZOVDS", назива час "посредном", час "недиректном" и при томе се нетачно одређује путем лица "које остварује право располагања (а не држања – примедба аутора), ствари на основу залог, кирије, депозита..."!?! Ноторна је чињеница, која је дакле, као и све ноторне чињенице општепозната (осим овом "законодавцу"), да државина и право на државину нису синоними и да се у том погледу и посредна државина појмовно одређује као државина лица које у погледу ствари поступа као ималац каквог ширег права у погледу које друго лице има непосредну државину (јер поступа као ималац каквог ужег права). Нагласак је на фактичком, на поступању а не на имању (или немању) каквог субјективног права. Одређујући правни посао за правну основу непосредне државине, "законодавац" непотребно сужава појмовно одређење посредне државине. Посредна државина постојаће и онда када је правни посао, као њен основ, са становишта позитивног права неважећи, непостојећи или је престао да постоји. Самим фактом вољне предаје ствари

³⁹ Вид. верзију "ZOVDS" на албанском језику: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_al.pdf, 30. 6. 2021.

⁴⁰ Вид. верзију "ZOVDS" на енглеском језику: : http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_en.pdf, 30. 6. 2021.

у непосредну државину, лицу које "признаје вишу власт" другога поводом објекта државине⁴¹, настала је посредна државина.⁴²

Нелогичности и нетачности у нормирању државинске матрије прате и појмовно (не)одређивање детентора. Тако се у овом "закону" наводи да: "Ако неко лице врши фактичку власт и контролу на ствари за рачун другог лица у оквиру његовог пословања или у оквиру упоредног односа којим је он обавезан поступати по упутствима тог другог лица, тада се то друго лице сматра држаоцем."⁴³ Уколико апстрахујемо језичке (?) непрецизности, могли би се сагласити да је ово догматски тачно, али поменута "норма" казује које лице у овом случају има, односно нема државину а не ко има детенцију ! То евентуално можемо сазнати тек тумачењем *argumentum a contrario* и ишчитавањем рубрума изнад овог члана, односно изналажењем одговора на питање "шта је писац хтео да каже".

Оно што би требало да представља неку врсту темељног камена у нормативном уређењу државине – појмовно одређење овог института, "ZOVDs" одређује нетачно ! Тако, у овом тексту квази законодавац наводи да "Лице које врши фактички контролу на ствари, сматра се непосредним држаоцем" !?!⁴⁴ Овога пута, ова ноторна нетачност спроведена је доследно – у српској, албанској и енглеској језичкој верзији "ZOVDs". Наиме "контролу на ствари" може имати и посредни и непосредни држалац, *diferentia specifica* огледа се у томе да ли се апрехензионе радње врше непосредно или посредно, путем другог лица, што "законодавац" очигледно не зна. При томе, под вршењем апрехензионих радњи, односно фактичке власти на ствари (што је "законодавац" вероватно подразумевао под изразом "контола на ствари"), треба подразумевати постојање релативно трајног просторног и социјалног односа држаоца, који му омогућава да својим актима непосредно утиче на одређену ствар и манифестује вољу да "господари" том ствари.⁴⁵ Тренутно и привремено успостављање "фактичке власти" најчешће се не

⁴¹ Та власт се не мора признати само изричито, већ и прећутно и конкluentним радњама.

⁴² У прилог оваквом схватању вид. Драгољуб Стојановић, Димитар Поп-Георгијев, Коментар Закона о основним својинско-правним односима, Београд, 1980, 160, Nikola Gavella, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990, 28, Nikola Gavella, *O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio Zakon o osnovnim vlasničkopравним односима*, *Naša Zakonitost*, Zagreb, 4/1981, 57-58, Slavica Krneta, *Posjed*, *Enciklopedija imovinskog prava i prava удруженог рада*, Београд, II том, 1978, 1020.

⁴³ Вид. чл. 105. "ZOVDs".

⁴⁴ Вид. чл. 103. "ZOVDs".

⁴⁵ Драгољуб. Стојановић, Нови концепт државине (чл. 70. Закона о основним својинскоправним односима), *Годишњак Правног факултета у Крагујевцу*, 1979/1980, 86.

може сматрати државином.⁴⁶ Дакле, сваки додир лица и ствари, не сматра се "вршењем фактичке власти", као што и непосредна државина не мора увек бити везана за непосредно физичко држање саме ствари.⁴⁷

Најзад, "ZOVDs" у погледу својстава државине, уопште не познаје манљиву (вициозну) државину а у извесној мери њу изједначава са незаконитом⁴⁸, што је недопустиво чак и за студенте права! Уколико се овоме дода већ констатована чињеница да "ZOVDs" нема ни појмовних одредаба о савесној и несавесној државини, онда је јасно какве опасности прете по право својине "у садејству" са институтом одржаја и у примени овог "закона".

De facto власти на Косову и Метохији успоставиле су дисконтинуитет између дотадашњег и новог "правног" режима одржаја на начин што законитост државине више није услов за стицање својине одржајем док се савесност захтева само када је у питању стицање својине путем редовног одржаја. О номотехничком, граматичком и догматском ниивоу одредаба овог "закона", не само о одржају, већ и о свему другом, понешто говори, као што смо навели, и рубрум изнад чл. 40. ("Стицање по основу застаревања") и изнад чл. 41. (Стицање застаревањем путем регистровања"), каои целокупни текст ових чланова. У дилеми и сами на који начин да разумемо садржину ових "норми", уз ризик да можда и погрешимо, мишљења смо да је "законодавац" у ст. 1. чл. 40. "регулисао" ванкњижни одржај, у ставу другом књижни одржај у случају "да је уписан као својински држалац" а учл. 41, је учињен покушај нормирања "књижног (табуларног, регистарског) одржаја". При томе се у делу "закона" у коме се "нормира" државина, уопште не препознаје нити појмовно одређује земљокњижна (табуларна, регистарска) државина,^{49,50} а од својстава државине која су од правног значаја за одржај,

⁴⁶ Тако на пр. онај ко за време фудбалске утакмице "заузме" место на стадиону, није тиме стекао државину на њему, нити је држалац лице које на пр. држи пријатељичин кишобран док она нешто купује на киоску.

⁴⁷ Тако ћемо на пр. бити непосредни држаоци књиге не само када је читамо, већ и када је одложимо у кућној библиотеци, кад аутомобил паркирамо у гаражи, када податке "држимо" у компјутерској меморији, кад повремено станујемо у викендици итд, другим речима када постоји актуелна могућност успостављања непосредног просторног односа према ствари.

⁴⁸ Вид. чл. 100. "ZOVDs".

⁴⁹ Вид чл. 103 – 114. . "ZOVDs".

⁵⁰ Земљокњижна државина настаје чињеницом уписа неког лица као титулара каквог стварног права поводом неке непокретности, и у случајевима када то није; тако су поводом једне непокретности физичку и земљокњижну државину могла имати два различита лица. Ова чињеница изазива правне последице сличне последицама ефективне државине; тако, упис неког стварног права у земљишну књигу представља начин стицања, такође, чињеница уписа каквог права ствара предпоставку у корист лица

овај "закон", као што смо истакло, не познаје ни савесну ни закониту ни исправну (праву) државину, већ на неки немушти начин само "самосталну државину". Као што се из одредаба чл. 40. и 41. да закључити, *de facto* законодавац на Косову и Метохији, готово да ничим, осим роковима одржаја, није омеђио домашај одржаја. Тако, услов за одржај нису ни законитост, ни неманљивост (истинитост) државине а савесност се захтева само у првом случају ? Као да је "ZOVDs" донет у неком правном поретку кога одликују висок степен правне извесности, културе и традиције, уређености и поузданости јавних регистара и владавине права, а у збиљи, све је обрнуто, и то окрутно обрнуто !⁵¹ У таквим околностима, широко и готово неограничено посезање за одржајем, чак и за табуларним (регистарским) одржајем⁵², који је управо и настао на идеји поуздања у тачност земљишних регистара, делује гротесктно, мада у доступној литератури на албанском језику о томе влада потпуно некритичко становиште.⁵³ Делатношћу и праксом те власти су погодовале и чак саучествовале у грубом и масовном

које је уписано као титулар, и најзад, чињеница уписа овлашћује лице да уписаним правом земљокњижно располаже.

Наведена дејства дају и те како релевантну "власт" поводом непокретности лицу које је уписано као титулар неког права, без обзира да ли му то право припа да или не. С обзиром да је та правна "власт" у правном поретку и те како постојећа, без обзира на непостојање фактичке власти поводом ствари, земљокњижна државина се сматра својеврсном идеалном државином.

Земљокњижна државина ипак не производи она дејства која чине садржину функције континуитета: она ни по правним правилима није уживала правну заштиту, а према позитивном праву не може довести ни до (земљокњижног) одржаја. Имајући у виду да дејства земљокњижне државине нису идентична са дејством других видова државине, већ да су знатно рестриктивнија, и да наликују на њих, у литератури се често уз њен назив користе наводници или придев "такозвана".

⁵¹О историјском сагледавању голготе својине и хаотичним својинскоправним односима на непокретностима на Косову и Метохији, вид. Зоран Мирковић, Душко Челић, Својинскоправни односи на непокретностима на Косову и Метохији - Стогодишњи *circulus vitiosus* (први део), Правни систем и друштвена криза, прва свеска, ур. Зоран Исailовић, Косовска Митровица, 2011, 215 – 233, и Зоран Мирковић, Душко Челић, Својинскоправни односи на непокретностима на Косову и Метохији - Стогодишњи *circulus vitiosus* (други део), Правне нормe у времену и простору, прва свеска, ур. Марија Крвавац, Косовска Митровица, 2012, 123 – 146.

⁵²Иако, као што смо приказали, познат у упоредном праву, регистарски одржај се везује за савесност државине, а искључује се у случају да је упис извршен противно одредбама којима се уређује поступак уписа права (упис од ненадлежног органа, вишеструки упис, упис на основу фалсификоване и нетачне исправе и сл.). Таквих услова у овом "пропису" нема, нити их има у другим везаним "прописима" (у "Закону о оснивању регистра права на непокретну својину" и у "Закону о катастру").

⁵³Qerkin Berisha, Acquisition of Ownership by Prescription under Kosovo Property Law and the Influence from Other Legal Systems, *Acta Universitatis Danubius*, 1/2018, 41.

кршењу права на мирно уживање имовине (нарочито) прогнаних Срба и припадника невећинских заједница, кршећи, како једнострано преузете међународне стандарде, тако и сопствене "норме".⁵⁴ У облик државине без фактичке власти на ствари неки теоретичари⁵⁵ убрајају и земљишнокњижну (табуларну) државину. Ову државину има лице уписано у јавни регистар права на непокретностима као ималац неког стварног права без обзира да ли му то право припада или не и независно од тога да ли има ефективну (физичку) државину на предметној непокретности.⁵⁶ Стицање земљокњижне државине уписом у земљишне књиге било је прописано правним правилима Аустријског грађанског законика⁵⁷ и Закона о земљишним књигама.⁵⁸ Правна дејства ове државине нису општа, тј. она не обухватају сва правна дејства која су иначе карактеристична за све облике државине. Наиме, у случају да земљишнокњижни и физички држалац нису иста лица, право на заштиту државине има (само) физички а не и земљишнокњижни држалац. Но, вратимо се одредбама о одржају "ZOVDs". Није ли готово невероватно да се поуздање у јавни регистар остварује допуштањем регистарског одржаја а да с друге стране чак и она избегла лица, који с успехом окончају поступак пред "косовском агенцијом за имовину", не могу на основу коначне одлуке овог квазисудског тела, да упишу право својине у јавни регистар, због немогућности приступа надлежној катастарској служби у општини на чијој се територији налази односна непокретност?⁵⁹

⁵⁴ О томе, као и о несагласности новоустановљеног "правног" режима одржаја са специфичним међународним стандардима заштите људских права прогнаних лица вид. Milica Matijević, Acquisition of property through prescription and illegal occupation of immovable property of IDPs from Kosovo after the 1999 conflict, *Strani pravni život*, 3/2013, 171–187.

⁵⁵ Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1974, 245, Даница Попов, Појам и врсте државине, Нови Сад, 2002, 156–159, N. Gavella, 1, 40–41, Радмила Ковачевић-Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2009, 39.

⁵⁶ Д. Попов Д, *ibid.* 156.

⁵⁷ Вид. пар. 321, 1467. и 1469. Аустријског грађанског законика у тексту пре него што су III новелом из 1916. године, брисани.

⁵⁸ Вид. пар. 70. и 71. Закона о земљишним књигама (Службене новине Краљевине Југославије, бр. 146/1930 и 281/1931), у вези са пар. 929. Српског грађанског законика.

⁵⁹ "Међутим, пуно је предмета где је подносилац позитивно решеног захтева расељено лице те нема приступа катастарској служби у општини где се имовина налази, као што налаже законодавни оквир који уређује укњижбу непокретне имовине. Немогућност уписа права својине значи да није у потпуности успостављено право на имовину. Уколико подносилац позитивно решеног захтева не може да упише право својине, то оставља празнину у којој има места за преваре у пракси поступка уписа. То може негативно да утиче на право појединца на својину." (OSCE Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, Pristina, 2011, 11.).

Одредба "ZOVDС" о заштити државине у тексту на српском језику су најблаже речено је збуњујућа и неразумљива.⁶⁰ Из ње није јасно како се у државинском спору може захтевати "враћање имовине". Такође је нејасно да ли се у судском поступку разматра питање права, односно, правног основа државине (што је упоредноправно иначе могуће, али није у цивилистичкој традицији на простору ex Југославије), или само питање државине и чина сметања? Упоредном анализом верзија на српском, албанском и енглеском језику, долазимо до закључка да једино верзија текста на српском језику садржи поменуते неразумљиве и неприменљиве конструкције. Природа овог рада не допушта нам да детаљно упоредно анализирамо сва три текста "ZOVDС", али се основано може предпоставити да сличне или још драстичније неподударности постоје када су у питању и остали делови анализаног текста. С тога се поставља питање, која је заправо била намера "законодавца" доношењем оваквог текста "Закона о власништву и другим стварним правима"?

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Анализиране "норме" о државини у "ZOVDС" неодољиво подсећају на време од пре два века у Кнежевини Србији и "порођајне муке" у доношењу Грађанског законика за Књажевину Србију. Познато је колико су комично и немушто изгледали први покушаји кодификације грађанског права у ондашњој Србији, која је након вишевековне отоманске окупације, тек кренула да из пепела подиже институције. Да подсетимо да је по налогу Милоша Обреновића, 1829. године формирана Законоделна комисија, предвођена учитељем кнежевића Милана, Георгијем Захаријадесом (Грком по пореклу), која је у задатак имала да, преведећи стране законе, Србији припреми грађански законик. Међутим, тај покушај превода Француског грађанског законика завршио је неславно. Не владајући довољно ни француским ни немачким ни српским језиком, а немајући ни формално правничко образовање (као у осталом ни један други члан Законодавне комисије), резултат његовог рада остао је упамћен по лошем и неупотребљивом тексту који је и Кнез Милош Обреновић у свом стилу коментарисао: „...да је с почетка и којекако, али је после све горе и горе, да ја не знам илису ти људи који су те законе писали били пијани или сасвим луди“. Као сликовито сведочанство лошег (не)правничког резоновања и нераздевања смисла грађанскоправних института, остао је Захаријадесов превод "хипотеке" у "апотека", а "сервитута" у "ропство".^{61.62}

⁶⁰ Одредба чл. 113. ст. 1. "ZOVDС" дословно гласи: "Ако је држалац незаконито лишен своје државине, може захтевати поврат своје имовине од лица чије је право државине мањкаво у односу на њега".

⁶¹ Слободан Јовановић, Политичке и правне расправе, Београд 1908, 72.

Како смо у раду, догматском анализом и летимичним упоређивањем текста "ZOVDs" на српском, језику са текстовима на албанском и енглеском језику показали, можемо констатовати да се у случају анализираниог текста не ради само о правничкој неукости, недостатку разумевања појединих института, смисла Стварног права (за шта се у васкрсаваној Србији, почетком XIX века, могло и имати разумевања и оправдања) и реалних прилика у (пост)конфликтном друштву на Косову и Метохији. Реч је, поред наведеног, и о *mala fides* "законодавца" и злоупотреби фактичке квазизаконодавне власти, које могу имати озбиљне последице по стварна права "адресата", поготово грађана српске националности на Косову и Метохији.

⁶²Још даље "домете" досегао је текст у чл. 32. ст. 3. "ZOVDs", који дословно гласи: "Домаћа животиња постаје без власника, када се не придржава више локалном обичају да се враћа власнику." (Sic !). Што ће рећи да се од домаће животиње очекује да зна локалне обичаје, пре него што одлучи да се њих "придржава" или "не придржава" !?!

Duško ČELIČ, LL.D

Assistant Professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

POSSESSION ACCORDING TO THE QUASI-LAW SYSTEM IN KOSOVO AND METOHIA

Summary

Despite its rich and varied bibliography dedicated to the state and its related issues, the state has, since its inception, been one of those civil law institutes that has been and still is the subject of numerous debates, disputes and differing opinions. In Serbian law, this significant institute in real law is still partly unregulated, subregulated and partly misregulated.

After the *de facto* authorities in Kosovo and Metohia passed the "*Law on Ownership and Other Real Rights*" in 2009, which systematically encroaches on the regulation of real relations, the substance of the state in this part of the territory of Serbia is regulated by "the systematic law". Thus (not only) in this matter, the continuity of the unified organization of the state in the entire territory of the Republic of Serbia was interrupted. The author analyzes the linguistic, nomotechnical and legal dogmatic "norms" that regulate the state in this "law". Also, in this paper-work we are trying to compare in a comparative way the application of the technique of transposition of norms (legal transplants) related to the state, social and legal justification of the transposition and the scope of application of such "norms" in Kosovo and Metohia. The author has paid special attention to those "norms" which are variously regulated by institutes related to the legal actions of the state, and they are, as well known, numerous and substantive. In that matter, particular importance is given to those "norms" which govern acquisitive prescription. By linking to other systemic "regulations" in Kosovo and Metohia, we will try to look at the scope and implications of applying these "new state norms" to legal and factual relations in Kosovo and Metohia.

Keywords: *Kosovo and Metohia. - De facto authorities. - "Law on Property and Other Real Rights". - Possession. - Acquisitive prescription. - Consequences of implementation.*

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ Научни радови

Aron X. Fellmeth, Maurice Horwitz, *Guide to Latin in international Law*, Oxford University Press, 2009;

Berisha Q, *Acquisition of Ownership by Prescription under Kosovo Property Law and the Influence from Other Legal Systems*, Acta Universitatis Danubius, 1/2018;

Vicovac D, *Challenges in Providing Legal Aid to Displaced Persons Following Armed Conflict: Lessons Learned from Kosovo*, Journal of Human Rights Practice, Oxford, March, 2013, Vol. 5, Number 1, 2013

Vodinelić V. V, *Državina, Pojam, priroda, zaštita i razlog zaštite*, Beograd, 2015;

Владимир В. Водинелић, Кодификовање Стварног права у Србији, *Промене Стварног права у Србији*, ур. Весна Ракић-Водинелић, Београд, 2004;

Gavella N, *Posjed stvari i prava*, Zagreb, 1990;

Gavella N, *O posjedu s obzirom na uređenje koje je uspostavio Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Naša Zakonitost, Zagreb, 4/1981;

Гамс А, *Основи стварног права*, Београд, 1974;

Ђорђевић А, *Систем приватног (грађанског) права Краљевине Србије, у вези с међународним приватним правом, друга књига, свеска прва: Државина*, Београд, 1896;

Јовановић С, *Политичке и правне расправе*, Београд 1908;

Ковачевић-Куштримовић Р, Лазић М, *Стварно право*, Ниш, 2009;

Крнета С, *Posjed*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, II tom, 1978;

Марковић Ч, *Грађанско процесно право, књ. прва: парнични поступак, св. II: парничне радње, треће издање*, Ниш, 1982;

Матијевић М, *Acquisition of property through prescription and illegal occupation of immovable property of IDPs from Kosovo after the 1999 conflict*, Strani pravni život, 3/2013;

Милисављевић Б, *Нове мировне мисије Организације уједињених нација*, Београд, 2007;

Мирковић З, Челић Д, Својинскоправни односи на непокретностима на Косову и Метохији - Стогодишњи *circulus vitiosus* (први део), *Правни систем и друштвена криза, прва свеска*, ур. Зоран Исаиловић, Косовска Митровица, 2011;

Мирковић З, Челић Д, Својинскоправни односи на непокретностима на Косову и Метохији - Стогодишњи *circulus vitiosus* (други део), *Правне норме у времену и простору, прва свеска*, ур. Марија Крвавац, Косовска Митровица, 2012;

Николић Д, О примени правних правила садржаних у предратним прописима, *Реконструкција правног система Југославије на основама слободе, демократије, тржишта и социјалне правде*, Нови Сад, 1998;

Попов Д, *Појам и врсте државине*, Нови Сад, 2002;

Попов Д, *Правна дејства државине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2006;

Romas A, *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973;

Станковић О, *О досадашњем раду на кодификацији стварног права и карактеристикама нацрта Закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима СР Србије од 1978*, *Анали*, бр. 3-4/1979;

Стојановић Д, Поп-Георгијев Д, *Коментар Закона о основним својинско-правним односима*, Београд, 1980;

Стојановић Д, *Нови концепт државине (чл. 70. Закона о основним својинскоправним односима)*, *Годишњак Правног факултета у Крагујевцу*, 1979/1980;

Stojčević D, Romas A, *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1989;

Челић Д, *Појам и заштита државине*, магистарски рад (необјавено), Косовска Митровица, 2010;

Челић Д, *Грађанска кодификација у Срба – сто седамдест година касније*, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2014;

Челић Д, *Квазиправни оквир УНМИК-а у области стварних права на непокретностима, Начела добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности*, Тематски зборник – Пројекат, ур. Владимир Боранијашевић, Косовска Митровица, 2017.

Извори

OSCE Mission in Kosovo, *Challenges in the Resolution of Conflict-Related Property Claims in Kosovo*, Pristina, 2011;

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

"Политика", 18. 9. 2008, *"Заштита парка не угрожава власнике поседа"*, <http://www.politika.rs/rubrike/tema-dana/Zashtita-parka-ne-ugrozava-vlasnika-poseda. sr.html>, од 18. 7. 2021.

Прописи и "прописи"

Устав Републике Србије, "Сл. Гласник РС", бр. 98/2006;

Амандмани на Устав СФРЈ, "Сл. лист СФРЈ", бр. 29/1971;

Резолуција СБОУН бр. 1244, <https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%27B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/kos%20SRES%2012%2044.pdf>, 10. 6. 2021;

Закон о земљишним књигама, "Службене новине Краљевине Југославије, бр. 146/1930 и 281/1931;

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

Закон о основама својинскоправних односа, "Сл. лист СФРЈ", бр. 6/80 и 36/90, "Сл. Лист СРЈ", бр. 29/96 и "Сл.гласник РС", бр. 115/2005 - др. закон;

Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, "Сл. гласник РС", бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр, 99/11 - др. закони и 31/193Закон о хипотеци, "Сл. гласник РС", бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – УС и 83/2015;

"Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima", http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_sr.pdf, (на српском језику), на: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_al.pdf, (на албанском језику) и на: http://old.kuvendikosoves.org/common/docs/ligjet/2009_03-L-154_en.pdf, (на енглеском језику), 30. 6. 2021.

Др Срђан РАДУЛОВИЋ*

347.51

ВРШЕЊЕ ПРАВА – ИЗМЕЂУ АФИРМАЦИЈЕ И НЕГАЦИЈЕ ПРАВА

Апстракт: Вршење субјективног права, по правилу, представља вид оживотворења права. Самим тим и његову непосредну афирмацију. Но, у зависности од околности под којима се врши и начина на који се остварује, вршење прва може бити и негација права. Из поставке норми унутар правног поретка Републике Србије произлази да се то дешава онда када се једно право, или уже овлашћење које проистиче из њега, врши на начин који се противи циљу због којег је само право или овлашћење установљено.

Наравно, јасно је да вршење права у конкретном случају не може истовремено бити и афирмација и негација права. Мада се теоријски налази негде између, у конкретном случају вршење права може бити или допуштено или недопуштено. Стога у овом раду, будући да законодавац очигледно није заинтересован само за формално постојање субјективног права, већ и за квалитет вршења истог, истражујемо критеријуме процене квалитативних карактеристика вршења права.

Кључне речи: злоупотреба права, противправност, штета, грађанскоправна одговорност.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Вршење субјективног права може се посматрати на два начина. Мада је то ређе случај, може се посматрати и проучавати као услов одговорности за штету. Наиме, када је једно лице вршило своје субјективно право (или овлашћење које из њега проистиче) на начин који није прихватљив јер се противи циљу због којег је право установљено, такво понашање се, суштински, изједначава са противправношћу¹. Оно је тада позитивни услов одговорности за штету из разлога што је његово испуњење неопходно ради

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

¹ Закон о облигационим односима (у даљем тексту ЗОО РС), „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља, одсек В, чл. 13

заснивања грађанскоправне одговорности. У том контексту смо га анализирали у другој фази у току пројектног циклуса².

Далеко чешће је случај да се вршење права посматра као извињавајућа околност. Уколико околности под којима је право вршено, односно уже овлашћење које из њега проистиче, оправдавају такву интерпретацију, отвара се могућност улагања одбијајућег приговора против тужбеног захтева усмереног на накнаду штете. У првом раду у оквиру овог пројектног циклуса вршење субјективног права смо посматрали управо на овај начин. У том смислу означили смо га негативним условом одговорности, зато што одговорност изостаје уколико је тај услов испуњен³.

Вршење субјективног права, како закључујемо, може бити и услов одговорности и извињавајућа околност. Но, уз разумну претпоставку да то не може бити истовремено, у овој фази пројектног циклуса настојимо да утврдимо под којим околностима оно добија један или други облик. У том контексту обратићемо пажњу на процес морализације грађанског права и оно што у том контексту називамо „квалитетом вршења права“.

1. ПРЕТПОСТАВКА АФИРМАЦИЈЕ ИЛИ НЕГАЦИЈЕ ПРАВА

Један од основних задатака истраживача јесте дефинисање проучаване појаве или процеса. У самом процесу одређења појма кроз релацију „*definiens – definiendum*“ својим значајем издваја се фаза у којој се опредељују границе проучаване појаве. Ово важи за све друштвене науке, а изузетак у том смислу нису ни правна наука, као ни истраживања која се спроводе у различитим областима права. Изналажење граница одређене појаве или процеса, најчешће правног института када је реч о правним наукама, особито је сложен процес. Разлог је тај што је индивидуализација међусобно тесно повезаних појава и процеса у друштвеним наукама далеко сложенији задатак него, рецимо, у оквиру природних или техничких наука. Но, ма колико сложена била, ова фаза је есенцијална. Штавише, сматрамо је незаобилазном.

Тако, примера ради, када се бавимо сложеним питањем улоге вршења права у (грађанско) правном поретку, изналажење тих граница омогућава нам да дођемо до вишеструко корисног сазнања где противправност почиње,

² Вид. С. Радуловић, „Вршење права као „позитивни“ услов одговорности за штету“, *Зборник радова „Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији“*, св. 2, 2020, 121-133.

³ Вид. С. Радуловић, „Вршење права као „негативни“ услов одговорности за штету“, *Зборник радова „Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији“*, св. 1, 2019, 135-146

а где се завршава, то јест у ком се тренутку и под којим околностима једна правна појава претвара у неправну и обрнуто⁴.

Ова питања постављају се на свим нивоима бављења правом. Ипак, за разлику од судске праксе, а нарочито теорије права, чини се да терет изналагања одговора на ова питања у највећој мери ипак сноси законодавац. Иако није посао законодавца да дефинише појаве – то је задатак правне теорије, свакако законодавчева улога је најочигледнија, а самим тим одговорност у том процесу је највећа.

Од законодавца се, наиме, очекује да определи примарно и супсидијерно правило понашања у норми. Очекује се да норму промовише, омогући њено правилно разумевање, изгради пратећу инфраструктуру за правилну и несметану примену норме. Изнад свега, очекује се и да самом поставком правне норме, евентуално кроз њену систематску повезаност, сасвим прецизно определи свој ставу погледу тога која понашања, односно чињења и пропуштања, када и под којим условима сматра дозвољеним, односно недозвољеним⁵. Међутим, како из читавог низа разлога законодавац није увек у прилици да успешно одговори на овај задатак, дешава се низ сасвим необичних појава. Дешава се, примера ради, да понашање које није у складу са правном нормом не буде санкционисано, али дешава се и то да понашање које је у складу са признатим овлашћењем ипак буде санкционисано. Последица тога је да, мада то компромитује правну сигурност на први поглед, вршење повереног субјективног права има различит правни третман у зависности од околности под којима је вршено.

Конкретно, друга ситуација, ситуација када се понашање које је формално усклађено са захтевима постављеним у правној норми за наш рад, али и везане радове у пројектном циклусу, особито је интересантна. Она је у категоријално-појмовном апарату који користи правна наука позната под називом „злоупотреба субјективних права“. Изузетно је интересантна за проучавање и честа је тема у свим областима права. Но, најчешће се овим питањем, бави теорија грађанског права. Превасходно, мада не и ексклузивно, у оним случајевима када је као последица вршења права за другог настала штета у најужем правном смислу те речи⁶.

⁴ С. Радуловић, *Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2015, 48.

⁵ *Ibid.*

⁶ Шкођење се најчешће манифестује као штета. Но, оно се може манифестовати и као каква друга нелагодност. Под појам нелагодности подводи се свака последица која се не може окарактерисати као проузрокована штета, али која је по оног према којем се право врши неповољна.

Вид. В. В. Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997, 11.

Институт забране злоупотребе субјективних права дефинише се на различите начине, а његова изградња и почеци примене везују се за различите временске периоде и гране права⁷. Ипак, без обзира на суптилне разлике које произлазе из теоријске педантерије, једно је извесно. Предметни правни институт има за циљ да покаже то да модеран законодавац, као и правни поредак у целини, имају далеко већа очекивања у погледу (не)вршења поверених правних овлашћења, као и то да се та очекивања протежу и ван круга омеђенога на хроним начелима „*qui iure suo utitur neminem laedit*“ и „*feci, sed feci iure*“, а према којима је објективно право у стриктној језичкој интерпретацији једини стандард исправности понашања⁸. Објективно право није апсолутни стандард исправности понашања. Мада је контраинтуитивно, управо ради максималног остваривања субјективних права потребно је, не њихово проширење, већ њихово ограничавање и то не само нормом која их одређује⁹. Ограничења су потребна на практично свим нивоима примене права и то као коректив законодавчеве вишеструке несавршености. Дакле, проширење захтева које правни поредак поставља чак и давањем овлашћења било је неопходно јер би супротно универзалној тенденцији морализације и социјализације грађанског права било дозволити да титулар права вршећи своје право неке нанесе штету или му нашкоди на какав други начин. Изостанак негативних последица за титулара права који је нанео штету вршећи своје право, нарочито у ситуацијама када је субјективно право вршио управо са намером да штетне последице произведе, у модерним правним порецимане би могао да нађе своје оправдање.

Концепција забране злоупотребе субјективних права, мада је вишеструко уграђена у правне текстове, и данас има својих противника¹⁰. Са

Упор. С. Радуловић, *Ibid*, 58.

⁷ У том смислу : Г. Вукадиновић, „Темељи забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 11; М. Лазих, „Злоупотреба права својине у суседским односима“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 111-117; Р. Ковачевић Куштримовић, „Домен примене начела забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 17 и даље.

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

⁸ „Забрана злоупотребе значи једну врло просту ствар. Одговара за накнаду штете сваки онај који је вршио своје право једино из пакости према оштећеном [...] и уопште, сваки онај који је употребљавао своје право без икакве зле намере, али на ненормалан начин, и услед тога проузроковао другоме штету [...]“ (М. Константиновић, „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4, 1982, 269).

⁹ Вид. Р. Лукић, *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976, 178.

¹⁰ А. Алишани, „Начело забране злоупотребе права“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина*, 1996, 48-49; В. В. Водинелић, *op. cit.*, 195 и даље; Н. Перић, *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, Докторска теза, Београд, 1912, 46 и даље

аргументацијом противника ове концепције, у начелу, не можемо се сложити. Но, све и да није тако, све и да претеже аргументација коју ова школа мишљења нуди, без уласка у аргументацију нашег става, сматрамо да није могуће, а ни пожељно, пренебрегнути чињеницу да је концепција забране злоупотребе субјективних права део нашег правног поретка, али и део наше правне традиције. Као такву је апсолутно морамо уважити.

С тим сазнањем, дакле, морамо уважити и факт да у правном поретку Републике Србије, а то смо већ истакли у радовима из овог пројектног циклуса, вршење субјективног права може бити и услов одговорности и извињавајућа околност. С тим у вези, иако је много упитних момената, једно је јасно – вршење субјективног права у истој ситуацији не може бити и једно и друго. Оно може у конкретном случају бити или афирмација или негација права, али никако оба истовремено. Но, исто тако јасно је да би динамика правног живота била озбиљно нарушена уколико би поступајући суд у свакој појединачној ситуацији када вага аргументе да ли да усвоји захтев за накнаду штете био обавезан да се упусти у сложен процес испитивања да ли је у конкретном случају штета нанета вршењем повереног овлашћења, те уколико јесте, да ли је право вршено на морално и социјално прихватљив начин. Такво поступање могло би се сматрати потпуно нерационалним и неекономичним, а засигурно не би водило окончању поступка у разумном року како то процесне норме и заповедају. Стога, јасно је, формирање презумпција, те правилна и правична расподела терета доказивања међу учесницима поступка, од круцијалне је важности.

С тим у вези одмах ваља нагласити да суд суштински није у обавези да трага за одговором на прво питање – питање да ли је штета настала вршењем права или је она резултат противправног понашања штетника. Наиме, наше позитивно право заснивање одговорности за насталу штету условљава постојањем штете, узрочно-последичне везе између радње и настале штете, затим и, данас у све ређим ситуацијама, постојањем кривице. Будући да противправност није, барем не изричито, постављена као услов одговорности, суд није у обавези да трага да ли је штета узрокована противправним понашањем. Начелно, испуњеност претходна три услова сасвим је довољна за заснивање одговорности.

Заправо, да будемо прецизнији, ми искрено верујемо да је противправност постављена као услов одговорности према правилима позитивног грађанског права и индиректно и директно. Стога, уколико је наше резонување исправно, као да произлази закључак да се противправност претпоставља. Наиме, оштећени није у обавези да доказује постојање противправног понашања, нити ће суд бити у обавези да по службеној дужности испита да ли је штета настала као последица правно допуштеног или недопуштеног понашања. Таква обавеза за суд настаје само онда када се штетник, у покушају да на материјалноправном терену издејствује одбијање

тужбеног захтева, позове на приговор „вршења свог права“. Само тада суд ће ценити да ли се штетник понашао формалноправно исправно када је штету проузроковао. Мимо тога овим се питањем суд неће бавити.

Будући да је тако, једини закључак је да се противправност, онда када је резултат нечијег понашања штета у правном смислу те речи, претпоставља. Уосталом, и постојање кривице у одређеном степену, па и узрочне везе када је штета нанета коришћењем опасне ствари или вршењем опасне делатности, се претпоставља. Стога, такав закључак не би био потпуно необичан.

Из тога произлази, мада не као сасвим очигледан, следећи закључак. Према поставци важећег одштетног права претпоставља се да штета, неспорно нежељена последица са становишта правног поретка, настаје као последица противправног понашања. Не претпоставља се да је штета последица правно допуштеног понашања. Само изузетно, онда када оштећени успешно супротстави (против) приговор „злоупотребе права“ на претходно уложени приговор „вршења свог права“ од стране штетника, само тада ће суд испитивати да ли је нежељена последица резултат формално исправног понашања. Дакле, противправност се претпоставља само онда када је резултат нечијег понашања нежељена последица у виду штете. Произлази даље да се настанак штете који је резултат формално исправног понашања мора доказати, тим пре јер је штетнику који се позива на вршење свог права сасвим довољно да укаже на постојање норме која га је на одређено понашање овластила. Из свега наведеног произлази и закључак да се вршење права сматра за афирмацију права. Прецизније, претпоставка је (мада релативна, а не апсолутна), ако немамо штету као последицу нечијег понашања, да је право вршено на адекватан начин и да је самим тим афирмација права.

2. КОНСТИТУЕНСИ ЗАБРАНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА

Међу присталицама схватања о томе да је право могуће, ма како то контрадикторно звучало, употребити и на начин који није прихватљив са становишта права, ипак нема консензуса око тога када се сматра да је једно право заиста злоупотребљено. Другим речима, није сасвим јасно одређено који је то тренутак када се вршење права претвара у противправно понашање и када се нешто што је, начелно барем, афирмација права претвара у његову негацију.

Уз дозу неопходне генерализације коју рад ове усмерености и обима захтева, налазимо два потенцијална одговора на ово питање. Прва могућност је да исправност вршења права тестирамо кроз психички однос субјекта права као починиоца штете према негативним последицама које из вршења права произлазе. У тим случајевима, када се титулар права води само

шिकанозним намерама, то јест поступа са циљем да вршењем свог субјективног права нашкоди другом, а нема никакав други циљ, или пак има други циљ, али је он секундаран у односу на намеру да другом својим вршењем права нашкоди, можемо наћи елементе злоупотребе права¹¹.

Међутим, одговор на питање да ли је право вршено на исправан начин заснован искључиво на субјективним моментима везаним за вршење конкретног права, мада је лаичком размишљању та логика блиска, данас се не сматра задовољавајућим. Први разлог своди се на немогућност изналагања сасвим правичног система расподеле терета доказивања у пракси тешко доказивих психичких момената. Но, други, чини се далеко битнији, разлог је тај што злоупотреба субјективних права постоји и независно од воље починиоца и то као објективна чињеница *per se*. Њено постојање не може бити занемарено у оним случајевима у пракси када заиста нема пакосних или шиканозних намера, директних или евентуалних. То што постојање таквих намера у судском поступку није утврђено не значи по аутоматизму да да нема злоупотребе и да нема штетних последица. Такав закључак био би, најблаже речено, преурањен. Ово из разлога што за оног који пати као последица туђе злоупотребе права није важно да ли је нелагода настала зато што постоји зла намера код злоупотребиоца или не. За онога према којем се право абузивно врши битно је једино то што трпи оштећење, а оно се не повећава ако зло намере има, нити смањује ако је нема¹²

Управо на темељу тог размишљања, које иначе и ми делимо, друга метода испитивања да ли је право вршено на адекватан начин сматра се више прихватљивом. Ова метода пажњу онога ко испитује квалитет понашања преусмерава са субјективних околности на страни починиоца штетена чињенице које егзистирају ван његове психе, то јест на оне правне чињенице које постоје на објективном плану. Стога, филтер квалитета вршења права значајно је другачији, строжији, значајно комплекснији, разуђенији, асматрамо и прецизнији¹³.

Филтер о којем говоримо, тачније скуп филтера, у теорији права одомаћио се под називом „конституенци злоупотребе права“. Они, критеријуми или конституенци забране злоупотребе права представљају

¹¹ Вид. С. Радуловић, *Ibid*, 58-59

¹² Упор. Р. Лукић, *Op. cit.*, 179.

¹³ Све то захваљујући у највећој мери раду проф. В. В. Водинелића, широј јавности презентованом у цитираној монографији под називом „Такозвана злоупотреба права“, али и радовима проистеклих из истраживања које јој је претходило Вид. В. В. Водинелић, „Конкретизовање забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 39-69; В. В. Водинелић, „Субјективна или објективна конструкција злоупотребе права – кључна и непремостива разлика“, *Архив за правне и друштвене науке*, 82, 1-3, 1996, 77-89.

конкретизацију општих формула којима се злоупотреба забрањује и имају за циљ да онемогуће арбитрарност и самовољу суда¹⁴. Мада звучи парадоксално, исти ти критеријуми истовремено шире аутономију суда будући да, као и други правни стандарди, служе као сигурносни вентил за корекцију раније помињаних законодавчевих несавршености на нивоу мисли и идеја, те превазилажење бројних препрека у процесу преношења истих кроз правну норму. Прецизније, они омогућавају судији да санкционише недостатак интереса у вршењу права, исправи поремећај равнотеже интереса грађанскоправних односа, супротстави се анормалном вршењу права, спречи скретање права са назначене социјалне и/или економске функције, најзад и да га учини компатибилним процесу социјализације и морализације права када је право вршено на непоштеђујући начин¹⁵.

Уз уважавање ове чињенице, произлази даље да конституенци злоупотребе права, у првом реду, чине границу између правно дозвољеног и правно недозвољеног вршења права. Они дефинишу када је тачно једно понашање које је у складу са правном нормом заиста усклађено и са неким вишим принципима и као такво пожељно, а када ће одређено понашање, иако је нормативистички гледано у складу са правном нормом, бити санкционисано¹⁶.

Ипак, ваља бити обазрив. Од поменутих критеријума не треба правити фетиш. Они су само руководни принцип у процесу испитивања и налажења границе између права и неправа, али не и чврста перфектна правна норма императивног карактера у најужем смислу те речи. Штавише, они болују од читавог низа мањкавости. С правом је примећено да поменута граница између права и неправа није овим критеријумима сасвим прецизно одређена – она то ни не може бити обзиром на општост, али и више значност неких критеријума¹⁷. Међутим, ова граница одређена је барем у оној мери у којој је овим критеријумима одређена граница између дозвољеног и недозвољеног вршења права, ако не и прецизније, дакле, у сасвим задовољавајућој мери¹⁸. Шта то значи из перспективе овог рада?

Из перспективе овог рада то значи да конституенци злоупотребе права играју особену улогу (на нивоу правнотеоријских промишљања). Они омогућавају изналагање одговора, најпре на питање да ли је вршење права афирмација права или његова негација, али и на питање када има основа да се преиспита исправност претпоставке да је вршење субјективног права допринело афирмацији права уопште. Уколико су остварени елементи на

¹⁴ Р. Ковачевић-Куштримовић, *op. cit.*, 21

¹⁵ Упор. М. Лазих, *op. cit.*, 112.

¹⁶ С. Радуловић, *Ibid.*, 59.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

основу којих се процењује испуњеност неког од појединачних критеријума, оштећени стиче могућност да на уложени приговор „вршења сопственог права“ одговори контраприговором да је право вршено на недопуштен начин, то јест да је злоупотребљено. Прецизније, онда када се конкретно понашање, иако формално представља вршење права, у свом садржинском смислу поклапа са описом било којег од конституенаса злоупотребе права, било неком од побројаних, било неког новоформираног у аргументованом образложењу креативне судске пресуде, претпоставка да је вршење право промовисало правни поредак и његове вредности бива оборена. У том конкретном случају сматра се да је вршење субјективног права, заправо, негација права.

3. КА ЗАКЉУЧЦИМА

Када анализирамо улогу вршења субјективног права у (грађанско) правном поретку, евентуално конкретног овлашћења које се из њега деривира, поготово уколико не полазимо од уобичајене и сасвим логичне претпоставке да је вршење субјективног увек афирмација објективног права, можемо доћи до врло занимљивих закључака. Наиме, уколико право сведемо на његов формални исказ – норму интерпретирану објективистички и према стриктним правилима језичког тумачења, нема недоумица: вршење права је увек његова афирмација или барем није његова негација. Ово важи без обзира на евентуално присуство било какве нежељене последице која је настала као резултат вршења права.

Међутим, уколико право посматрамо, не као стриктну математичку формулу „ако-онда“ , већ као вредност, ситуација је далеко другачија. Прецизније, ако појам права у категоријално-појмовном апарату одредимо као цивилизацијску тековину која прати и уважава еволуцију људског друштва и поимања исправног, онда сматрамо да је право променљива категорија. Оно изнова доживљава „вредносну метаморфозу“, а тенденција преображавања коју можемо уочити указује на морализацију и социјализацију права. Све то у смислу изласка права из „своје правно позитивистичке учмалости“¹⁹. Један од резултата непрекинутог тока ове тенденције је и та да, будући да се појам права тумачи шире, вршење субјективног права, у зависности од последица, не доприноси увек и искључиво његовој афирмацији.

Право у објективном смислу је, наиме, средство, а не циљ. Оно је ту да обезбеди амбијент погодан за остваривање циљева који проистичу из

¹⁹ М. Трајковић, „Вредносна метаморфоза права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 63, 2012, 215.

вредносних поставки конкретног друштва. Исто важи и за конкретна субјективна права, као и свако појединачно овлашћење, које из њега проистиче. Сва она су подређена пројектованим циљевима, а никако нису изнад њих.

И управо зато – говоримо из перспективе грађанског права, мада слично важи, сматрамо, без изузетка за све друге гране права – може се десити да једно понашање које се надовезује на овлашћење дато конкретним субјективним правом ипак не буде исправно. Наше истраживање показује недвосмислено да то није правило. Правило је да је вршење права исправно. Штавише, то се и претпоставља. Но, уколико као последица вршења права произлази последица која компромитује пројектоване циљеве друштва – а један од циљева који не сме бити компромитован засигурно је одсуство штете у правном смислу – постоји могућност да се једно понашање, мада формално исправно, огласи за негацију права и као такво санкционише.

Да ли ће се то десити зависи од много фактора. Првенствено, ипак, зависи од моћи оштећеног да, проводећи понашање штетника кроз филтере злоупотребе права, докаже да постоје одступања која се могу интерпретирати као испуњење скупа услова које конкретни конституенс злоупотребе промовише. Уколико су те тврдње оштећеног према слободном судијском уверењу доказане у довољној мери, објективно право ће бити кориговано, то јест прецизирано формалном судском одлуком, како се не би дешавало да убудуће конкретно субјективно право буде погрешно интерпретирано и коришћено на начин који не доприноси афирмацији права.

Srđan RADULOVIĆ, LL.D.

Assistant Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

EXERCISE OF RIGHTS – BETWEEN AFFIRMATION AND NEGATION OF LAW

Summary

Exercise of rights can be and usually is interpreted as a process of bringing Law into a life. However, depending on circumstances or the manner it is exercised, exercise of right can also be interpreted as a negation of Law. According to norms of legal system of Republic of Serbia this happens when right, or certain permission that derives from this right, is practiced in the way that is not in line with goals projected through the norm which establishes the right.

Of course, it is obvious that exercise of right cannot be both affirmation and negation of Law at the same time. Though theoretically exercise of right levitates between those two, in actual case exercise of right can only be permitted or forbidden. So, since legislator is not pleased with formal existence of right, and insists on quality of rights exercise, in this article we examine qualitative evaluation criteria's of rights exercise.

Keywords: *abuse of rights, unlawfulness, damage, civil liability.*

ЛИТЕРАТУРА

- Алишани, А., „Начело забране злоупотребе права“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, 1996, 45-58
- Водинелић, В. В., „Конкретизовање забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 39-69
- Водинелић, В. В., „Субјективна или објективна конструкција злоупотребе права – кључна и непремостива разлика“, *Архив за правне и друштвене науке*, 82, 1-3, 1996, 77-89
- Водинелић, В. В.: *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997
- Вукадиновић, Г., „Темељи забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 11-17
- Ковачевић Куштримовић, Р., „Домен примене начела забране злоупотребе права“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 17-31
- Константиновић, М., „Забрана злоупотребе права и социјализација права“, *Анали Правног факултета у Београду*, 3-4, 1982, 261-281
- Лазић, М., „Злоупотреба права својине у суседским односима“, *Зборник радова „Злоупотреба права“*, Ниш, 1996, 108-119
- Лукић, Р., *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, 1976
- Марковић, Ч. М., „Злоупотреба права у грађанском парничном поступку“, *Архив за правне и друштвене науке*, 88/3, 2002, 419-433
- Перић, Н.: *Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство*, Докторска теза, Београд, 1912,
- Радуловић, С., „Вршење права као „негативни“ услов одговорности за штету“, *Зборник радова „Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији“*, св. 1, 2019, 135-146
- Радуловић, С., „Вршење права као „позитивни“ услов одговорности за штету“, *Зборник радова „Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији“*, св. 2, 2020, 121-133
- Радуловић, С., *Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос*, Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2015
- Трајковић, М., „Вредносна метаморфоза права“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 63, 2012, 207-216

Др Гордана ДАМЈАНОВИЋ*

347.775

ПОСЛОВНА ТАЈНА

1. УВОД

Апстракт: Сврха заштите пословне тајне је да се законски санкционише сваки чин неовлашћеног откривања, умножавања, стицања или коришћења од стране трећих лица поверљивих информација које законски контролише носилац пословне тајне (физичко или правно лице). Доношењем новог Закона о заштити пословне тајне 2021. године измењена је дефиниција пословне тајне, информације – да би биле заштићене као пословна тајна – не би требало да буду опште познате, односно доступне трећим лицима, треба да имају одређену комерцијалну вредност и као такве заштићене. Закон више не предвиђа услов да се коришћењем те тајне може остварити економска корист и нанети штета власнику пословне тајне. Законом су први пут прописане околности које је суд дужан да узме у обзир приликом разматрања тужбеног захтева, као што су: вредност и друга специфична својства пословне тајне, мере које су предузете ради заштите пословне тајне, понашање учиниоца када прибављање, коришћење или одавање пословне тајне, последице незаконите употребе или одавања пословне тајне, легитимни интереси странака и последице које би усвајање или одбијање потраживања могло имати по њих, легитимни интереси трећих лица, јавни интерес и заштиту основних права. Значај пословне тајне је у сталном порасту, што је повезано са чињеницом да је све компликованије и скупље штитити одређене податке као патент или друго регистровано право интелектуалне својине. Због тога је често боље и исплативије да власник по могућности чува пословну тајну, посебно ако је у конкретном случају остваривање заштите по основу уписаног права интелектуалне својине отежано или немогуће због услова заштите.

Кључне речи: *пословна тајна, патенти, проналазак, повреда, накнада штете.*

* Доцент, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, gordana.damjanovic@pr.ac.rs

2. ПОСЛОВНЕ ТАЈНЕ И ПАТЕНТИ

Заштита патената је скупа, посебно процедура за доделу патента која може да потраје и деценију! Проналазачи се суочавају са изазовом да ли да заштите проналазак патентом или да га чувају као пословну тајну? Тајна са собом носи ризик од откривања, а проналазач нема субјективно право на њу као у случају патента. Решење овог проблема, које се најчешће примењује у пракси, је комбинација патената и пословних тајни. Проналасци су заштићени патентом, а пратећа техничка знања, која не испуњавају услове за заштиту патента, заштићена су као пословна тајна.

Подношење патентних пријава и надгледање могућих кршења проузрокује значајне трошкове. Стога компаније са ограниченим финансијским средствима могу да бирају методе заштите које захтевају ниже трошкове, као што је тајност. Најзначајнији разлог зашто се мала стартап-предузећа и мале високотехнолошке компаније уздржавају од патентирања су трошкови који су са њима повезани. Истраживање спроведено на основу података из УК 2013. показало је да компаније које тврде да имају ограничено финансирање иновационих активности преферирају тајност у односу на патентирање, док веће компаније често користе предности патената.¹

Пословна тајна има важну улогу у размени знања између истраживачких институција и привредних друштава, посебно малих и средњих предузећа. Један од основних стубова светске економије, а посебно оних у транзицији, чине мала и средња предузећа. Она обезбеђују већину радних места и креирају нова, дају највећи допринос у додатој вредности, обрту, профиту, а у најразвијенијим економијама и извозу. Данас, у условима динамичне развојне конкуренције, предузећа траже своју шансу за опстанак, раст и развој свог пословања заснованог на знању и вештинама, флексибилности, инвентивности и у брзини одговора на тржишне сигнале и промене у пословном окружењу. У том процесу, МСП се све теже развијају изоловано, без сарадње са центрима знања (универзитетима, институтима, лабораторијама...), пружаоцима саветодавних услуга, јавним институцијама и истовремено са другим МСП, врло често удружујући се у различите форме пословних удружења. Имајући у виду различите фазе у развоју производа или услуге и бројност актера у пословном окружењу, интелектуална својина и њена заштита имају све већу тежину у свакодневном пословању МСП².

¹ Заштита иновација кроз пословне тајне и патенте „<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en>, 23.08.2021.

² Мала и средња предузећа и интелектуална својина „https://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/studija_mps_is.pdf, 21. 06.2021.

Пословна тајна има важну улогу у размени знања између истраживачких институција и привредних друштава, посебно малих и средњих предузећа.

Нови Закон о заштити пословне тајне³ усклађен је са Директивом ЕУ о заштити неоткривених знања и искустава и пословних информација од незаконитог прибављања, коришћења и откривања из 2016. године⁴. Закон је донет са циљем да се привредним субјектима који одређене пословне информације чувају у тајности, обезбеди адекватна заштита од њиховог неовлашћеног прибављања, откривања или коришћења. Привредни субјекти, поред поступака производње, у тајности често држе своје пословне и финансијске планове, резултате испитивања тржишта, листе добављача и клијената, рекламне стратегије и друге информације које им обезбеђују конкурентност на тржишту. Неовлашћеним откривањем или коришћењем ових информација привредним субјектима се може нанети озбиљна материјална штета.

Она се такође користи да би се заштитио проналазак у току поступка подношења пријаве патента, као и подаци које патент не обухвата, или који не могу да буду патентирани (нпр. листе пословних партнера и клијената, пословне стратегије, стратегије рекламне кампање, и сл.). Смисао заштите пословне тајне је да се правно санкционише сваки акт неовлашћеног откривања, умножавања стицања од стране трећих лица, поверљивих информација које законито контролише држалац пословне тајне.

Значај пословних тајни константно расте, што је повезано са чињеницом да је све компликованије и скупле да се одређене информације заштите као патент или друго регистровано право интелектуалне својине. Због тога је за власника боље да очува пословну тајну ако је то могуће, нарочито ако је у конкретном случају остваривање заштите по основу регистрованог права интелектуалне својине отежано или онемогућено због услова те заштите.

2.1. Патент

Патент је право које припада физичком или правном лицу, којим се штити одређени проналазак. Носилац патента стиче искључиво и апсолутно право коришћења, располагања и право остваривања накнаде уколико друго лице користи проналазак (имовинско правна овлашћења). Ако је носилац

³ Закон о заштити пословне тајне, Сл. гласник РС бр. 53 2.

⁴ Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Text with EEA relevance), OJ L 157, 15.6.2016

права на патент и проналазач, њему припада морално право да буде назначен као такав у свим исправама које се односе на патент.

Поред позитивног овлашћења да економски експлоатише проналазак, титулару права припада и негативно овлашћење забране свим трећим лицима у погледу искоришћавања заштићеног проналаска. Али, патент подлеже и ограничењима која представљају покушај уравнотежења интереса титулара и интереса зједнице. Ограничења могу бити предвиђена из многих разлога, који могу бити етички, затим, ради уважавања потребе појединаца, због потребе несметаног одвијања међународног саобраћаја или у циљу омогућавања даљег техничког развоја.

Да би проналазак уживао заштиту у облику патента мора да испуњава услове који су прописани Законом о патентима, а то су новост, инвентивност и индустријска примењивост.⁵

Проналазач мора да створи нешто оригинално, засновано на истраживањима и машти, чак и ако се при том ослања на старе податке и проналаске.

Као ни већина патентних закона у свету, ни наш ЗОП не садржи дефиницију проналаска, већ садржи мешавину елемената дефиниције проналаска и услова који су потребни да би се проналазак заштитио патентом, а када се одвоје наведени услови, остаје да је проналазак техничко решење одређеног проблема.⁶

Да би овлашћено лице у надлежном органу могло да испита наведене услове, потребно је да је проналазак јасно и прецизно изложен својим техничким параметрима, јасно и прецизно описан битним карактеристикама које га дефинишу и чине различитим од других, а битне карактеристике су оне код којих је свака неопходна, а све узете заједно су довољне да предмет проналаска учине различитим и инвентивнијим од других решења из познатог стања технике.⁷

Проналазак је нов ако није садржан у стању технике, које чине две групе техничких решења која су постала доступна јавности (писменим или усменим описом, употребом, или на било који други начин), пре датума подношења пријаве за признање патента, било где у свету (апсолутна новост), било када пре подношења пријаве и на било који начин.

Другу групу чине техничка решења садржана у домаћим пријавама, али и она садржана у међународним пријавама према Уговору о сарадњи у области патената (закључен је на дипломатској конференцији у Вашингтону

⁵ Закон о патентима – ЗОП, („Службени гласник РС”, бр. 99/11, 113/17-др. закон, 95/18 и 66/19).

⁶ С. Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, 63.

⁷ С.Шарабох, В.Тешанкић, *Услови за стицање, критеријуми патентбилности, Интелектуална својина, Београд, бр. 29-30, јануар, 2009., 2.*

1970. године)⁸, у којима је назначена Србија, уколико су ушле у националну фазу, и у европским пријавама патената које су проширене за Србију и које имају ранији датум подношења од предметне пријаве, а које су објављене тог датума или касније. Ову групу пријава карактерише просторна ограниченост (на територију Србије), али и временска (пријаве поднете у периоду од 18 месеци пре подношења предметне пријаве).

У складу са Конвенцијом о европском патенту (КЕП⁹) у члану 7. ЗАП-а, прописано је да се проналасци супстанце или композиције сматрају новим и поред тога што су садржани у стању технике, под условом да се први пут примењују у једном од хируршких или дијагностичких поступака, или поступка лечења, који се примењују непосредно на живом људском или животињском телу, а који су искључени из патентне заштите.¹⁰

Овом такозваном „фармацеутском одредбом“ одступа се од основног принципа апсолутне новости, па се у случају проналаска прве примене одређене материје (која је већ садржана у стању технике) у хирургији, лечењу, или дијагностици, сматра да је та материја (фармацеутски производ) нова, и самим тим подобна за заштиту као проналазак фармацеутског производа. У овом случају се захтевана новост изводи из нове фармацеутске примене, дакле, прва примена познате материје као лека ствара фикцију новости саме материје како би могла да се патентира као лек (а не као поступак примене)¹¹.

Испитивање новости у надлежном органу (код нас је то Завод за интелектуалну својину) чини овлашћено лице, тако што најпре утврђује предмет проналаска на основу садржаја патентних захтева, затим, утврђује стање технике прибављањем релевантне патентне документације и, коначно, упоређује предмет проналаска са постојећим стањем технике.

Инвентивни ниво постоји, уколико решење техничког проблема на очигледан начин не произилази из постојећег стања технике, за стручњака у одговарајућој области.

Трећи услов који проналазак мора да испуни да би остварио заштиту у облику патента јесте индустријска примењљивост. ЗОП у члану 11. истиче да је проналазак индустријски примењљив ако се предмет проналаска може

⁸ Наша земља је чланица Уговора о сарадњи у области патената од 1. фебруара 1997. године, *Службени лист СРЈ-Међународни уговори и споразуми*, бр./96.

⁹ КЕП је закључена 5. октобра 1973. године у Минхену, ступила на снагу 7. октобра 1977. године, наша земља (тада Југославија) је ратификовала Конвенцију 29. августа 1996. године, и коначно донет је Закон о потврђивању КЕП –а, са изменама члана 63. од 17. децембра 1991. године и изменама од 29. новембра 2000. године, *Службени гласник РС-Међународни уговори бр.5/2010*.

¹⁰ чл.52, ст. КЕП-а, одн. чл.4, ст.1, тач.2 ЗОПат-а.

¹¹ С. Марковић, (1997.), 116.

произвести или употребити у било којој грани индустрије или пољопривреде. Примењљивост треба тумачити у складу са одредбама Париске конвенције од 20. марта 1883. године ¹²(чл.1 ст.3) која предвиђа да индустријска примењљивост поред индустрије обухвата и трговину, пољопривреду, прерађивачку индустрију, као и све фабричке и природне производе,¹³ док се у КЕП-у (члан 57.) каже да је проналазак индустријски примењљив ако његов предмет може бити произведен у било којој области индустрије, укључујући пољопривреду.

И поред тога што наша земља (још увек) није чланица ЕУ, те не постоји формална обавеза усклађивања прописа са прописима ЕУ, оно је неопходно због чињенице да европска правила садрже решења која су тековина дугогодишње успешне примене,¹⁴ али и због упућености на земље Уније, коју намеће развој нових технологија и глобализација економије.

2.2. Појам пословне тајне

Судске одлуке и правна доктрина заступају различите ставове о томе да ли заштиту пословне тајне треба спроводити у оквиру уговорног права, или у оквиру имовинског, па чак и кривичног права. Одговор на ово питање редовно полази од чињенице да су пословна тајна део највредније имовине привредних субјеката и да закон треба да заштити ту имовину како би оне који су злоупотребили поверење носилаца пословне тајне спречили да остваре економску корист. Тако се прва објашњења за правну заштиту пословне тајне односе на злоупотребу поверења, а имајући у виду да се повреда пословне тајне најчешће везује за радни однос, ову пословну тајну треба сматрати повредом уговора.

Међутим, заштита пословне тајне превазилази однос између послодавца и запосленог, јер повреду може учинити и треће лице које би тајну прибавило на незаконит начин, на пример крађом. С тим у вези, појавила су се мишљења да право на професионалну тајну треба заштитити као право својине. Међутим, право пословне тајне не може се третирати као класично право својине, већ је то више право интелектуалне својине. То је, додуше, битно другачије од права на патент, сличности са ауторским правом које штити одређене духовне креације од неовлашћеног копирања. Ако проналазак испуњава услове за патентирање онда ће предузеће бити суоцено

¹² Наша земља је чланица Конвенције од 26. фебруара 1921. године, а Конвенција је објављена у *Службеном листу СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 5/74.

¹³ В. Бесаровић, *Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право*, Београд 2005., 76.

¹⁴ П. Тијанић, „Предлог правила о комунитарном патенту“ *Правни живот*, 11/ 2004, 838.

са избором: да ли да проналазак сацува као пословну тајну, да ли да га заштити патентом или да осигура да нико други не може да га патентира захваљујући његовом откривању јавности и тако му обезбедити место у “јавном домену”.

Пословном тајном сматрају се информације које испуњавају следеће услове:

(1) представљају тајну јер нису у целини или у погледу структуре и скупа њихових саставних делова опште познате или лако доступне лицима која у оквиру својих активности уобичајено долазе у контакт са таквом врстом информација,

(2) имају комерцијалну вредност јер представљају тајну,

(3) лице које их законито контролише је у датим околностима предузело разумне мере како би сачувало њихову тајност¹⁵.

У оквиру категорије пословних информација које се чувају у тајности не мора се увек радити о информацијама које би се могле квалификовати као пословне тајне у смислу интелектуалног власништва. Наиме у оквиру ширег појма пословне тајне обухваћене су и друге врсте поверљивих пословних информација. Пословне тајне и привредне делатности међусобно су неодвојиво повезане и оне постоје од када је човек почео да привређује ради економске користи.

Кроз обавезу пореског обвезника да сарађује са пореским органом, да му доставља податке у пореске сврхе, као и да се о њима изјашњава, створен је простор да обвезник добрим делом открије и информације и податке из свог личног, породичног и професионалног живота. Отуда постоји потреба за законском регулативом заштите права пореских обвезника на поверљивост података. Порески обвезници у Србији имају право на поверљивост и тајност података.¹⁶

Да би биле пословне тајне, предметне информације не смеју бити опште познате јавности или особама ван компаније које су упућене у суштину информације. Да би пословна тајна заиста и била пословна тајна, информације морају бити довољно тајне да пружају стварну или потенцијалну економску и пословну предност или корист оне које информацију и поседује.

Пословном тајном сматра се било која информација која има комерцијалну вредност зато што није опште позната нити је доступна трећим

¹⁵ Чл. 2. Закон о заштити пословне тајне, Сл. гласник РС бр. 53 72.

¹⁶ С. Димић, Право пореских обвезника на поверљивост пореских података пред изазовима

међународне размене пореских информација, Људска права између идеала и изазова садашњости (зборник радова са научног скупа са међународним учешћем), Правни факултет Универзитета у Приштини, 2016., 242.

лицима која би њеним коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист, и која је од стране њеног држаоца заштићена одговарајућим мерама у складу са законом, пословном политиком, уговорним обавезама или одговарајућим стандардима у циљу очувања њене тајности, а чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету држаоцу пословне тајне.

Све пословне тајне су поверљиве информације. Но, неке пословне информације неће достићи ниво пословне тајне али такође се могу сматрати поверљивим. То може да укључује ону документацију, физичке предмете, категорије докумената који су означени као поверљиви. Даље, то могу бити и физичка подручја (делови зграде, просторије, ормарићи итд) која су означена као поверљива. Такође поверљивим се могу означити и процедуре, процеси и методе, рачунарски програми и све друге информације, предмете, локације и друго које компанија жели да третира на такав начин – као поверљиве.¹⁷

Законом је дата прецизнија дефиниција пословне тајне у односу на претходни Закон о заштити пословне тајне, нарочито увођењем мера које држалац пословне тајне мора да предузме за очување тајности информација.

Закон ове мере одређује изразом „разумне мере за очување тајности информација”, а које подразумевају, између осталог, израду интерног акта о руковању пословном тајном и кругу лица и њиховим правима и обавезама приликом руковања пословном тајном, или мере физичке или електронске заштите приступа и руковања пословном тајном. У том смислу, у односу на ранију формулацију „одговарајућих мера” коју је прописивао Претходни закон, а која није била прецизно одређена, Закон пружа конкретне примере, наводећи ехемили цауса шта се то сматра разумним мерама. Упркос томе што су мере за очување тајности информација у Закону наведене примера ради, чини се да би спровођење неке од побројаних мера од стране држаоца тајне у евентуалном спору олакшало доказивање да нека информација или податак представља пословну тајну. Још једна новина Закона представља и то што прописује одређене ситуације када ће се сматрати да је прибављање, коришћење и откривање информација које представљају пословну тајну законито.

- ако се до информације дошло независним открићем, или
- остваривањем права радника или представника радника на информисање и консултовање у складу са посебним прописима или прописима Европске уније, из Претходног закона је задржана и општа формулација да ће прибављање, коришћење и откривање информација бити

¹⁷ Пословна тајна, шта компанија треба да зна, <https://www.securitysee.com/2021/03/poslovna-tajna-sta-vasa-kompanija-treba-da-zna/>, 12.07.2021.

у складу са законом ако је извршено у складу са добрим пословним обичајима.

Исправе и подаци који представљају пословну тајну су техничко-технолошка решења и поступци који се примењују у производњи (пројекти, резултати истраживања, пробе, узорци, нацрти, модели, проналасци, патенти и лиценце и др.) као и подаци о усвајању нове и усавршавању постојеће производње, програми пословне политике, подаци о капацитетима, обиму и структури производње, подаци о набавкама робе и подаци о могућностима плаћа обавеза, о стању дуговања и потрживања, о кредитима и финансијском стању.

3. ПОВРЕДА ПОСЛОВНЕ ТАЈНЕ

Законом се предвиђа у којим случајевима је прибављање, коришћења и објављивање пословне тајне законито, а када је незаконито.

Држалац пословне тајне, као физичко или правно лице под чијом је законитом контролом пословна тајна, може у случају њене повреде поднети тужбу због повреде пословне тајне.

Тужбом може да захтева:

- утврђивање повреде;
- престанак повреде, или у зависности од случаја, забрану коришћења или откривања пословне тајне;
- забрану производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе којом је извршена повреда, односно забрану увоза, извоза или складиштења робе којом је извршена повреда у сврхе производње, нуђења, стављања у промет или коришћења робе;
- одређивање одговарајућих мера које се односе на робу којом је извршена повреда, које обухватају повлачење такве робе с тржишта, уклањање с робе својстава која је чине робом којом је извршена повреда пословне тајне или уништење робе којом је извршена повреда, односно ако је то оправдано, њено повлачење с тржишта, под условом да се повлачењем робе не угрожава заштита пословне тајне на коју се тужба односи;
- уништење у целини или делимично докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских докумената који садрже пословну тајну или који сами представљају пословну тајну или ако је примерено, предају тих докумената, предмета, материјала, супстанци или електронских докумената у целини или делимично тужиоцу.

Закон предвиђа да је активно легитимисан за подношење тужбе и стицалац лиценце, уколико је за то овлашћен на основу уговора или закона.

Тужба може да се поднесе у субјективном року од годину дана од дана када је тужилац сазнао за повреду и лице за које се сумња да је повредило пословну тајну, а најкасније у року од пет година од дана

учињене повреде или од дана последње учињене повреде ако се повреда врши континуирано (објективни рок).

Имајући у виду да незаконито откривање пословне тајне може да има веома негативан утицај на економске и друге интересе држаоца пословне тајне прописана је могућност да суд одреди привремене мере ако држалац пословне тајне учини вероватним да је дошло, или да ће доћи до незаконитог прибављања, коришћења или откривања пословне тајне.

3.1. Накнада штете због повреде пословне тајне

Штетом се означава губитак у вредности имовине, губитак уопште, пропуштена пријатност или доживљена непријатност. Штета представља последицу чињења или нечињења, односно пропуштања да се нешто учини од стране појединаца, државе, организација, али може настати од опасних ствари, животиња и др. Настанак штете доживљава се као непријатност, док њена накнада ствара могућност и прилику да се доживи нешто пријатно.. У правном смислу, штета не обухвата сваку врсту шкођења коју човек доживљава, него само оног који је достојан правне заштите. Управо у том правном смислу, штета представља сваки уштрб неког правно заштићеног добра, односно интереса који настаје мимо воље погођеног лица, и који је неко дужан да надокнади.¹⁸ Једна од најзначајнијих новина је да држалац односно стицалац лиценце има право на накнаду материјалне и нематеријалне штете ако је лице које је повредило пословну тајну знало или је морало да зна да учествује у незаконитом прибављању, коришћењу или откривању пословне тајне¹⁹.

Према општем режиму накнаде штете који је прописан важећим Законом о облигационим односима²⁰ и устаљеној судској пракси, правна лица до сада нису имала права на накнаду нематеријалне штете.

Носилац пословне тајне (и носилац лиценце) такође може захтевати накнаду штете од било ког лица које је знало или је требало да зна да учествује у незаконитим радњама у вези са пословном тајном.

Закон по први пут предвиђа околности које је суд дужан да узме у обзир при разматрању тужбеног захтева као што су: вредност и друге специфичне карактеристике пословне тајне, мере предузете ради заштите пословне тајне, понашање починиоца повреде приликом прибављања,

¹⁸ Д. Петровић, Накнада нематеријалне штете због повреда права правног лица, Правни хоризонти | година II , број 2, 2019,90.

¹⁹ чл. 8. Закон о заштити пословне тајне, Сл. Гласник РС, 5321.

²⁰ Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 18/2020).

коришћења или откривања пословне тајне, последице незаконитог коришћења или откривања пословне тајне, легитимне интересе странака и последице које би усвајање или одбијање тужбених захтева могло да има на њих, легитимне интересе трећих лица, јавни интерес и заштиту основних права.

Како нови Закон експлицитно инсистира да привредни субјекти у смислу мере заштите пословне тајне - њену заштиту уреде општим интерним актом, као и да је суд дужан да при процени основаности тужбеног захтева узме у обзир мере које су привредни субјекти преузели зарад њене заштите, практични савет привредним субјектима јесте да се преузму неопходни кораци како би се донео општи акт о заштити пословне тајне, као и предузимање других мера ради осигуравања фактичке и правне заштите својих информација.²¹

4. ЗАКЉУЧАК

Од успостављања стабилнијих стандарда за заштиту пословних тајни може се очекивати да подстакне и динамичнију размену пословних идеја на тржишту, сада када привредни субјекти имају поуздан законски основ заштите њихових поверљивих информација. Специфичност пословне тајне је да ужива законску заштиту све док њен власник успева да одржи тајну информације коју садржи. правна заштита пословне тајне није ванвременска, али није ни унапред ограничена на одређени период, односно на начин као уписана права интелектуалне својине.²² У земљама са системима тржишне привреде, како у земљама у развоју, тако и у развијеном свету, фер конкуренција између предузећа сматра се основним средством за задовољење понуде и тражње привреде, и служење интересима потрошача и друштва у целини. Надаље, конкуренција је једна од главних покретачких снага иновација. Закон о нелојалној конкуренцији, укључујући Закон о пословној тајни, сматра се неопходним да би се обезбедило поштено функционисање тржишта и промовисале иновације сузбијањем антиконкурентног пословног понашања.²³

²¹ Заштита пословне тајне по новом закону, <https://www.rsm.global/serbia/sr/uvidi/covid-19/zastita-poslovne-tajne-po-novom-zakonu>, 23. 07. 2021.

²²К. Јовичић, „Пословна тајна - утврђивање и основе заштите, Страни правни живот, 2019, 12.

²³ Frequently Asked Questions: Trade Secrets Basics, https://www.wipo.int/tradesecrets/en/tradesecrets_faqs.html, 21. 07. 2021.

Gordana DAMJANOVIĆ, LL.D.

Assistant Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

TRADE SECRET

Summary

The purpose of protecting a trade secret is to legally sanction any act of unauthorized disclosure, duplication, acquisition or use by third parties of confidential information legally controlled by the holder of a trade secret (natural or legal person). With the adoption of the new Law on the Protection of Business Secrets in 2021, the definition of business secrets was changed, information - in order to be protected as a business secret - should not be generally known, ie. available to third parties, should have some commercial value and be protected as such. The law no longer stipulates the condition that the use of that secret can achieve economic benefits and harm the owner of the business secret. For the first time, the law stipulates the circumstances that the court is obliged to take into account when considering a claim, such as: value and other specific characteristics of a trade secret, measures taken to protect a trade secret, conduct of the perpetrator when obtaining, using or disclosing a trade secret, consequences illegal use or disclosure of a trade secret, the legitimate interests of the parties and the consequences that the adoption or rejection of claims could have on them, the legitimate interests of third parties, the public interest and the protection of fundamental rights. The importance of trade secrets is constantly growing, which is related to the fact that it is becoming more complicated and expensive to protect certain information as a patent or other registered intellectual property right. Therefore, it is often better and more cost-effective for the owner to keep a business secret if possible, especially if in a specific case the realization of protection on the basis of a registered intellectual property right is difficult or impossible due to the conditions of that protection.

Keywords: *business secret, patents, invention, infringement, damages.*

ЛИТЕРАТУРА

Бесаровић В., Интелектуална својина, индустријска својина и ауторско право, Београд 2005.

Димић С., Право пореских обвезника на поверљивост пореских података пред изазовима међународне размене пореских информација, Људска права између идеала и изазова садашњости (зборник радова са научног скупа са међународним учешћем), Правни факултет Универзитета у Приштини, 2016.

Јовичић К., Пословна тајна - утврђивање и основе заштите, Страни правни живот, 2019.

Марковић С., Патентно право, Београд, 1997.

Петровић Д., Накнада нематеријалне штете због повреда права правног лица, Правни хоризонти | година II, број 2, 2019.

Тијанић П, „Предлог правила о комунитарном патенту“ *Правни живот*

Шарабох С, Тешанкић В., Услови за стицање, критеријуми патентбилности, Интелектуална својина, Београд

Заштита пословне тајне по новом закону,
<https://www.rsm.global/serbia/sr/uvidi/covid-19/zastita-poslovne-tajne-po-novom-zakonu>.

Frequently Asked Questions: Trade Secrets Basics,
https://www.wipo.int/tradesecrets/en/tradesecrets_faqs.html.

Заштита иновација кроз пословне тајне и патенте „,
<https://euipo.europa.eu/ohimportal/en>.

Мала и средња предузећа и интелектуална својина,
https://www.zis.gov.rs/upload/documents/pdf_sr/pdf/studija_mps_is.pdf.

Пословна тајна, ш та компанија треба да зна,
<https://www.securitysee.com/2021/03/poslovna-tajna-sta-vasa-kompanija-treba-da-zna/>.

Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93, "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003 - Уставна повеља и "Сл. гласник РС", бр. 18/2020.

Закон о заштити пословне тајне, Сл. Гласник РС, 53/21.

Закон о патентима – ЗОП, („Службени гласник РС”, бр. 99/11, 113/17-др. закон, 95/18 и 66/19).

Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (Text with EEA relevance), *OJ L 157, 15.6.2016*.

Др Данијела ПЕТРОВИЋ*

342.738(497.11)

351.75:621.397.4

ПОВРЕДА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ВИДЕО НАДЗОРОМ

Апстракт: Примена видео надзора постаје део свакодневног живота. Бројне предности у смислу превентивног деловања на потенцијалне починиоце кривичних дела или прекршаја утицале су на широку примену видео надзора и снимања. Чињеница да се снимањем може доћи до података о личности захтева информисање појединаца о томе да су подвидео надзором. Постављањем слика камера и натписа да је простор покривен видеонадзором сматра се да су сви који се у простору налазе информисани и да су пристали дабуду снимани. Уколико појединци нису информисани о постојању видео надзора можедоћи до повреде права на приватност и захтевима за накнадом штете која повредом правана приватност настаје. Важно је истаћи да је велики број услуга немогуће користитиуколико не желите да будете снимани. У том смислу је право на приватност угрожено,појединци су без обзира на то што не желе да буду снимани приморани да на то пристану.

Постојећа правна регулатива није посебно регулисала повреду права на приватност видеонадзором, већ се заштита права остварује у складу са Законом о заштити података оличности. Анализом у раду указује се на неопходност адекватног регулисања ове области идају препоруке и смернице за то.

Кључне речи: *право на приватност, видео надзор, људска права, накнада штете.*

УВОД

Развој технологије и софтвера утицао је на примену модерних достигнућа у свим сферама људског живота. Примена нових технологија је углавном оправдана и корисна јер олакшава животи рад људи, али неретко прекомерна и недовољно контролисана што може довести до угрожавања и повреде људских права. Чињеница да обим и потреба за видео надзором, као и обрада прикупљених података још увек нису адекватно регулисани ствара подстицаје за злоупотребу података, потешкоће и недоумице у вези са

* Доцент, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, daniijela.petrovic@pr.ac.rs

доменом који се може снимати, као и границе до које се може задирати у приватност појединаца.

Основна замисао у вези са применом технологије јесте да се помогне људима да свет ставе под контролу и живот учине предвидљивим, али је то измакло контроли те је створен „одбегли свет“ у коме су створене веће претње од оних које долазе споља.¹

Важно питање у вези са видео надзором јесте питање ефекта који се његовом применом остварује, односно питање ефикасности примене видео надзора. Веома је тешко утврдити конкретан допринос видео надзора у спречавању кривичних дела и инцидената уопште. Оно што је несумњиво јасно јесте да се снимањем долази до података о личности појединаца чиме њихово право на приватност може бити повређено или угрожено.

1. ПОЈМОВНО О ВИДЕО НАДЗОРУ

Под видео надзором се подразумева систем оптичке контроле и надзор путем камера који могу да поставе јавне власти и приватна лица.² Реч је о систему који обухвата већи број камера и дигитални снимач који врши обраду сигнала и дистрибуцију слике. Камере су повезане са контролним центром у коме се посматра и надгледа простор који је надзором покривен. Дигитални снимач је срж надзора и израђује се у више резолуција. Видео надзор се дефинише и као телевизијски систем у оквиру кога се сигнал не дистрибуира широј јавности, већ ограниченом кругу субјеката који путем праћења сигнала на мониторима врши надзор и друге безбедоносне функције на одређеном простору.³

Примена видео надзора отпочела је шездесетих година 20. века у Великој Британији⁴ и САД, али се интензивније користи последње две деценије. Сматра се да је примена видео надзора посебно добила на значају након терористичких напада у Њујорку и Вашингтону 2001. године и Лондону 2005. године.

У Србији, односно Београду примена видео надзора датира из 1978. године када је постављено 24 камера. Нових 60 камера постављено је због Универзијаде 2009. године, док је у оквиру пројекта „Безбедан град“

¹ Е. Gidens, *Odbegli svet*, Stubovi kulture, Beograd, 2005, 60.

² В. Димитријевић, Видео-надзор у јавном и приватном простору, *Правни записи*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, 2010, год. 1, бр. 2., 390-399.

³ А. R. Matchett, *CCTV for security professionals*, Elsevier Science, Burlington:2003, 236.

⁴ Деведесетих година 20. века Велика Британија је потрошила значајна средства (две трећине годишњег буџета) на увођење видео надзора, посебно након терористичког напада у коме су страдала двојица десетогодишних дечака, Р. Knepper, *How Situational Crime Prevention Contributes to Social Welfare*, *Liverpool Law Rev*, 2009, 30 (1), 57-75.

извршена замена старих и постављање нових камера. Висока резолуција постављених камера омогућила је полицији да пребројава људе на одређеном простору, препозна регистарске таблице, анализира прикупљени материјал и сл. Видео надзор у Београду данас чини систем који обухвата 262 локације које су покривене камерама и 40 камера које бележе саобраћајне прекршаје.⁵ Наведеном броју треба додати велики број камера инсталиран од стране појединаца, али и видео надзор који представља део интегрисаног система заштите банака, пошта, пословног простора.

Примена видео надзора у Републици Србији регулисана је посебним прописима. За потреберегулисања примене видео надзора раскрсница и саобраћајница у Београду донета је Обавезна инструкција о условима коришћења и одржавања система видео надзора. Инструкцијом су детаљно и стриктно регулисани права приступа, процедуре преузимања снимака из архиве, разграничене одговорности организационих јединица Полицијске управе и прецизиран начин одржавања система.⁶ Обезбеђење државне границе подразумева примену видео надзора у циљу прикупљања и евидентирања података, што је регулисано Законом о заштити државне границе.⁷ Обавеза примене видео надзора постоји и у случају организовања спортских догађаја што је предвиђено Законом о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама.⁸

Смисао видео надзора јесте повећање сигурности грађана, смањење страха од криминала, осигурање имовине и др. Увођење видео надзора и примена софтверских решења за аналитичку обраду видео материјала доприноси ефикасности рада полиције и повећању безбедности у заједници.

Видео надзор се може вршити камерама које су видљиве, али и камерама које се камуфлирају у разне предмете (сат, слику и сл.) што се моће подвести под тајни видео надзор.⁹ Примена тајног видео надзора може бити примењивана само у случају спречавања тешких кривичних дела и прекршаја.

⁵ Више на: <https://www.blic.rs/vesti/beograd/u-beogradu-su-p...15.09.2021>

⁶ Обавезна инструкција о условима коришћења и одржавања система видео надзора градских саобраћајница и раскрсница за град Београд, 2011, доступно на: <https://www.srbija.gov.rs/vest/152338>, 12.09. 2021.

⁷ Закон о заштити државне границе "Службени гласник РС", бр. 97 од 27. октобра 2008, 20 од 24. фебруара 2015 - др. закон

⁸ Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама ("Сл. гласник РС", бр. 67/2003, 101/2005 – др. закон, 90/2007, 72/2009 – др. закон, 111/2009, 104/2013 – др. закон и 87/2018).

⁹ И. Жарковић, Мере електронског надзора запослених и право на приватност на радном месту, *Журнал за криминалистику и право*, 2015, 171.

Масовна примена видео надзора остварена је захваљујући развоју и промени информационо - комуникационих технологија. Доступност средствима комуникације и примена информационих технологија утицали су на усложњавање праћења злоупотреба и стварала услов за појаву нових облика криминала.

2. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ВИДЕО НАДЗОРА

Једна од основних предности видео надзора јесте пораст јавне безбедности. Надзор јавног простора, али и приватног власништва, као и ефекат одвраћања који видео надзор има (или би требало да има) утиче на сигурност власника и укупну сигурност једног друштва. Примена видео надзора претпоставка је смањења нивоа криминала што представља предност његове примене. Потенцијални починиоци кривичног дела или прекршаја избегавају места која су под видео надзором, чиме се делимично може утицати на ниво криминала. Предност видео надзора у случају када су кривична дела или прекршаји већ учињени јесте идентификовање и хватање починиоца. Прикупљени снимци и подаци са снимака омогућавају откривање трагова и доказа у вези са делима која нису у складу са законом.

Значајне погодности примене видео надзора остварују се у области саобраћаја. Камере на семафорима утичу на понашање учесника у саобраћају, али и пружају информације о стању на путевима у реалном времену. У том смислу примена камера у саобраћају утиче на ниво квалитета и удобности живота.

Предности видео надзора упоређењу са људским посматрањем указују да је видео надзор далеко ефикаснији. Примена технологије омогућила је откривање детаља и особина невидљивих људском оку, значајно побољшала држање под контролом догађаја, чињеница и понашања која би могла да измакну пажњи посматрача на лицу места. Могућност праћења догађаја видео надзором омогућава прикупљање слика и снимака са више уређаја постављених на више локација што доприноси потпунијем сагледавању детаља важних за утврђивање чињеница. Значајна предност видео надзора односи се и на могућност чувања снимака и слика и њихово репродуковање за даље употребе.

Основни недостатак система видео надзора јесте злоупотреба прикупљеног материјала и података. Примена видео надзора може бити моћно средство уколико се примењује у складу са законом и наменом којој служи. Међутим може бити још моћније уколико се злоупотребљава. Злоупотреба видео надзора може настати из више разлога који се односе на криминалну

злоупотребу, институционалну злоупотребу, злоупотребу у личне сврхе, дискриминацију и воајерство.¹⁰

Чињеница да се видео надзором поред података о починиоцима кривичних дела, односно прекршаја може доћи и до података о појединцима који нису непосредни учесници у догађају, већ је реч о појединцима који су се случајно ту нашли, може да доведе до повреде права на приватност.

Једна од примедби на примену видео надзора односи се на високе трошкове које инсталирање система видео надзора узрокује. Критике се односе на (не)оправдано високе трошкове у односу на ограничене резултате примене. Наведене критике налазе основа у чињеници да се и поред значајног броја камера појединце који су склони ризику не могу да спрече у извршењу кривичног дела. То се посебно односи на терористе, бомбаше самоубице и сл.

У дефинисању потребе за видео надзором неопходно је наћи равнотежу између јавне сигурности и приватности. Иако је заштита људских права и права на приватост важна и неопходна, примат сигурно има јавна безбедност.

3. (НЕ)ЕФИКАСНОСТ ВИДЕО НАДЗОРА

Подељена су мишљења о ефекту видео надзора на ниво безбедности и криминала. Истраживањима која су реализована у развијеним земљама Европе и САД упоређиван је ниво криминала пре и после инсталирања видео надзора. Добијени резултати указују на утицај видео надзора на ниво криминала, али и на чињеницу да видео надзор различито утиче на различита кривична дела.

У оквиру истраживања које је реализовано у Великој Британији 2002. године којим је било обухваћено 22 локације указано је на значајан утицај видео надзора на смањење имовинских кривичних дела, али не и насилних.¹¹ У оквиру каснијег истраживања утицаја видео надзора на ниво и врсте криминала утврђено је да је смањење криминала на паркинзима било чак 51%, али да није било значајнијег смањења нивоа криминала у оквиру стамбених зграда, јавног превоза и у самом центру града.¹²

Истраживање ефикасности видео надзора у смањењу криминала у оквиру шведске студије показало је смањење криминала у распону од 24 -

¹⁰ What's Wrong With Public Video Surveillance? – American Civil Liberties Union, доступно на: <https://www.aclu.org/other>, 15.09.2021

¹¹ B. C. Welsh, D. Farrington, Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review, 2002, 6-7.

¹² B. C. Welsh & D. P. Farrington Public Area CCTV and Crime Prevention: An Updated Systematic Review and Meta-Analysis, *Justice Quarterly*, 26:4, 2009, 716-745.

28% на улицама и градским станицама подземне железнице, али без позитивних ефеката на паркиралиштима или приградским станицама подземне железнице. Такође је указано да видео надзор може помоћи у смањењу проблема на фудбалским стадионима и у смањењу крађе у продавницама робе широке потрошње.¹³

Видео надзор је средство које може да буде од користи у смањењу нивоа криминала. Да ли ће и колико ниво криминала бити смањен зависи и од способности људи који врше надзор над системом камера и капацитета полиције да на снимљене проблеме реагује.

4. ВИДЕО НАДЗОР И ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ

Примена видео надзора у циљу очувања јавног реда и мира, односно безбедности у једном друштву оправдана је, пожељна и неспорна. Прикупљање података о појединцима, њихова неадекватна обрада или злоупотреба јесу спорни и озбиљна су претња повреди људских права, пре свега права на приватност.

Повредама права на приватност видео надзором доприноси то што заштита овог права није адекватно регулисана. Право на приватност се сматра природним правом сваког појединца, правом које се по себи подразумева, те се сматра да његова посебна заштита и није неопходна. Све учесталије повреде овог права, чињеница да није јасно дефинисана приватна сфера живота сваког појединца, ни утврђена граница преко које не сме задирати у приватни живот, захтевају адекватно уређење ове области. Инсистирање на заштити права на приватност неопходно је и због чињенице да смо на повреду овог права као појединци и те како осетљиви. Постојећа правна регулатива у Републици Србији није посебно регулисала повреду права на приватност видеонадзором, већ се заштита права остварује у складу са Законом о заштити података личности.¹⁴ Поред Закона о заштити података о личности заштита права на приватност делом се остварује у

¹³ G. Alexandrie, Surveillance cameras and crime: a review of randomized and natural experiments, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* Volume 18, 2017 - Issue 2, 210-222.

¹⁴ Под „податком о личности“ се према закону подразумева сваки податак који се односи на физико лице чији је идентитет одређен или одредив, непосредно или посредно, посебно на основу ознаке идентитета, као што је идентификациони број, податак о локацији, идентификатора у електронским комуникационим мрежама или једног, односно више обележја његовог физичког, физиолошког, генетског, менталног, економског, културног и друштвеног идентитета.¹⁴ Свака информација о физичком лицу без обзира на носач информације (филм, електронски медиј, трака и сл.) сматра се податком о личности, чл. 4. ст.1. Закона о заштити података о личности, „Сл. гласник РС“, бр. 87/2018.

законима који се односе на социјалну заштиту, обезбеђење, закону области здравства, саобраћаја, игара на срећу и сл.

Неадекватна заштита повреде права на приватност присутна је и развијеним земљама света. Због неадекватаног законског оквира и регулативе велике компаније као што су Микрософт¹⁵, ИБМ¹⁶, Амазон¹⁷ донеле су одлуку да забране продају својих софтвера за препознавање лица полицији док се не обезбеди адекватна заштита приватности грађана. Повреда права на приватност због коришћења технологије за препознавање лица била је предмет случаја на суду у коме је активистичка организација Либерти добила случај против полиције.¹⁸

Питање повреде права на приватност видео надзором поред повреда које могу настати као последица снимања на јавним местима може настати и у затвореном простору у оквиру институција, тржних центара, факултета и сл. У даљем тексту рада указујемо на бројне области у којима право на приватност може бити угрожено, односно повређено.

Једно од важнијих питања у вези са повредом права на приватност видео надзором јесте питање повреде права запослених. Питање приватности на радном месту је сложено и вишеструко. Примарна делатност привредног друштва не подразумева обраду података, али се у оквиру сваког привредног друштва обрађују подаци о личности.

Основни разлог електронског надзора послодавци виде у порасту продуктивности запослених, избегавање правне одговорности, спречавање неовлашћеног приступа и сл.¹⁹ Постоје ставови да се видео надзор не може користити у циљу контроле спровођења обавеза радника, већ у циљу заштите имовине послодавца и запослених. О постојању видео надзора неопходно је обавестити запослене, инсталирање камера се не може вршити по нахођењу послодавца, а надзор треба ограничити како би право на приватност било заштићено. Како у правној заштити постоји празнина у области заштите права на приватност запослених неопходно је едуковати запослене о њиховим правима. Уколико радник сматра да је његово право на приватност угрожено има право да поднесе тужбу за накнаду штете услед недозвољене

¹⁵ <https://www.vox.com/recode/2020/6/10/21287194/amazon-microsoft-ibm-facial-recognition-moratorium-police>

¹⁶ <https://www.forbes.com/sites/korihale/2020/06/15/amazon-microsoft--ibm-slightly-social-distancing-from-the-8-billion-facial-recognition-market/?sh=476878014a9a>

¹⁷ <https://www.theguardian.com/technology/2020/jun/10/amazon-rekognition-software-police-black-lives-matter>

¹⁸ <https://www.libertyhumanrights.org.uk/issue/liberty-wins-ground-breaking-victory-against-facial-recognition-tech/>

¹⁹ M. R. Bueckert, Electronic Employee Monitoring: Potential Reform Options, *The Law of Employee Monitoring in Canada*, Lexis Nexis Canada, 2009, 99–115.

обrade података. Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности у случају непоштовања и неспровођења Закона о заштити података о личности може по службеној дужности или по пријави лица чија су права повређена да изврши надзор и уколико утврди повреду Закона изрекне меру обуставе обраде података или брисање података о личности. Неспровођење закона може бити основ за покретање прекршајних поступака у којиме се по сваком причињеном прекршају може изрећи казна од 1.000.000 динара.²⁰

Јавности је познат случај Музеја Понишавља у Пироту у коме је инсталиран видео надзор који је превасходно требао да служи заштити имовине. Камера је без знања постављена и у радном простору у коме је боравило троје запослених, а снимљени материјал чуван је на рачунару директора. Изнад главног улаза у музеј постављен је микрофон, тако да су прислушкивани запослени, али и посетиоци музеја. Накнадним прегледом на лицу места утврђено је да видео надзора није било у просторијама где су се налазили музејски експонати, чак ни у Археолошком центру, али га је било у радној соби кустоса. Камере нису биле намењене чувању имовине музеја већ надгледању запослених због чега је Повереник за заштиту информација од јавног значаја и заштиту података о личности поднео кривичну пријаву против директора музеја због злоупотребе службеног положаја, неовлашћеног фотографисања, прислушкивања и снимања.²¹ Повереник је наложио уклањање камера јер је баланс између сврсисходности и приватности нарушен.

Повереник се огласио и поводом случаја који је изазвао реакцију јавности а односи се на случај Бершка и камера које су постављене на плафону у делу са кабинама за пресвлачење. Према надлежнима у Бершки су камере постављене само у делу где се налази благајна, али је повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности најавио отварање поступка надзора ради утврђивања чињеница.²² Уколико потрошачи посумњају да су снимани неопходно је да се обрате Поверенику.

Важно питање у вези са повредом права на приватност представља питање повреде овог права у оквиру затворских установа. Посебно питање

²⁰ Више на: <https://www.ekapija.com › news › oprezno-sa-video-nadzorom, 20.09.2021>

²¹ Sve što treba da znate o video nadzoru na poslu, доступно на: <https://poslovi.infostud.com › savet, 20.09.2021>

²² Исти случај забележен је у тржном центру Ванкдорф у Берну када су реаговале надлежне институције у Швајцарској. Утврђено је да камере које су постављене у Бершкој имају могућности снимања 360 степени што није дозвољено, јер снимањем у кабини угрожава приватност купаца. Решење је пронађено у постављању огласне табле којом се ограничава могућност снимања камера, <https://www.euronews.rs › Srbija › Društvo, 20.09. 2021>

представља превентива криминалитета у оквиру затворских установа, али и питање права на приватност затвореника на одслужењу казне. Основна намена видео надзора у затворима јесте праћење затвореника како би се спречила нежељена понашања и предупредили нежељени догађаји. Поред затвореника могуће је пратити и понашања затворског особља и могућности прекомерне употребе силе.

У установама за издржавање казне у Републици Србији видео надзором покривене су заједничке просторије и ходници, док ду спаваоне и тоалети без видео надзора. Овакав надзор у складу је са међународним стандардима, али је у исто време и ризичан, јер због великог броја осуђеника у собама постоји велики безбедоносни ризик.²³ Примена видео надзора у затворским установама омогућава већу контролу и интензивнију заштиту, али доприноси ограничавању права и слобода осуђеника што захтева адекватну регулацију ове области како би се остварила заштита права на приватност гарантована међународним документима.

Посебно важно питање када је реч о подацима о личности представља обрада прикупљених података.²⁴ Обрада података о личности мора бити законита, транспарентна, односно да има правни основ. Чланом 12. став 1. Закона обрада података је законита уколико је испуњен један од услова предвиђених законом.²⁵

²³ А. Batrićević, I. Stepanović, Video nadzor, bezbednost i pravo na privatnost u zatvorima, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja*, 2020 / Vol. XXXIX / 2-3/27-44.

²⁴ Под обрадом података подразумева се свака радња или скуп радњи које се врше аутоматизовано или неаутоматизовано са подацима о личности или њиховим скуповима, као што су прикупљање, бележење, разврставање, груписање, односно структурисање, похрањивање, уподобљавање или мењање, откривање, увид, употреба, откривање преносом, односно достављањем, умножавање, ширење или на други начин чињење доступним, упоређивање, ограничавање, брисање или уништавање, Чл. 4. ст.3. Закона о заштити података о личности, „Сл. гласник РС“, бр. 87/2018.

²⁵ Да би обрада података била законита неопходно је да буде испуњен један од следећих услова предвиђених законом:

- 1) лице на које се подаци о личности односе је пристало на обраду својих података о личности за једну или више посебно одређених сврха;
- 2) обрада је неопходна за извршење уговора закљученог са лицем на које се подаци односе или за предузимање радњи, на захтев лица на које се подаци односе, пре закључења уговора;
- 3) обрада је неопходна у циљу поштовања правних обавеза руковоаца;
- 4) обрада је неопходна у циљу заштите животно важних интереса лица на које се подаци односе или другог физичког лица;
- 5) обрада је неопходна у циљу обављања послова у јавном интересу или извршења законом прописаних овлашћења руковоаца;
- 6) обрада је неопходна у циљу остваривања легитимних интереса руковоаца или треће стране, осим ако су над тим интересима претежнији интереси или основна права и

Питање прикупљања података о личности и њихове обраде представља важна и осетљива питања. Постоје ставови да се приватност података може посматрати као питање својине над подацима и да је важно коме подаци припадају.²⁶

5. ЗАШТИТА ПОДАТАКА У ЗАКОНОДАВСТВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Употреба камера и уређаја за снимање представља питање које изазива различиту реакцију и ставове о оправданости. И поред бројних предности видео надзора на које је у раду указано постоји забринутост дела друштва која се односи на повреду права на приватност. Немали број појединаца сматра да видео надзор представља претњу њиховој приватности и указује на могућност злоупотребе података о личности.

Последњих неколико година сведоци смо кршења парава на заштиту личних података и скандала са Фејсбука, еБаи-а, Вибера. Стотине милиона личних података појединаца (бројеви социјалног осигурања, адресе, кредитни бодови итд.) били су угрожени. Потреба за заштитом података постала је актуелна и значајна област и тема која заокупља пажњу светске јавности.

Заштита података у ЕУ обухвата сет директива којима се грађанима омогућава заштита личних података. Једна од значајнијих директива јесте Директива 95/46/ЕЗ²⁷ Европског парламента и Већа о заштити физичких лица у погледу поступања са личним подацима. Према овој директиви лица о којима се прикупљају подаци имају право да буду обавештена о прикупљању личних података. Под личним податком се према директиви подразумева сваки податак који се односи на физичко лице које је идентификовано или се може идентификовати. Директивом није посебно уређено питање у вези надзором послодавца, али се указује на неопходност поштовања приватности запослених.

Друга важна директива којом је предвиђено регулисање заштите права на приватност јесте Директива 2002/58/ЕЗ²⁸ која се односи на обраду

слободе лица на које се подаци односе који захтевају заштиту података о личности, а посебно ако је лице на које се подаци односе малолетно лице.

²⁶ Snouden E., *Trajno zabeleženo* (drugo izdanje), Vulkan izdavaštvo, Beograd 2020, 208.

²⁷ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; Official Journal, L 281, 23. 11. 1995, 31–50.

²⁸ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002. concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic

личних података и заштиту приватности у јавном сектору електронских комуникација. Ова директива се односи на јавне мереже и пресретање комуникација.

Заштита личних података у ЕУ остварује се путем регулативе којом се грађанима омогућава заштита права на приватност. Регулотива за заштиту података ГДПР (GDPR – General Data Protection Regulation)²⁹ ступила је на снагу маја 2018. године. Иако се не односи изричито на видео надзор ГДПР регулатива видео записује као личну информацију и налаже свима који поседују и управљају видео надзором да пажљиво поступају са доступним подацима, да их адекватно прикупљају, обрађују и одговорно управљају утицајем на приватност. ГДПР су дефинисана пет принципа на којима почива заштита личних података:

1. *Јасно оправдана сврха* – организације морају имати оправдану законску основу прикупљања и процесирања личних података;
2. *Приватност у пројектовању система* – ГДПР налаже да приватност мора бити приоритет током процеса пројектовања и пуштања система у рад. Ризици треба да буду очекивани, а циљ мора бити спречавање инцидентних догађаја пре него што се реализују у пуној мери и са несагледивом штетом.
3. *Право приступа информацији* – Чланом 15, ГДПР даје грађанима контролу над њиховим личним подацима укључујући и право увида у ове податке.
4. *Право да се буде заборављен* – Чланом 17. ГДПР даје грађанима контролу над личним подацима укључујући и право да се подаци обришу, уколико нису више неопходни за намењену сврху коришћења система.
5. *Cyber-безбедност података* – ГДПР захтева од организација да имају свеобухватне процедуре које омогућују да лични подаци остају под контролом организације сво време. Додатно, упади у систем и евентуална компромитованост ових података мора бити пријављена у року од 72 часа надлежном надзорном органу, именованом од стране државне власти.

У циљу заштите права на приватност Европски одбор за заштиту података (ЕДПБ) је на 17. пленарном састанку 28. и 29. јануара 2020. године усвојио смернице о обради личних података путем видео уређаја. Смернице се примењује у обради личних података видео уређајима и обухватају традиционалне и паметне видео уређаје.

communications sector (Directive on privacy and electronic communications); Official Journal L 201, 31. 7. 2002, 37–47.

²⁹ Више на: <https://gdpr-info.eu>, 23.09.2021

Компаније које послују у земљама Балкана а које у домену свог пословања користе видео надзор имају обавезу да своје процесе и процедуре ускладе са законском регулативом и ГДПР-ом.

6. ЗАКЉУЧАК

Примена видео надзора у савременим условима живота и рада јесте корисна и у великој мери неопходна. Чињеница да се његовом применом предупредује значајан број кривичних дела која за последицу имају материјалне, али и нематеријалне губитке указује на оправданост видео надзора. Предности видео надзора у том случају надмашују његове недостатке. Веома је важно да се приликом постављања камера то ради у складу са циљем, задацима и потребама јавне безбедности, али да се не ограничава испољавање спонтаности, мишљења и емоција појединаца. Исто тако појединци не треба да буду посебно забринути због присуства видео надзора уколико се понашају у складу са понашањем које је прикладно за јавна места.

У циљу заштите права на приватност неопходно је адекватно дефинисати појам приватности, прецизирати појам приватне сфере и донети закон којим би ова и те како важна и актуелна тема била регулисана. Промене и захтеви које намеће развој друштва подразумевају признавање нових права, а право настоји да одговори захтевима који се пред њега постављају.

Danijela PETROVIĆ, LL.D.

Assitant Proffesor

University of Pristina – KosovskaMitrovica, Faculty of Law

VIOLATION OF THE RIGHT TO PRIVACY BY VIDEO SURVEILLANCE

Summary

The application of video surveillance is becoming a part of everyday life. Numerous advantages in terms of preventive action on potential perpetrators of crimes or misdemeanors have influenced the widespread use of video surveillance and recording. The fact that personal data can be obtained by recording requires informing individuals that the space is under video surveillance. By posting camera pictures and the inscription that the space is covered by video surveillance, it is considered that everyone in the space is informed and has agreed to be filmed. If individuals are not informed about the existence of video surveillance, the right to privacy and claims for damages resulting from the violation of the right to privacy may be violated. It is important to point out that a large number of services are impossible to use if you do not want to be filmed. In that sense, the right to privacy is endangered, individuals are forced to agree to it, regardless of the fact that they do not want to be filmed. The existing legal regulations did not specifically regulate the violation of the right to privacy by video surveillance, but the protection of rights is exercised in accordance with the Law on Personal Data Protection. The analysis in the paper points out the necessity of adequate regulation of this area and through examples from court practice gives recommendations and guidelines for that.

Keywords: *right to privacy, video surveillance, human rights, damages.*

ЛИТЕРАТУРА

Alexandrie G., Surveillance cameras and crime: a review of randomized and natural experiments, *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, Volume 18, 2017 - Issue 2, 210-222.

Batrićević A., Stepanović I., Видео надзор, безбедност и право на приватност у затворима, *Zbornik Instituta za kriminološka i sociološka istraživanja* 2020/Vol. XXXIX/2-3/27-44;

Bickel R. D., Legal Issues Related To Silent Video Surveillance The Security Industry Association and The Private Sector Liaison Committee, Washington, 1999;

Bueckert R. M., Electronic Employee Monitoring: Potential Reform Options, *The Law of Employee Monitoring in Canada*, Lexis Nexis Canada, 2009, 99-115;

B. C. Welsh, D. Farrington, Crime prevention effects of closed circuit television: a systematic review, 2002, 6-7.

Brandon C. Welsh & David P. Farrington Public Area CCTV and Crime Prevention: *An Updated Systematic Review and Meta-Analysis*, *Justice Quarterly*, 2009, 26:4, 716-745;

Gidens E., *Odbegli svet*, Stubovi culture, Beograd 2005, 60;

Димитријевић В., Видео-надзор у јавном и приватном простору, *Правни записи*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду, 2010, год. 1. бр. 2, 390-399;

Жарковић И., Мере електронског надзора запослених и право на приватност на радном месту, *Журнал за криминалистику и право*, 2015;

Кнеппер Р., How Situational Crime Prevention Contributes to Social Welfare, *Liverpool Law Rev*, 2009, 30 (1), 57-75;

Matchett, A. R., *CCTV for security professionals*, Burlington: Elsevier Science, 2003, 236;

Snouden E., *Trajno zabeleženo* (drugo izdanje), Vulkan izdavaštvo, Beograd, 2020, 208;

Анализа процене утицаја на заштиту података о личности коришћењем система видео надзора Министарства унутрашњих послова Београд, новембар, 2019;

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data; Official Journal, L 281, 23. 11. 1995, 31-50;

Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002. concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications); Official Journal L 201, 31. 7. 2002, 37-47;

Закон о заштити података о личности, „Сл. гласник РС“, бр. 87/2018;

Закон о заштити државне границе “Службени гласник РС”, бр. 97 од 27. октобра 2008, 20 од 24. фебруара 2015 - др. закон

Закон о спречавању насиља и недоличног понашања на спортским приредбама ("Сл. гласник РС", бр. 67/2003, 101/2005 – др. закон, 90/2007, 72/2009 – др. закон, 111/2009, 104/2013 – др. закон и 87/2018).

<https://www.blic.rs › vesti › beograd › u-beogradu-su-p, 15.09.2021>

<https://www.vox.com/recode/2020/6/10/21287194/amazon-microsoft-ibm-facial-recognition-moratorium-police, 20.09.2021>

<https://www.forbes.com/sites/korihale/2020/06/15/amazon-microsoft-ibm-slightly-social-distancing-from-the-8-billion-facial-recognition-market/?sh=476878014a9a, 20.09.2021>

<https://www.theguardian.com/technology/2020/jun/10/amazon-rekognition-software-police-black-lives-matter, 20.09.2021>

<https://www.libertyhumanrights.org.uk/issue/liberty-wins-ground-breaking-victory-against-facial-recognition-tech/, 20.09.2021>

<Sve što treba da znate o video nadzoru na poslu,https://poslovi.infostud.com › savet, 20.09.2021>

<https://gdpr-info.eu, 23.09.2021>

<https://www.ekapija.com › news › oprezno-sa-video-nadzorom, приступљено 20.09.2021>

Др Бранко МИЛЕТИЋ*

347.66(497.11)

НЕЗАСТАРИВОСТ ПРАВА НА ЗАХТЕВАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ

Апстракт: У наследном праву Републике Србије након Другог светског рата право наследника на захтевање заоставштине (наследнички захтев, *hereditatis petitio*) било је регулисано на два начина: Савезним законом о наслеђивању (СЗОН) из 1955.године и доцније Законом о наслеђивању СР Србије (ЗОН СРС) из 1974. године, наједан начин, те Законом о наслеђивању Републике Србије из 1995. године, који је и данас на снази, на други начин. Чланом 144. СЗОН-а из 1955.године и чланом 139. ЗОН-а СРС из 1974.године, било је признато право наследника да захтева заоставштину, али и предвиђено да то право застарева, и то: према савесном држаоцу за једну, односно две године од када је наследник сазнао за своје право и задржаоца ствари заоставштине, а најдаље за 10 година рачунајући за законског наследника од смрти остави очеве, а за тестаменталног наследника од проглашења тестамена, а према несавесном држаоцу, за 20 година. Члан 221. актуелног Закона о наслеђивању Републике Србије из 1995. године, међутим, прописује да право наследника да захтева заоставштину не застарева, али да се тиме недира у правила о одржају, стицању одне власника и застарелости потраживања.

Након кратких уводних разматрања о наследничком захтеву, аутор у раду указује на разлике у законодавним решењима о застарелости овог захтева у ранијим законима иновом Закону о наслеђивању Републике Србије, те анализира, разматра и образлаже елементе њихове садржине и приказује неке одлуке у судској пракси, закључујући да је ново законско решење о незастаривости наследничког захтева (*hereditatis petitio*) у складу са модерним тенденцијама у упоредном праву, те да у поређењу са ранијим законским решењем представља позитиван искорак, јер ојачава положај наследника, омогућавајући му бољу заштиту његовог субјективног наследног права.

Кључне речи: *Застарелост права да се тражи заоставштина; незастаривост права да се тражи заоставштина; одржај; стицање од невластника; застарелост потраживања.*

* Доцент, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, branko.miletic@pr.ac.rs

УВОДНО РАЗМАТРАЊЕ

Како би права наследника била што потпуније заштићена још у римском праву је наследнику по цивилном праву (*ius civile*) била дата могућност да појединачна права која је стекао наслеђем штити свим средствима која су стајала на располагању оставиоцу (*декујусу*), тј. он је имао могућност истицања сингуларних тужби на које би и оставилац имао право да је жив, са изузетком интердиката, јер се државина није наслеђивала.¹ Но поред тога, наследници су имали на располагању и нека посебна, односно специфична средства заштите, међу којима је најзначајнија била цивилна наследничка тужба (*hereditatis petitio*). Потицала је из старог права и у класично доба је расправљана у облику легисакције *in rem* или *per sponsionem* пред центумвиралним судом и редовно је служила за решење спора између претендента на наслеђе.² То је била цивилна тужба којом је наследник захтевао предају заоставштине од лица које му оспорава својство наследника и право на сукцесију, а по свом карактеру је била слична својинској тужби (*rei vindicatio*), па се називала и *rei vindicatio hereditatis*.³

Правни системи већине земаља евроконтиненталног правног круга која баштине традицију римског права такође су прихватили и познају ову тужбу као средство заштите наследника. Свакако, ова тужба се у тим системима временом даље развијала и уобличавала, по правилу са извесним варијацијама и особеностима својственим сваком појединачном правном систему, али углавном на темељима већ постављеним у римском праву и на у основимање-више сличан начин.

У правним поретцима већине земаља континенталне Европе, изузев Аустрије, важи тзв. систем стицања заоставштине (наслеђа) *ipso iure*. Тако овај модел познају права попут Немачке, Швајцарске, Француске и друга, а тако је и у нашем праву. По овом систему заоставштина снагом самог закона, у моменту оставиочеве смрти, прелази на његове наследнике. Моменат делације и прелазак заоставштине на наследнике се одвијају у истом временском тренутку, па стога овај систем не зна за постојање тзв. лежеће заоставштине (*hereditas iacens*). Другим речима, у правним системима попут нашег, моментом отварања наслеђа на наследника по сили закона прелази оставиочева заоставштина, тј. на њега прелазе сва наслеђивању подобна права (актива) и обавезе (пасива) која су припадала оставиоцу у моменту његове смрти, и то без судске одлуке или уручења. Стога наследник, односно универзални сукцесор, по сили закона стиче наслеђе као једну целину, услед

¹ Упоредити: Милошевић, М. *Римско право*, Правни факултет, Београд, 2019, 428,

² Исто.

³ Бујуклић, Ж. *Forum Romanum, (Римска држава, право, религија и митови)*, Правни факултет у Београду, Београд, 2012, 370.

јединственог акта универзалне сукцесије у тренутку делације, чак и без свог знања, али под условом да се доцније не одрекне наслеђа. Овакав систем наслеђивања обезбеђује да заоставштина непрекидно има свог правног носиоца, а нити је обавезно изјашњавање наследника о прихватању наслеђа, нити службено уручивање наследства (као у аустријском праву) као претпоставке за његово стицање.⁴

Како наследник стиче заоставштину или њен аликвотни део већ у моменту смрти оставиоца по сили закона, то није непходно његова позитивна наследна изјава како би по спроведеном оставинском поступку решењем о наслеђивању био оглашен за наследника. Наследник ће бити оглашен чак и ако се ниједном не појави пред судом, нити да било какву изјаву.⁵ Ово из разлога што у систему стицања наслеђа *ipso iure* решење о наслеђивању нема конститутиван утицај на стицање наслеђа, него има декларативно дејство. Међутим, управо тај прелаз заоставштине (оставиочевих права и обавеза подобних за наслеђивање) на наследника, који настаје по сили закона већ у моменту делације, и без икакве судске одлуке којом би се утврдило које у конкретном случају наследник, отвара могућност да се у улози наследника појаве и лица која то доиста нису, тј. којима у конкретном случају не припада субјективно наследно право.⁶ Тако је рецимо могуће да решењем о наслеђивању заоставштина (наслеђе) буде додељена лицу које није (прави) наследник (нпр. законски наследник добије наслеђе иако постоје тестаментални (завештајни) наследници, јер се није знало за постојање завештања). У таквим ситуацијама долази до тога да ствари и права заоставштине правно припадају једном лицу (правом наследнику), а у њиховом фактичком поседу се, одлуком суда или без ње, налази друго лице (тзв. држалац заоставштине) тј. лице које је, по правилу, само тзв. привидни наследник. Настаје дакле, несклад или раскорак између правног и фактичког стања, несклад који изискује да буде отклоњен како би се успоставила правна извесност и сигурност. Поменути несклад између правног и фактичког се састоји у томе што лице коме припада субјективно наследно право не врши овлашћења која му као наследнику припадају, док та овлашћења врши неко лице коме у конкретном случају не припада субјективно наследно право.⁷

⁴ Више о томе: Живојиновић, Д. „Стицање наслеђа у европско-континенталним правима“, у: *Правни систем Србије и стандарди Европске Уније и Савета Европе (приредио: Бејатовић, С.)*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2008, 233-243.

⁵ Антић, О. *Наследно право*, Номос, Београд, 2011, 402.

⁶ Антић, О.- Балиновац, З. *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд, 1996, 568.

⁷ До овог несклада може доћи из разних разлога: било зато што лице коме припада наследно право не зна за оставиочеву смрт, или не зна за сопствено право, било зато што је решењем о наслеђивању као наследник утврђено и оглашено лице коме у конкретном

Како сваки систем наслеђивања тежи ка пуној усклађености наследног права, правног положаја наследника и његовог фактичког положаја, то лице које је услед смрти оставиоца стекло наследно право треба да добије у правним односима онај положај који му припада на основу његовог субјективног наследног права; оно треба и фактички да заузме тај положај у овим односима, тј. да истовремено постане и тзв. „држалац заоставштине“. Уколико та усклађеност није потпуна, прети опасност да неће у потпуности бити испуњена сврха наслеђивања и владавина права.⁸ Отуда, из разлога успостављања правне извесности и сигурности, наследнику је да то једно посебно правно средство којим се настоји отклонити поменути несклад – наследнички захтев или наследничка тужба (*hereditatis petitio*). Наследнички захтев је управо специјално правно средство које прави наследник (законски или тестаментални) усмерава против привидног наследника, у циљу отклањања несклада између свог фактичког и правног положаја. Подносилац овог захтева (тужбе) њиме тражи преношење на себе ствари и права заоставштине која држи неко друго лице које тврди да их држи јер на њима има наследно право (тзв. *possessor pro herede*) или не позивајући се ни на какво право (*possessor pro possessore*).⁹ Наследнички захтев, дакле, представља захтев који је управљен на предају заоставштине или неког њеног дела, а који се истиче против лица које има државину на заоставштини или њеном делу,¹⁰ тј. против онога који држи целу заоставштину или део заоставштине. Наследнички захтев или тужба је тужба којим тужилац на основу бољег или истоветног наследноправног положаја тражи од туженог уступање целокупне заоставштине или њеног али квотног дела.¹¹ Овим захтевом наследник тежи да заштити свој положај наследника стечен у моменту делације и да оствари своје субјективно наследно право које му припада као наследнику, тј. да оствари право на заоставштину или њен део позивајући се на своје својство или статус наследника. Право на истицање наследничког захтева припада дакле наследнику, тј. лицу које се правно налази у положају наследника, али још није у тај положај дошло и

случају не припада наследно право, или зато што лице које решењем није утврђено као наследник за себе својата наследничко својство, или се понаша као наследник на већем делу заоставштине него што му заиста припада, и слично, О томе: Антић, О.- Балиновац, З. нав. дело. 402.

⁸Ђорђевић, В. „Правна средства за усклађивање правног и фактичког положаја наследника“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, 1991, 81.

⁹Планојевић, Н., „Незастаривост *hereditatispetitio*“, у: *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године (Прир. С. Сворцан)*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 1998, 152.

¹⁰Антић О.- Балиновац З., нав. дело, 569.

¹¹Ђурђевић Д., *Институције наследног права*, Службени гласник, Београд, 2011, 336.

фактички (уопште, или неком делу, или у неком погледу).¹² Отуда је овај захтев или тужба правни инструмент путем којег једно лице настоји да реализује свој правни положај универзалног сукцесора. То је правни инструмент, који управо служи усаглашавању правног са фактичким положајем наследника.¹³ Активна легитимација код ове тужбе је зато увек на страни оног лица коме припада субјективно наследно право, при чему није значајно да ли је то лице наследник по основу закона или завештања, или по оба правна основа.¹⁴

Наследнички захтев или наследничка тужба се истиче против оног лица које је фактички ушло (у целости или у неком делу) у правни положај наследника који му у ствари не припада (привидни наследник), онемогућавајући на тај начин „стварног“ наследника да фактички заузме онај правни положај који му припада на основу његовог субјективног наследног права. Доктрина га именује као „држаоца заоставштине“, а реч је увек о оном лицу које вређа туђе субјективно наследно право, односно онемогућава или ограничава наследника у остваривању овлашћења која простичу из његовог статуса оставиочевог наследника. То је по правилу онај ко држи ствари (добра) заоставштине, али не само он, него и онај који је извукао или извлачи и друге користи од наслеђа (заоставштине). На пример, лице које је наплатило једну тражбину као наследник, а није наследник, или је створило у своју корист једно правно стање на које нема право, нпр. уписом у јавне књигена своје је име прибавило једно право чији се испис тражи наследничким захтевом.¹⁵ Питање пасивне легитимације код римске *hereditatis petitio* је међу романистима било спорно, а ни код савремене наследничке тужбе није потпуно рашчишћено, јер у том смислу упоредноправно постоје различита решења. Наиме, у савременој теорији не постоји јединствен став да ли пасивно легитимисано може бити само оно лице које држи заоставштину позивајући се на сопствено наследно право, или, пак, и оно лице које заоставштину држи не позивајући на своје наследно право, него на неки други титулус, односно које просто држи ствари заоставштине не позивајући се при том ни на какво право. У нашој савременој теорији је тим поводом заступљен став да пасивну легитимацију имају сва поменута лица. При чему се додаје да је, начелно, без значаја да ли је пасивно легитимисано лице оглашено правоснажним решењем о наслеђивању за наследника или није, те да је пасивно легитимисано лице за

¹² Ђорђевић, В. нав. дело. 84.

¹³ Стојановић, Н. *Наследно право*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, 348.

¹⁴ Антић, О. „Незастаривост наследничке тужбе“, *Правни живот*, 12/1996, 491.

¹⁵ Ђорђевић, В. нав. дело. 85.

наследнички захтев и универзални сукцесор пасивно легитимисаног лица, али да то не може бити и његов сингуларни сукцесор.¹⁶

Објекат (предмет) наследничког захтева представљају сва права и добра која су у тренутку делације прешла на универзалног сукцесора, тј. на лице које истиче наследнички захтев, односно подноси наследничку тужбу (тужиоца).¹⁷ То је све оно што чини заоставштину умрлог оставиоца, а што детерминише положај наследника као универзалног сукцесора. По правилу и најчешће реч је о праву својине на одређеним непокретним и покретним стварима или о потраживањима која су припадала оставиоцу у моменту смрти и која су у моменту отварања наслеђа прешла ео ipso на наследника(е). У том смислу овим захтевом се од туженог захтева да тужиоцу преда ствари у државину, односно да се поред предаје у државину кад је реч о непокретностима изврше и одговарајући уписи у јавним књигама. Садржина наследничког захтева може бити захтевање предаје (изручења) заоставштине (у целини или неком њеном делу) или захтевање накнаде, али често ће садржина у једном делу бити захтевање предаје, а у другом накнада.¹⁸ По правилу, наследник ће захтевати да му држалац заоставштине преда заоставштину, тј. учини оно што је потребно да би наследник и фактички заузео онај положај који му припада с обзиром на његово субјективно наследно право. Али уколико држалац заоставштине није у стању да преда заоставштину наследнику, онда је на захтев наследника дужан да му то накнади. Реч је увек о накнади онога што би требало предати (изручити), али је оно пропало или је отуђено, или је изгубило у обиму, односно вредности, или је престало да постоји.¹⁹ Стога ће наследник захтевати предају онога што постоји, а накнаду за оно што не постоји, тј. наследник ће од држаоца захтевати накнаду претрпљене штете или накнаду на име неоснованог обогаћења.²⁰

У систему наслеђивања ipsoiure наследник се постаје у моменту смрти оставиоца без интервенције суда, те отуда у таквом систему наслеђивања, као што је случај у нашем праву, начелно нема препреке да наследник свој наследнички захтев постави вансудски и да пасивно легитимисано лице удовољи том захтеву. Међутим, ако се постављени захтев не оствари вансудски, те тим поводом настане спор, наследнику не преостаје ништа друго него да тај свој захтев остварује у поступку пред судом, те да наследнички захтев постави и остварује тужбом у парници с држаоцем заоставштине. Дакле, у случају спора, наследник може покушати да свој

¹⁶ Антић, О. „Незастаривост наследничке тужбе“, *Правни живот*, 12/1996, 492.

¹⁷ Антић, О. нав. дело. 490.

¹⁸ Ђорђевић, В. нав. дело. 85.

¹⁹ Ђорђевић, В. нав. дело. 86.

²⁰ Антић, О. „Незастаривост наследничке тужбе“, *Правни живот*, 12/1996, 490.

наследнички захтев реализује једино наследничком тужбом (*hereditatis petitio*) у парничном поступку.²¹ Иначе, у пракси, наследник тј. лице које је по одређеном основу већ у моменту делације позвано на наслеђе, наследнички захтев путем тужбе првенствено подноси у ситуацији када у правоснажном оставинском решењу није утврђено да је наследник, односно када је у правоснажном оставинском решењу утврђено да је наследио мању наследну квоту од оне која му заиста припада.²²

1. ЗАСТАРИВОСТ ПРАВА НА ЗАХТЕВАЊЕ ЗАОСТАВИШТИНЕ

Традиционално, још од времена римског права, једно од обележја уређења наследничке тужбе у европским правима је било и њено везивање за рок, чијим је протеком наследнички захтев застаревао.²³ У римском праву је наиме претежно важило правило о застаривости наследничке тужбе (*hereditatis petitio*). Истина, у класичном периоду римског права цивилне тужбе су биле незастариве, па је тако и *hereditatis petitio* била незастарива, али је конституцијом цара Хонорија и Теодосија II из 424. године то промењено. Поменутом конституцијом уведена је била општа застара за све цивилне тужбе па је и за *hereditatis petitio* почео важити (општи) рок застарелости који је важио и за друге цивилне тужбе - од 30 година, односно 40 година за цркву и државу.²⁴

Такав приступ питању застаривости наследничке тужбе је махом прихваћени у модерним грађанским кодификацијама. Наиме, у већини правних система земаља које припадају евроконтиненталном правном кругу а које познају наследничку тужбу постоји релативно дуга традиција предвиђања застаривости наследничке тужбе уз прописивање релативно дугог рока застарелости, који је најчешће општег и објективног карактера.²⁵ Тако по угледу на римско право старији грађански законици познају један општи рок за приватне тужбе, који важи и за наследничку тужбу и он, по правилу, износи 30 година, као нпр. у Француском грађанском законнику (чл.

²¹ Исто.

²² Ђурђевић, Д. нав. дело. 336.

²³ Планојевић, Н., нав. дело, 155.

²⁴ Марковић, С. Наследно право, Београд, 1981, 473.

²⁵ Реч је о законодавном приступу у вези са застарелошћу права на захтевање заоставштине путем наследничке тужбе који се одликује тиме што се, с једне стране, ова тужба не разликује од других тужби тиме што би за њу важио некакав посебан рок застарелости, већ онај који важи и за друге тужбе, а с друге стране, што се почетак течења застарог рока за подношење наследничке тужбе не везује за ма какво субјективно сазнање тужиоца-наследника за одређене чињенице, већ се почетак рачуна од објективних чињеница: од смрти оставиоца за законске наследнике или од проглашења тестаментa за тестаменталне (завештајне) наследнике.

2262), у Аустријском грађанском законику²⁶ или у Немачком грађанском законику (пар. 2026.).²⁷

У новијим грађанским законицима бивших социјалистичких земаља дошла је, међутим, до изражаја тенденција ка скраћивању овог објективног рока за подношење наследничке тужбе, због бржег одвијања правног промета, па је тако нпр. Грађански законик некадашње Чехословачке (ЧССР) из 1964. предвиђао општи и објективни рок од три године, прецизирајући да се исти почиње да тече од смрти оставиоца односно од правоснажности решења о проглашењу умрлим, док је Цивилни законик Немачке Демократске Републике из 1975. предвидео десетогодишњи објективни рок застарелости за наследничку тужбу.

Почетком 20. века у грађанском законодавству се појавио и један другачији приступ одређивања рокова застарелости наследничке тужбе. Реч је о решењу у неким новијим грађанским законицима где се, с једне стране, уместо општих рокова који важе за све тужбе уводи специјални рок за наследничку тужбу, а с друге стране, где се уместо искључиво објективног рока за наследничку тужбу уводе мешовити рокови, тј. поред објективних рокова за застарелост наследничке тужбе уводе се и субјективни рокови.²⁸ Носилац овог новог приступа у уређењу рокова застарелости наследничке тужбе јесте швајцарско право. Тако је Швајцарски грађански законик из 1907. године, регулишући претпоставке за наследничку тужбу,²⁹ те њено дејство,³⁰ предвидео и нарочите рокове застарелости за наследничку тужбу, одређујући њихову дужину у зависности од тога да ли је захтев усмерен према савесном или несавесном туженом (држаоцу заоставштине, односно држаоцу ствари заоставштине).³¹ Према првом, захтев застарева у објективном року од 10 година од смрти оставиоца или проглашења тестаментa, у оквиру кога тече једногодишњи субјективни рок који се рачуна од сазнања тужиоца за државину туженог и за своје сопствено боље право. Према другом, рокзастарелости је само објективан и износи 30 година.³²

Швајцарски приступ питању застаривости наследничког захтева, односно права на захтевање заоставштине, уз предвиђање нарочитих рокова застарелости, са разликовањем субјективног и објективног рока за савесног

²⁶ Српски грађански законик је у погледу дужине овог рока одступио од свог изворника тј, АГЗ.-а, те је за наследничку тужбу предвиђао рок од 24 године, који је такође био општи и објективни. Видети: пар. 930а СГЗ.

²⁷ О томе: Планојевић, Н. нав. дело, 155-156; Марковић, С. нав. дело, 475.

²⁸ Марковић. С. нав. дело. 474.

²⁹ Члан. 598. ШГЗ.

³⁰ Члан 599. ШГЗ.

³¹ Члан 600. ШГЗ.

³² О томе: Планојевић, Н. нав. дело. 156; Марковић. С. нав. дело. 474.

држаоца, и са јединственим објективним роком за несавесног држаоца, суштински је био слеђен и примењен и у домаћем послератном наследном праву, и то како по савезном ЗОН-у из 1955. године,³³ тако и по каснијим републичким и покрајинским законима, укључујући ЗОН СР Србије³⁴ и ЗОН САП Косова³⁵ из 1974. године, као и САП Војводине из 1975. године.³⁶

Послератно југословенско, а доцније и српско наследно законодавство је препознало и прихватило наследничку тужбу, али је није и регулисало као такву. Оно се тек на један посредан начин дотакло ово тужбе, предвиђајући у пропису који говори о застарелости, право да се захтева заоставштина. Домаћи закони су, дакле, врло штуро регулисали наследнички захтев, односно тзв. право наследника на захтевање заоставштине. Тачније, они нису регулисали наследничку тужбу директно, а још мање детаљно, али су зато сви садржали одредбу којом је усвојен принцип застаривости права на захтевање заоставштине, ослањајући се у разради тог принципа на већ поменути швајцарски модел уређивања рокова застарелости.

Сходно наведеном погледу на застаривост права на захтевање заоставштине, односно наследничке тужбе, учл. 141. став 1. Савезног ЗОН-а из 1955. године било је предвиђено да право захтевати заоставштину као наследник оставиоца застарева према савесном држаоцу за годину дана од када је наследник сазнао за своје право и за држаоца ствари заоставштине, а најдаље за десет година рачунајући за законског наследника од смрти оставиоачеве, а за тестаменталног наследника од проглашење тестамена. Према несавесном држаоцу, било је предвиђено ставом. 2. истог члана, да ово право застарева за двадесет година.

Под рубромом „Застарелост права захтевати заоставштину“ и чл. 139. Закона о наслеђивању СР Србије из 1974. године, је готово на идентичан начин регулисао ово питање, с тим што је ипак постојало једно мало одступање. Наиме, у односу на савесног држаоца, Закон о наслеђивању СР Србије је био предвидео дужи субјективни рок застарелости, рок од две године, за разлику од једногодишњег субјективног рока застарелости који је био предвиђен у Савезном ЗОН-у из 1955.³⁷

³³ Закон о наслеђивању (пречишћен текст) – „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/65.

³⁴ Закон о наслеђивању „Службени гласник СР Србије“ бр. 52/74, 1/80 и 25/82 – други закон.

³⁵ Закон о наслеђивању, „Службени лист САП Косова“, бр. 43/74.

³⁶ Закон о наслеђивању, „Службени лист САП Војводине“, бр. 8/75.

³⁷ Дужина рокова је и у покрајинским законима била одређена идентично као у републичком закону, с тим што се законодавац у САП Војводини био определио за нешто другачије решење и редакцију текста. Наиме, док је Закон о наслеђивању САП Косова у члану 125. садржао одредбу идентичну оној из члана 139. Закона о наслеђивању СР Србије, догле је члан 140. Закона о наслеђивању САП Војводине садржао следећу формулацију: „Право захтевати заоставштину као наследник оставиоца

Овакав законодавни приступ питању застаривости наследничког захтева (тужбе) је проистицао из општег теоријског опредељења да су разлози који говоре у прилог рока застарелости наследничког захтева исти они који говоре и у прилог постојања установе застарелости захтева (тужбе) уопште. Резоновало се да је у наследном праву значај протека времена сличан као и у другим гранама имовинског права, те да застарелост код наследничког захтева има опште особине установе застарелости, услед чега и у погледу ње треба да важе сва правила грађанско-правне застарелости.

Систем застарелости права на захтевање заоставштине по бившем имао је следеће одлике.

Код прописивања застарелости права на захтевање заоставштинеу Савезном ЗОН-у, као и ЗОН-у СР Србије радило се о предвиђању застарелости захтева (Anspruch) на предају заоставштине (наслеђа) као битног елемента субјективног наследног права, тј. као овлашћења да се наследно право може принудно остваривати тужбом за предају заоставштине (наслеђа) у односу на лица која вређају право наследника.³⁸ Реч је била о губитку права на судско остварење субјективног наследног права, о губитку права на тужбу.

У СЗОН-у и ЗОН-у СРС прописани рокови за остваривање права на захтевање заоставштинепо свом карактеру субили застарни, а не преклузивни рокови. Такво поимање карактера ових роковаје имало за последицу да на ове рокове, тј. њихов протек, суд није водио рачуна и није пазио по службеној дужности (ex officio), него само поводом истакнутог приговора туженог, односно држаоца заоставштине. Другим речима, суд се није стара о ex officio о губитку права на захтевање заоставштине услед протека рока, већ о томе одлучивао једино ако је истакнут приговор застарелости од стране туженог - држаоца заоставштине. Уколико таквог приговора од стране туженог не би било, суд је имао о захтеву тужиоца на

застарева према савесном држаоцу за две године од дана када је наследник сазнао да је донето правоснажно решење о расправљању заоставштине и за држаоца ствари заоставштине, а најдаље за 10 година рачунајући за законског наследника од дана правоснажности решења о расправљању заоставштине, а за тестаменталног наследника од проглашења тестаментa. Према несавесном држаоцу ово право застарева за 20 година.“ Као што се може запазити војвођански покрајински законодавац је при формулацији ове одредбе увео две нормативне новине: прво, пошао је од хипотезе да наследник сазнаје за своје право сазнањем да је донето правоснажно решење о расправљању заоставштине, и друго, предвидео је да се објективни рок застарелости од десет, односно двадест година, за законског наследника има рачунати не од дана смрти оставиоца, како је било предвиђено у савезном и републичком закону (и како је уосталом упоредноправно уобичајено и преовлађујуће решење), него од дана правоснажности решења о расправљању заоставштине.

³⁸ Марковић, С. нав. дело, 471.

уступање (предају, повраћај) заоставштине одлучити без обзира на протек законом прописаног рока. Наиме, у случају неистицања приговора од стране туженог да је тужиочево право на захтевање наслеђа (заоставштине) застарело, суд је имао одлучити о тужиочевом наследничком захтеву не упуштајући се у питање да ли је његово право на захтевање заоставштине услед протека времена застарело, јер суд није имао овлашћење, нити је био дужан, да о застарелости нечијег права води рачуна *ex officio*.

У домаћој теорији након доношења Савезног ЗОН-а постојале су извесне недоумице у погледу могућности истицања приговора застарелости, а што је добрим делом било последица различитог разумевања природе и могућности истицања наследничког захтева. Наиме, по једном врло ауторитативном схватању, сматралосе да се рокови који важе за застаревање права захтевања заоставштине односе на сваки захтев којим се остварује право наследника, а не само на подизање наследничке тужбе; да ти рокови почињу тећи дословце онако како је било прописано СЗОН-ом, а да се приговор застарелости може истицати већ у оставинском поступку (поступку за расправљање заоставштине), односно да се приговор застарелости може истицати како у току поступка за расправљање заоставштине, тако и након окончања овог поступка, тј. по правоснажности решења о наслеђивању у парници коју би наследник покренуо. По том схватању, рокови у којима застарева право на подизање наследничке тужбе једнако важе како за остваривање права на заоставштину у току оставинског поступка (поступка за расправљање заоставштине), тако и касније након што је решење о наслеђивању постало правоснажно.³⁹ По другом мишљењу, сматрало се да рокови застарелости не могу почети да теку пре свршетка оставинске расправе, тј. пре правоснажности решења о наслеђивању. Поборници овог правца мишљења су истицали да се рокови застарелости из чл. 144. СЗОН-а могу односити само на наследноправни захтев који се истиче након правоснажног окончања оставинског поступка, те да пре покретања и за време трајања оставинског поступка, не тече застарелост.⁴⁰ Ово становиште је образлагано тиме да се у циљу утврђивања наследника спроводи оставински поступак који се покреће по службеној дужности, те да суд мора, по службеној дужности, према подацима којима располаже, узети у обзир и онога који није дошао на оставинску расправу.

Према СЗОН-у и ЗОН-у СРС, рок застарелости за остваривање права захтевати заоставштину као наследник и дужина трајања тог рока ценили су

³⁹ Креч, М. – Павић, Ђ. Коментар закона о наслеђивању, (са судском праксом), Народне новине, 1964, Загреб, 485.

⁴⁰ Стеванов, М. „Наследноправни захтев и његова застарелост“, *Наша законитост*, бр.1-2/63, 27, 35. У том правцу се изјаснио својевремено и Врховни суд Војводине. Упоредити: Гж 178/70, Гласник АКВ, 1970, бр. 7, 33-34.

се према савесности држаоца ствари заоставштине. Држалац ствари заоставштине био је заштићен од захтева овлашћеног наследника сходно квалитету своје државине, у зависности од тога да ли је његова државина савесна или несавесна. Ако је држалац несавестан, дужина застарног рока је била знатно већа него у односу на савесног држаоца.

Захтев усмерен против савесног држаоца могао је бити остварен у границама одређеним субјективним и објективним роком застарелости.

Субјективни рок застарелости права наслеђа по СЗОН-у износио је годину дана (по ЗОН-у СРС две године), а рачунао се од тренутка када је наследник сазнао за своје право и за лице које држи заоставштину или наследников део.

Наследник који зна за своје право, могао је то своје право остварити у границама једногодишњег субјективног рока, који му се рачунао од момента када је сазнао за своје право и од момента када је сазнао за лице које држи заоставштину као савестан држалац.

Ако наследник зна за своје право, али је за фактичког држаоца заоставштине сазнао након истека једногодишњег рока, рачунајући од дана сазнања за своје право, време у коме наступа застарелост његовог права да захтева заоставштину рачунало се од момента сазнања за лице које држи заоставштину.

Сматрало се да је наследник сазнао за своје право ако зна да је оставилац умро и да постоји завештање у његову корист (код тестаменталног наслеђивања) или да је он најближи законски наследник оставиоца (код законског наслеђивања), а ако је било наследника из ближег наследног реда, морао је знати да су они отпали. Тражило се позитивно и реално знање, тако да није било довољно да је наследник само био у могућности да сазна ове околности, односно да је према субјективним или објективним околностима случаја то могао или морао знати.⁴¹

У остваривању свог права на наслеђе-заоставштину наследник је био ограничен објективним као крајњим могућим роком. Стога ако би он за своје право и држаоца ствари заоставштине сазнао после протеча објективног десетогодишњег рока, држалац ствари заоставштине би му могао с успехом истаћи приговор наступиле застарелости.

Објективни рок застарелости права на наслеђе од десет година рачунао се: код законског наслеђивања од моменту смрти оставиоца, а код тестаменталног (завештајног) наслеђивања од момента проглашења завештања.

Објективни рок застарелости од десет година представљао је крајњу временску границу у којој је наследник (претедент на наслеђе) могао

⁴¹ Креч, М. – Павић, Ђ. нав. дело. 486.

остварити своје право према савесном држаоцу ствари заоставштине. Зато је објективни рок застарелости представљао апсолутни рок. У том смислу, наследник је могао своје право да захтева заоставштину остварити у границама субјективног рока само уколико му није истекао објективни рок.

Сходно члану 144.ст.2. савезног ЗОН-а и члану 139. ст. 2. ЗОН-а СР Србије, према несавесном држаоцу право на захтевање заоставштине као наследник оставиоца застаревало је једино у објективном року од двадесет година. Ови прописи, међутим, нису изричито одредили од кад рок од 20 година почиње тећи. Стога је у теорији било и мишљења да овај рок почиње тећи од дана када несавесни држалац добије државину ствари заоставштине.⁴² Међутим, то је мишљење било у мањини. Већина аутора је узимала да и овај рок почиње да тече од истог момента као и објективни рок од 10 година код захтева управљеног према савесном држаоцу, тј. код законског наслеђивања - од момента смрти оставиоца, а код тестаменталног (завештајног) наслеђивања - од момента проглашења тестаменталног (завештања).⁴³

Као што је већ поменуто у нашој старијој теорији и пракси је постојала дилема у вези судског пута за остварење наследничког захтева, односно права на наслеђе. По једном становишту, због система наслеђивања *ipso iure* такав захтев се може истицати и у оставинском поступку, а и након њега, односно након правоснажности решења о наслеђивању, док по другом становишту, које је временом превладало, наследнички захтев се може истицати само након правоснажности решења о наслеђивању. И по савременом становишту у нашој теорији, судски пут за остварење наследничког захтева је једино парница. Наиме, у оставинском поступку се по правилу утврђује право одређеног лица или одређених лица на наслеђе, и за лица која су учествовала у оставинском поступку одлука оставинског суда (решење о наслеђивању) представља мериторно решење питања права на наслеђе. Ипак, како је могуће да у оставинском поступку из разних разлога одређено лице(лица) буде оглашено за наследника иако по правилима о наслеђивању не би требало или, супротно, да за наследника не буде оглашено лице које на то има право према правилима о наслеђивању, то је управо и допуштена могућност да наследници путем парнице, односно подизањем наследничке тужбе коригују по себе неадекватне резултате спроведеног оставинског поступка поводом смрти одређеног лица на чије се наслеђе позивају.

⁴² Месаровић, К. „Застарелост наследноправних захтева наследника“, *Гласник АКВ*, бр. 9/1967, 9.

⁴³ Финжгар, А. „Наслеђивање“, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, том II, Службени лист СФРЈ, Београд, 377.

Међутим, остваривање наследничког захтева путем парнице није неограничено. Оно је првенствено ограничено материјалноправним правилима о основаности тог захтева, предметом и садржином, те одређењем пасивне легитимације лица против кога се може поставити наследнички захтев. Но, остваривање тог захтева је ограничено и процесним правилима. Ово произилази и одатле што се поводом отварања наслеђа редовно покреће оставински поступак (поступак за расправљање заоставштине) чија је главна сврха да се расправи заоставштина те да се правноснажним решењем о наслеђивању утврди ко су оставиоцеви наследници, тј. ко је стекао наследно право, колики део тог права, уз каква ограничења, итд. Због таквог уређења није у свим случајевима једнака могућност остваривања наследничког захтева у парници, јер то остваривање зависи од тога да ли се тужилац (наследник) који подноси наследничку тужбу, односно истиче наследнички захтев у парници, може позивати на правноснажно утврђење свог наследног права у оставинском поступку или не. С обзиром на то могуће је разликовати три ситуације: 1) када постоји правноснажно утврђење тужиоцевог наследног права, 2) када не постоји правноснажно утврђење у оставинском поступку наследног права ни тужиоца ни било кога другог, и 3) када је друго лице, а не тужилац, решењем о наслеђивању правноснажно утврђено за наследника - носиоца субјективног наследног права.

У првом случају, када је правноснажним решењем о наслеђивању тужилац оглашен за наследника, тј. утврђено је да му припада наследно право, он наследнички захтев може да поднесе само против лица које држи заоставштину као наследник или не позивајући се ни на какво наследничко право, а правноснажним решењем о наслеђивању није утврђено за наследника. Тада правноснажно решење о наслеђивању служи тужиоцу као доказ да му припада наследно право па је његов положај у парници релативно лак. Али, ако заоставштину држи неко лице које је као и тужилац оглашено за наследника (санаследник), питање истицања наследничког захтева је дискутабилно. По једном становишту, нема места наследничком захтеву једног санаследника у односу на друге санаследнике, већ само захтеву за деобу наследничке заједнице.⁴⁴ Док по другом становишту, у ситуацији где се неко од санаследника понаша као да је он једини универзални сукцесор оставиоца или полажући већа права на заоставштину у односу на друге санаследнике, онда онај санаследник који је спречен да фактички извршава права која је стекао по наследноправном основу може и у односу на таквог санаследника истаћи наследнички захтев.⁴⁵

⁴⁴ Антић. О. „Незастаривост наследничке тужбе“, Правни живот, 12/1996, 491.

⁴⁵ Видети: Gavella, N. – Belaj. V. Nasljedno pravo, Zagreb, 2008, 351. Наведено према: Стојановић, Н. нав. дело. 349.

У другом случају, када у оставинском поступку није донето правноснажно решење о наслеђивању којим се констатује ко су оставиочеве наследници - нема места истицању наследничког захтева јер је тужилац био дужан да претендујући на наслеђе као оставичев наследник учествује у оставинском поступку и да у њему исходује утврђење свог наследног права. Уколико претендент на наслеђе пре окончања оставинског поступка иницира парнични поступак с циљем остварења наследничког захтева, том наследничком захтеву нема места. Тај парнични поступак треба прекинути, а тужиоца упутити на покретање оставинског поступка. Када оставински суд утврди постојање или непостојање наследног права тужиоца, парнични поступак ће се наставити, а одлука о наследничком захтеву ће зависити од тога шта је правноснажно утврђено у оставинском поступку.

У трећем случају када је правноснажним решењем о наслеђивању утврђено да наследно право припада неком другом, а не тужиоцу, тужилац треба да у парници поводом наследничког захтева обори претпоставку о тачности утврђења наследног права туженог. Зато тужилац мора најпре да докаже наследничко својство, односно да тражи да се оно утврди, па тек онда да истиче наследнички захтев на предају заоставштине.

У случају позитивног исхода спора по тужиоца, односно успешног истицања наследничког захтева, тужени ће кондемпнаторном пресудом бити осуђен на предају заоставштине. При томе, лице које је услед успешно оствареног захтева правог наследника на утврђење јачег наследног права и захтева за предају заоставштине изгубило наследничко својство или део наследства сматра се привидним наследником.

Привидни наследник одговара за заоставштину правом наследнику, па је дужан вратити заоставштину (целу или њен део) који држи. Но, у вези обавезе предаје заоставштине и обима враћања, односно у погледу одговорности привидног наследника за ствари заоставштине и за питање накнаде издатака (трошкова) које је привидни наследник имао у погледу ствари заоставштине прави се разлика између савесног и несавесног привидног наследника (држаоца заоставштине), односно ова питања се решавају према општим начелима грађанског права о одговорности савесног или несавесног држаоца ствари.⁴⁶

Што се тиче трећих лица, која су у међувремену до појаве правог наследника, стекла у „доброј вери“ (као савесни држаоци) добра заоставштине од привидног наследника, она не одговарају никоме.⁴⁷ Прави

⁴⁶ Тако изречито: Финжгар, нав. дело. 377. Опширније о начину решавања: Антић, О. – Балиновац, З. нав. дело. 573-585.

⁴⁷ Прица Р. „СТИЦАЊЕ ОД ПРИВИДНОГ НАСЛЕДНИКА“, Гласник АКВ, 6/61, 4-9. Сматра се да је треће лице стекло добра заоставштине у „доброј вери“ ако се поуздало у решење о наслеђивању којим је привидни наследник оглашен за наследника, или ако се поздало у

наследник не може од трећег савесног стицаоца тражити повраћај добара заоставштине, будући да с њиме не стоји ни у каквом правном односу. Правом наследнику припада, у том случају, само право да тражи накнаду од привидног наследника који је располагао добрима заоставштине.

2. НЕЗАСТАРИВОСТ ПРАВА НА ЗАХТЕВАЊЕ ЗАОСТАВШТИНЕ

Чл. 221. Закона о наслеђивању РС из 1995. године⁴⁸ мења ранију одредбу о застарелости права на захтевање заоставштине из чл.141. Савезног ЗН из 1955 године и чл. 139. Закона о наслеђивању СР Србије из 1974. године, тако што под насловом „Незастаривост права наследника да захтева заоставштину“ прописује као принцип да право наследника да захтева заоставштину не застарева. У питању је значајна новина, јер је на тај начин Закон о наслеђивању Србије из 1995. године прекинуо традицију која је по овом питању постојала у домаћем, а претежно и у упоредном праву.⁴⁹ Дакле, за разлику од ранијих прописа, по новом Закону право наследника да захтева заоставштину није подложно застарелости. На овај начин је положај наследника, а тиме и његова заштита, знатно ојачана. Ипак ово право на захтевање заоставштине премда незастариво није и неограничено. Оно је према законској одредби ограничено правилима о одржају, стицању од невласника и застарелости потраживања.⁵⁰

Сходно овом новом решењу, будући да наследнички захтев не застарева, то се он, начелно, може са успехом истицати све до тренутка док га не анулира дејство других института грађанског права: одржаја, стицања од невласника и застарелости потраживања. Наиме, истицање наследноправног захтева не може бити успешно уколико је на стварима заоставштине која се траже привидни наследник или треће лице оригинарним путем стекло својину – одржајем или по правилима о стицању својине од невласника. Својина, коју је прави наследник стекао моментом делације, тиме бива истиснута. Слично томе, застарелост потраживања која улазе у заоставштину такође онемогућава успешност наследноправног

земљишно-књижне уписе засноване на том решењу (под условом да је до тих уписа дошло пре захтева правог наследника за утврђење његовог јачег наследног права и за предају заоставштине).

⁴⁸ Закон о наслеђивању СР Србије „Сл. гласник СРС“ бр 52/74, 1/80 и 25/82 – други закон.

⁴⁹ Планојевић, Н. нав. дело 151. Међутим, решење о незастаривости наследничке тужбе није непознато у упоредном праву. Њега већ поодавно познаје италијанско право, чији је Грађански законик из 1942. године увео принцип незастаривости наследничке тужбе. Упоредити: чл. 533. ИГЗ.

⁵⁰ Бабић Илија, *Наследно право*, Службени гласник, Београд, 2008, 183, 184

захтева. У сва три случаја тужени привидни наследник се може успешно одбранити од наследничког захтева истицањем одговарајућег приговора.

Према томе, наследнички захтев се може успешно истицати све док га не анулира неки од наведених института грађанског права, што је иричито прописано и чланом 221. ст. 2. новог ЗОН-а Србије. Реч је о ограничењу успешног истицања наследничког захтева услед наступања одређених правних чињеница јаче правне снаге.

2.1. Одржај (Usucapio)

На основу чл. 21. Закона о основама својинско правних односа⁵¹ право својине се може стећи одржајем. Одржај представља оригинаран начин стицања права својине на основу државине одређеног квалитета и протеча времена. Код одржаја се ради о томе да једно лице има право својине али нема државину ствари, а друго има државину, али не и својину, а нису испуњени услови за стицање својине од невласника.⁵²

Одржај се заснива на идеји невршења права и служи да се отклони несклад између фактичког и правног стања. Постоје две врсте одржаја: редован одржај и ванредни одржај, али се у Закону о државном премеру и катастру⁵³ појављује и тзв. земљишно – књижни одржај.⁵⁴

За стицање права својине редовним одржајем потребна је законита и савесна државина ствари и протек времена: за покретне ствари рок од три године, а за непокретне ствари рок од десет година.⁵⁵

С обзиром на квалификованост државине која се тражи за стицање својине одржајем, постоје две врсте одржаја: редовни и ванредни одржај.

Услови који су предвиђени Законом за стицање својине редовним одржајем, су следећи:

1/ савестан и законити држалац покретне ствари, на коју други има право својине, стиче право својине на ту ствар одржајем протеком три године;

2/ савестан и законити држалац непокретне ствари, на коју други има право својине, стиче право својине на ту ствар одржајем протеком десет година.

⁵¹ Закон о основама својинскоправних односа „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл.гласник РС“, бр. 115/2005 . - др. закон.

⁵² Ковачевић – Куштримовић Р., Лазић М., *Стварно право*, Punta, Ниш, 2009, 104.

⁵³ Закон о државном премеру и катастру „Сл.гласник РС“ бр. 72/2009, 18/20122 и 65/2013.

⁵⁴ Антић О.- Балиновац З., нав. дело, 585.

⁵⁵ Чл. 28. ЗОСПО.

Услови који су Законом предвиђени за стицање својине ванредним одржајем су следећи:

1/ савестан држалац покретне ствари, на коју други има право својине, стиче право својине на ту ствар одржајем протеком десет година и

2/ савестан држалац непокретне ствари, на коју други има право својине, стиче право својине на ту ствар протеком 20 година.

У наведеном закону ближе се одређује законита и савесна државина.

Законита државина је државина која се заснива на пуноважном правном основу а који је потребан за стицање права својине под условом да није прибављена силом, преваром или злоупотребом поверења.⁵⁶ У пракси је то државина која је стечена на основу уговора о купопродаји, или трампи. Из наведеног следи да би стицалац постао власник ствари дериватним путем мора да је преносилац био власник. У овом случају, стицање права својине на основу пуноправног правног посла искључује стицање на основу одржаја.⁵⁷ Савесни и законит држалац непокретности може стећи право својине одржајем у случају да је уговор о куповини непокретности закључио са лицем које није било њен власник већ плодуживалац, али се у катастру непокретности водио као власник.⁵⁸

Наследникова државина је, у погледу законитости, иста као и оставиочева - ако је оставилац био незаконит држалац и његов наследник је незаконит држалац.⁵⁹

За стицање права својине одржајем државина мора да буде савесна. Закон одређује да савесна државина постоји ако држалац не зна или не може знати да ствар коју држи није његова.⁶⁰

Савесна државина поставља се као услов за стицање права својине и код редовног и код ванредног одржаја. Држалац мора бити савестан за сво време трајања одржаја. Ако у току трајања државине држалац сазна да је преносилац био невластник, он ће се сматрати несавесним држаоцем. Савесност се претпоставља тако да држалац није дужан да доказује да је савестан, већ несавесност доказује онај ко се на њу позива.

Наследник постаје савестан држалац од тренутка отварања наслеђа и у случају када је оставилац био несавестан држалац, а наследник то није знао нити је могао знати, а време за одржај почиње тећи од тренутка отварања наслеђа.

Савестан држалац универзалног наследника цени се по општим правилима:

⁵⁶ Чл. 72. ЗОСПО.

⁵⁷ Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж.бр 1228/04 од 29.03.2004. године

⁵⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 4675/10 од 23.07.2010 године

⁵⁹ Ковачевић – Куштримовић Р. Лазић М., нав. дело, 106.

⁶⁰ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. бр 4675/10 од 23.07.2010. године.

Наследник који није знао нити је према приликама могао знати да је оставилац невластник имао савесну државину, без обзира на савесност односно несавесност и законитост односно несавесност оставиоачеве државине.

Државина може бити законита а несавесна, када нпр. купац зна или је према приликама могао знати да је продавац ствар прибавио крађом. И обрнуто: државина може бити савесна а незаконита, када је уговор о куповини закључен са власником али је ништав, а то купац није знао нити је могао знати.⁶¹

Све у свему, за разлику од претходних закона о наслеђивању, према новом ЗОН-у Републике Србије из 1995. године, право привидног наследника, настаје услед одржаја, а не због застарелости наследног права стварног наследника.⁶²

2.2. Стицање својине од невластника

Већина савремених правних система познаје одступање од принципа да нико не може пренети више права него што сам има, дозвољавајући под одређеним условима могућност стицања својине на основу уговора са невластником који није био овлашћен на закључење уговора о располагању туђом ствари.

Стицање својине од невластника је регулисано у чл. 31. ЗОСПО. Овај институт се посебно именује и одређује као један од оригинарних начина стицање својине.

За стицање права својине од невластника потребни су следећи општи услови: 1) да је стицалац савестан 2) да је у питању покретна ствар 3) да постоји пуноважан теретан уговор управљен на пренос својине (купопродаја, трампа) и 4) да је ствар предата стицаоцу.

Под овим општим условима стицању својине на покретној ствари од невластника има места уколико је испуњен и бар један од посебних услова, тј. да је ствар прибављена: 1) од невластника који у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари; 2) од невластника коме је власник предао ствар у државину на основу правног посла који није основ за прибављање права својине (значи од плодуюживаоца, послугопримца, чувара, залогопримца) и 3) од невластника на јавној продаји.

Стицање својине од невластника у важећем праву је регулисано на исти начин као у нашем предратном праву. Новина је правило по којем

⁶¹ Ђурђевић Д., нав. дело, стр. 336.

⁶² Антић, О. – Балиновац, З., нав. дело. 585.

„ранији власник може од савесног стицаоца захтевати да му ствар врати уз накнаду по прометној цени, уколико та ствар за њега има посебан значај“.⁶³

2.3. Застарелост потраживања

Застарелост потраживања представља губитак права повериоца да захтева од дужника испуњење обавезе принудним путем, преко суда. Наступањем застарелости - обавеза не престаје, (не гаси се, не нестаје), па је дужник може увек испунити. Сходно одредбама Закона о облигационим односима,⁶⁴ застарелошћу потраживања поверилац само губи право да потраживање судским путем реализује, због чега дужник који испуни своју застарелу обавезу, (чак и ако није знао да је застарела) – нема право да тражи повраћај.⁶⁵

Суд не пази на застарелост по службеној дужности већ је потребно да се на њу позове сам дужник (приговором застарелости) .

Са застаром главног потраживања – застаревају и споредна потраживања (камата, плодови, трошкови, уговорна казна). Признањем дуга од стране дужника, застарелост се прекида.

Дужник се на застарелост позива најчешће у виду одбране тј. приговором застарелости, али може то да учини и тужбом за утврђивање којом захтева да се утврди да је наступила застарелост потраживања.⁶⁶

Сва потраживања, по правилу, могу да застаревају, за разлику од стварних права која не могу да застаре, већ се протеком времена могу прибавити.

Застарелост наступа кад протекне законом одређено време у коме је поверилац могао захтевати испуњење обавеза.⁶⁷

Закон о облигационим односима познаје један општи и више посебних рокова застарелости.

Општи рок настарелости је рок у којем застаревају сва потраживања за које законом није одређен неки други посебан рок застарелости. Општи рок застарелости износи десет година.⁶⁸

У посебном року од три године застаревају:

⁶³ Чл. 31. ЗОСПО.

⁶⁴ Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља, и „Службени гласник РС“, бр. 18/2020.

⁶⁵ Чл. 360 ст.3. ЗОО.

⁶⁶ Чл. 360-393 ЗОО.

⁶⁷ Чл. 360.ст.2.ЗОО.

⁶⁸ Чл. 371.ЗОО.

1) повремена потраживања⁶⁹ с тим што само право из кога проистичу повремена потраживања, застаревају за пет година, рачунајући од доспелости најстаријег потраживања после кога дужник није вршио давања⁷⁰

2) међусобна потраживања правних лица из уговора о промету роба и услуга, као и потраживања накнаде за издатке учињене у вези са тим уговором⁷¹

3) потраживање закупнине, било да је одређено да се плаћа повремено, било у једном укупном износу⁷²

4) потраживање, накнаде проузроковане штете, овај рок од три године почиње да тече од дана кад је оштећеник дознао за штету и штетника(субјективан рок) с тим што ово потраживање у сваком случају застарева за пет година од када је штета настала (објективни рок)⁷³

Од наведеног рока се одступа у случају када је штета проурокована кривичним делом, а за кривично гоњење је предвиђен дужи рок застарелости, јер у том случају захтев за накнаду штете према одговорном лицу застарева кад истекне време одређено за застарелост кривичног гоњења.⁷⁴ Наведени рок се не примењује ни код потраживања накнаде штете која је настала повредом уговорне обавезе, јер такво потраживање застарева за време одређено за застарелост те обавезе.⁷⁵

У посебном року од једне године застаревају:

1) потраживања накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, плин, воду, за димничарске услуге и за одржавање чистоће, кад је испорука односно услуга извршена за потребе домаћинства;

2) потраживање радио - станице и радио – телевизијске станице, употребу радио-пријемника и телевизијских пријемника;

3) потраживање поште, телеграфа и телефона за употребу телефона и поштанских преградака, као и друга њихова потраживања која се наплаћују у тромесечним или краћим роковима;

4) потраживање претплате на повремене публикације, рачунајући од истека времена за које је публикација наручена.⁷⁶

Сва потраживања која су утврђена правноснажном судском одлуком или одлуком другог надлежног органа, застаревају за десет година, па и она

⁶⁹ Чл. 372.300.

⁷⁰ Чл. 373.ст. 1. 300.

⁷¹ Чл. 374.ст. 1. 300.

⁷² Чл. 373.300.

⁷³ Чл. 376.ст.1. и 2. 300.

⁷⁴ Чл.377. ст.1.300.

⁷⁵ Чл. 376, ст. 3. 300.

⁷⁶ Чл. 378.ст.1. 300.

за које је законом предвиђен краћи рок застарелости.⁷⁷ Осим тога, и потраживања на основу осигурања живота застаревају у сваком случају за десет година.⁷⁸

3. СУДСКА ПРАКСА

1. „Тужилац, као ујак оставиоца, може захтевати у односу на туженог, стрица оставиоца, да се утврди да је његова пок. сестра, мајка оставиоца, у браку са пок. супругом, иза кога није вођен оставински поступак, стекла покретну и непокретну имовину, коју он надаље, као наследник другог наследног реда, има право да наслеђује“ Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж 3775/2018 од 12.07.2018. год. Извор: Правна база Paragraf Lex.

2. „Протеком рокова у коме су наследници имали право да захтевају заоставшину према чл. 144. Закона о наслеђивању од 11.05.1955. године наступила је преклузија, која има за последицу губитак права на законско наслеђивање. Тужиоци су протеком законског рока за остварење заоставштине иза пок. М. изгубили право на законско наслеђивање, јер је наступила законска преклузија која има за последицу одбијање тужбеног захтева“. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 255/04 од 11.11.2004. год. Извор: Билтен судске праксе Врховног суда Србије за 2004. годину.

3. „Право на истицање наследноправног захтева, који не подлеже застаревању, престаје услед стицања својине путем редовног одржаја“. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 2921/2016 од 26.10.2016. год. Извор: Правна база Paragraf Lex.

4. „Протеком законом прописаног рока за остварење права на заоставштину престаје и само право на законско наслеђе – законска преклузија“. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 255/2004 од 11.11.2004. год. Извор: Правна база Paragraf Lex.

5. „С обзиром да постоји могућност да се савесним држаоцем сматра и онај који поседује оставину без решења о наслеђивању, као и да се несавесним држаоцем сматра оно лице које оставину поседује на основу правоснажног решења о наслеђивању, постојање решења о наслеђивању није увек одлучно код процењивања да ли се ради о савесном или несавесном држаоцу.“ Одлука Окружног суда у Косовској Митровици, Гж. 385/94. Од 06.12.1994. год. Извор: Светислав Р. Вуковић, Коментар Закона о наслеђивању (са судском праксом, обрасцима, регистром појмова и прилогом), Пословни биро, Београд, 2007, 330.

6. „Како је оставиља умрла 1981. године, њена заоставштина није расправљена, а тужиља као законски наследник оставиље је тужбу за

⁷⁷ Чл. 379.ст.1. ЗОО.

⁷⁸ Чл. 380.ст.2. ЗОО.

утврђивање права својине по основу наслеђа поднела јула 2001. године, то је њено право захтевати заоставштину застарело применом члана 206. Закона о наслеђивању који је био на снази у време смрти оставиле.

Рок застарелости се има рачунати од момента смрти, а не од одлуке суда или подношења захтева.“ Пресуда Општинског суда у Гучи, П. Бр. 228/2001, од 25.9. 2002. год. и Пресуда Окружног суда у Чачку Гж. 51/2003. Извор: Слободан Панов – Оливер Антић, Породично право и Наследно право, Приручник за полагање правосудног испита, ProJuris, Београд, 2017, 188.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Закон о наслеђивању РС из 1995. године уместо раније одредбе о застарелости права на захтевање заоставштине из чл.141. Савезног ЗОН-а из 1955 године и чл. 139. Закона о наслеђивању СР Србије из 1974. године, новим чл. 221. под насловом „Незастаривост права наследника да захтева заоставштину“ прописује да право наследника да захтева заоставштину не застарева. Међутим, ово право није неограничено Оно је ограничено правилима о одржају, стицању од невласника и застарелости потраживања. За разлику од претходних Закона о наслеђивању, према новом ЗОН-у РС право привидног наследника, настаје услед одржаја, стицања од невласника и застарелости потраживања, а не због застарелости наследног права стварног наследника. Ово ново законско решење о незастаривости hereditatis petitio у поређењу са ранијим решењем значајно поправља и ојачава положај (правог) наследника, јер му омогућава бољу заштиту његовог субјективног наследног права, него што су то чинили претходни закони.

Branko MILETIĆ, LL.D

Assistant Professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

THE INOBSOLETENESS OF THE RIGHT TO CLAIM INHERITANCE

Summary

Instead of the earlier provisions on prescription of the heir's right to claim inheritance stipulated in the Article 141 of the Law on Succession of the Federal Socialistic Republic of Yugoslavia from 1955. and in the Article 139. of the Law on Succession of the Socialistic Republic of Serbia from 1974, the new Law on Succession of the Republic of Serbia from 1995, in its Art. 221 entitled „The non-obsolateness of the right of the heir to claim inheritance” determines that the right of the heir to demand the inheritance (hereditary claim) is not subject to prescription. However, under new Law, although this right is not limited in time, it is substantive limited by the rules on usucapion, acquisition from non-owners and prescription of claims. Consequently, if the actual (parent) heir claims of the restitution of the inheritance from the possessor of the inheritance (apparent heir), the possessor has good defenses founded on rules on usucapion, acquisition from non-owners and prescription of claims, but he/her has no defense (exception) grounded on simple claim that the right of the parent heir is obsolete.

In this contribution, after short introductory remarks on hereditary claim, the author points out the differences between legislative solutions on prescription of this claim in the former Laws (Law on Succession of the Federal Socialistic Republic of Yugoslavia from 1955. and Law on Succession of the Socialistic Republic of Serbia from 1974.) and the solution in the new Law on Succession of the Republic of Serbia from 1995, analyzes and explains the constitutive elements of their content, and presents some court decisions in this area, concluding that the new solution on inobsolateness of the hereditary claim (hereditatis petition) is in conformity with modern tendencies in comparative law, and, in contrast with former legislative solutions, represents a positive step forward, because it strengthens the position of the parent heir enabling to him/her the better protection of his/her hereditary right.

Key words: *Obsolence of the right to claim inheritance; inobsolateness of the right to claim inheritance; usucapion, acquisition from non-owners; prescription of claims.*

ЛИТЕРАТУРА

Антић, Оливер, „Незастаривост наследничке тужбе“, *Правни живот*, бр. 12/1996.

Антић, Оливер. *Наследно право*, Номос, Београд, 2011.

Антић, Оливер – Балиновац, Зоран. *Коментар Закона о наслеђивању*, Номос, Београд, 1996.

Бабић, Илија. *Наследно право*, Службени гласник, Београд, 2008.

Бујуклић, Жика. *Forum Romanum*, (*Римска држава, право, религија и митови*), Правни факултет у Београду, Београд, 2012.

Вуковић, Светислав. *Коментар Закона о наслеђивању (са судском праксом, обрасцима, регистром појмова и прилогом)*, Пословни биро, Београд, 2007.

Ђурђевић, Владислав. „Правна средства за усклађивање правног и фактичког положаја наследника“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, 1991.

Ђурђевић, Дејан, *Институције наследног права*, Службени гласник, 2010.

Ковачевић Куштримовић, Радмила – Лазић, Мирослав. *Стварно право*, Рунта, Ниш, 2009.

Креч, Милан – Павић, Ђуро. *Коментар закона о наслеђивању (са судском праксом)*, Народне новине, 1964, Загреб.

Марковић, Славко. *Наследно право*, Београд, 1981.

Месаровић, Коста. „Застарелост наследноправних захтева наследника“, *Гласник АКВ*, бр. 9/1967.

Милошевић, Мирослав. *Римско право*, Правни факултет, Београд, 2019.

Панов, Слободан – Антић, Оливер. *Породично право и Наследно право*, Приручник за полагање правосудног испита, ProJuris, Београд, 2017.

Планојевић, Нина. „Незастаривост hereditatispetitio“, у: *Новине у Закону о наслеђивању Србије из 1995. године (Прир. С. Сворцан)*, Правни факултет у Крагујевцу – Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 1998.

Прица Р. „СТИЦАЊЕ ОД ПРИВИДНОГ НАСЛЕДНИКА“, *Гласник АКВ*, бр. 6/61, стр. 4-9.

Сворцан, Слободан, *Наследно право*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.

Стеванов, М. „Наследноправни захтев и његова застарелост“, *Наша законитост*, бр.1-2/63.

Стојановић, Наташа. *Наследно право*. Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011.

Финжгар, Алојзиј. „Наслеђивање“, у: *Енциклопедија имовинског права и права удрженог рада*, том II, Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, 347-378.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о наслеђивању (пречишћен текст), „Службени лист СФРЈ“, бр. 42/65.

Закон о наслеђивању, „Службени гласник СР Србије“ бр.52/74, 1/80 и 25/82 – други закон.

Закон о наслеђивању, "Службени гласник РС", бр. 46/95, 101/2003 одлука УС РС и 6/2015.

Закон о основама својинскоправних односа, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80, 236/90 „Сл. лист СРЈ“ бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005. - др. Закон.

Закон о државном премеру и катастру, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80, 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/ 96 и „Сл.гласник РС“, бр. 115/2005, - др. закон.

Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља, и „Службени гласник РС“, бр. 18/2020.

Српски грађански законик (СГЗ) из 1844.

Швајцарски грађански законик (ШГЗ) из 1907.

Италијански грађански законик (ИГЗ) из 1942.

Јована МИЛОВИЋ*

347.65/.66(497.11)

ВАНБРАЧНИ ПАРТНЕРИ КАО ЗАКОНСКИ НАСЛЕДНИЦИ DE LEGE FERENDA

Апстракт: Општа забрана дискриминације, гарантована бројним међународним и националним актима, у пракси и даље не достиже прописани ниво. У домаћем законодавству принцип једнакости свих грађана у остављавању својих права не подразумева и једнакост у остваривању наследних права. Ванбрачни партнери не могу бити законски наследници у српском праву. Аутор у раду настоји да кроз упоредноправну анализу предложи регулисање положаја ванбрачних партнера као законских наследника, уз давање јасних критеријума. С обзиром на постојање различитих врста ванбрачних заједница, аутор отвара питање међусобног законског наслеђивања партнера из истополних заједница. Ово питање постаје додатно актуелно уколико се имају у виду промене схватања ванбрачне заједнице предвиђене Преднацртом грађанског законика Србије.

Савремено друштво се ослобађа предрасуда, граница, застарелих схватања ванбрачних заједница, па је овакве промене потребно испратити и у законодавству.

Кључне речи: забрана дискриминације, ванбрачне заједнице, истополне заједнице, брак, законски наследници.

УВОД

Принцип једнакости грађана пред законом, иако често прокламован у међународним и националним актима, наилази на отпор традиције и у оним државама које су највећи заговорници отклањања сваког облика дискриминације. Тежња наше државе за улазак у европску породицу подразумева усвајање вредности које неретко кроз своју праксу креира и Европски суд за људска права. Тако и поједини ставови домаћих судова иду у правцу отклањања дискриминације према полу, сексуалној оријентацији, поштовању права на приватан и породичан живот и права на имовину.

Промене схватања, и прихватање ванбрачних заједница као „нормалног“ начина за остваривање породичног живота, изазвале су и бројне

* Асистент, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, jovana.milovic@pr.ac.rs

законодавне промене у домаћем законодавству. Тако Породични закон предвиђа низ права ванбрачним партнерима, право на усвојење (чл. 101, ст. 1 ПЗ), право на издржавање (чл. 152 ПЗ), право на заједничку имовину под којом закон подразумева имовину коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања заједнице живота у ванбрачној заједници (чл. 191, ст. 1. ПЗ). Ванбрачни партнери имају иста права као и супружници у погледу усвојења и зачећа уз биомедицинску помоћ.¹ Закон о пензијском и инвалидском осигурању² од 2019. године у круг лица која имају право на породичну пензију сврстава и ванбрачног партнера.³

Како српско законодавство одавно пати од партикуларизма и међусобне неусклађености сродних закона, таква традиција је настављена и у погледу правног положаја ванбрачних партнера. Признавање ванбрачних заједница породичним законодавством није изазвало промене у наследноправном законодавству. Ванбрачни партнери се не могу међусобно наслеђивати на основу закона. У претходним фазама пројекта дат је критички осврт на ћутање законодавца у погледу наследних права ванбрачних партнера. Услед низа горе поменутих законодавних промена, више не треба постављати питање да ли ванбрачни партнери могу бити

¹ О. Цвејић Јанчић, *Породично право*, Нови Сад, 2009, стр. 210-212.

² Чл. 28 и чл. 34. Закона о пензијском и инвалидском осигурању, "Сл. гласник РС", бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019 и 62/2021.

³ Бранкица Јанковић, повереница за заштиту равноправности, 2019. године покренула је иницијативу за измену и допуне члана 28. и члана 34. Закона о пензијском и инвалидском осигурању, и тиме отклањање дискриминације ванбрачних партнера у погледу остваривања права на породичну пензију. У својој иницијативи повереница се позвала на члан 21. Устава Републике Србије сходно којем се забрањује сваки вид дискриминације, по било ком основу. Оваквом уставном одредбом се остварује један од носећих принципа модерног права, а то је принцип једнакости, сходно којем сви грађани и грађанке своја права остварују под једнаким условима. Затим члан 62. Устава Републике Србије којим се ванбрачна заједница изједначава са браком. С обзиром да сви закони и други општи акти донесени у Републици Србији морају бити у складу са Уставом, чл. 28 и чл. 34. треба изменити и допунити. Повереница је указала и на изједначавање ванбрачне заједнице са браком и породичним законодавством. Повереница је указала и на образложење одлуке Уставног суда поводом оцене уставности чланова 28, 29, 30 и 34 Закона о пензијском и инвалидском осигурању у коме се указује на потребу да се оспореним одредбама уреде и права ванбрачног партнера. Одлука Уставног суда од 30. јуна 2011. године у предмету Iуз-90/2008, доступна на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/6805/?NOLAYOUT=1> Више о Иницијативи за измене и допуне чл. 28. и 34. Закона о пензијском и инвалидском осигурању на: <http://ravnopravnost.gov.rs/inici%D1%98%D0%B0tiv%D0%B0-z%D0%B0-izm%D0%B5n%D0%B5-i-d%D0%BEpun%D0%B5-cl-28-i-34-cir/>

законски наследници, већ на који начин могу остварити своја законска наследна права.

1. ДЕФИНИСАЊЕ ВАНБРАЧНЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Практичан живот поједине законске одредбе зависи од њене способности да институт који регулише свеобухватно и јасно дефинише. Чини се да дискриминација ванбрачних заједница по различитим основама, често произилази из недовољно јасног одређења појма ванбрачне заједнице. Дискриминаторном понашању свакако води и везивање породице и породичног живота искључиво за брак, као темељ њеног заснивања. Међутим, савремена породица подразумева различите моделе заједничког живота. Промене схватања породице умногоне су настале под утицајем тумачења Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода⁴ од стране ЕСЉП. Тако у тумачењу члана 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама⁵, Европски суд истиче да је есенцијални састојак породичног живота право на заједнички живот како би се породични односи нормално развијали и како би чланови породице могли да уживају у међусобном друштву. Наиме, питање постојања породичног живота зависи од блиских породичних веза у пракси. Стога суд треба да разматра *de facto* породичне везе у сваком конкретном случају, као што је на пример заједнички живот партнера, у одсуству било каквог правног признања породичног живота. Остали фактори који могу помоћи у процењивању су и дужина везе, спремност парова да се обавежу, да покажу посвећеност једно другом кроз имање заједничког детета.⁶ Тако, сходно тумачењу Европског суда за људска права, појам „породице“ није ограничен на бракове и на њему засноване породице, него обухвата и различите ванбрачне/фактичке заједнице, са фокусом на стабилности и континуитету у породичним везама (чак и без кохабитације).⁷

⁴ Конвенција о људским правима, са изменама предвиђеним Протоколима 11, 14 и 15, с Протоколима 1, 4, 6, 7, 12, 13 и 16, приступљено 01. августа 2021, доступно на: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf у даљем тексту: Конвенција о људским правима и основним слободама.

⁵ “Свако има право на поштовање приватног и породичног живота“, чл. 8. Конвенције о људским правима и основним слободама.

⁶ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Updated on 31 December 2020, стр. 64., приступљено 05. августа 2021, доступно на: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

⁷ И. Грубешић, Ц. Радончић, *(НЕ)ДИСКРИМИНАТОРНИ ТРЕТМАН ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА У ОСТВАРИВАЊУ ПРАВА НА ПОРОДИЧНУ ПЕНЗИЈУ*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 86/2020, стр. 42.

Породични закон Републике Србије предвиђа посебну заштиту породице и породичног живота⁸, али је не дефинише. Тако се нужно поставља питање шта је „породица“ српског друштва? Да ли породица настаје само закључењем брака и рађањем деце у истом, или пак до њеног настанка долази и заснивањем ванбрачне заједнице? Шта је ванбрачна заједница?

Породични закон Федерације Босне и Херцеговине, донет у периоду доношења и нашег Породичног закона, у члану 2 дефинише породицу као: „животну заједницу родитеља и дјеце и других крвних сродника, сродника по тазбини, усвојилаца и усвојеника и особа из ванбрачне заједнице ако живе у заједничком домаћинству“.⁹ Иако наш Породични закон не даје дефиницију породице, тумачењем законских одредби долазимо до појмовног одређења које даје поменути Породични закон Федерације БиХ. Наш законодавац у члану 4, експлицитно изједначава ванбрачну заједницу са брачном, чиме говори у прилог подвођења под појам „породичног живота“ и оваквих заједница.

У нашем праву ванбрачна заједница је дефинисана као трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи¹⁰. Сходно Породичном закону само се оваквој заједници могу признати правна дејства. Из дефиниције ванбрачне заједнице виде се основни услови које једна заједница мора да испуњава да би се сходно закону сматрала ванбрачном заједницом. Есенцијални услов постојања ванбрачне заједнице је заједница живота, односно воља и намера ванбрачних партнера да заједно живе, заједно привређују, буду међусобна подршка, имају заједничку децу. Потребно је да ванбрачна заједница буде видљива и трећим лицима, баш као и брак, за трећа лица ванбрачни партнери живе као муж и жена. Ванбрачну заједницу којој се признају правна дејства треба да карактерише трајност и стабилност.¹¹ Заједница живота између ванбрачних партнера мора да буде трајнија да би производила правна дејства. Када постоји трајнија заједница живота фактичко је питање које се утврђује према околностима конкретног случаја. У појединим правима се поставља одређени временски оквир за трајање ванбрачне заједнице. Сходно законској дефиницији ванбрачне заједнице, у нашем праву, правна дејства се признају само хетеросексуалним заједницама, заједницама жене и мушкарца. Да би ванбрачна заједница

⁸ Чл. 2. Породичног закона, “Сл. гласник РС”, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015. У даљем тексту: ПЗ.

⁹ Чл. 2. Породичног закона, “Сл. новине ФБиХ”, бр. 35 до 20 јуна 2005.

¹⁰ Чл. 4. ПЗ, „Ванбрачна заједница је трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери). Ванбрачни партнери имају права и дужности супружника под условима одређеним овим законом.“

¹¹ М. Јањић-Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић, *Породично право*, Београд, 1999, стр. 127.

производила правна дејства између ванбрачних партнера не сме бити брачних сметњи.¹²

2. НАСЛЕДНА ПРАВА ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Принцип једнакости, као један од носећих принципа модерног права, не проналази своју дословну примену у наследноправном законодавству. Закон о наслеђивању¹³ Републике Србије у круг законских наследника не сврстава ванбрачне партнере. Оваквом законском одредбом игнорише се више од 116.000,¹⁴ ванбрачних породица у Републици Србији. Законодавац не само да игнорише стање у пракси, већ своје одредбе не усаглашава са актима хијерархијски вишим од њега. Иако је самим Уставом Републике Србије предвиђена његова супрематија¹⁵, Закон о наслеђивању не усаглашава своје одредбе са чланом 62 Устава, који ванбрачну заједницу изједначава са браком. Поред тога, Закон о наслеђивању је неусаглашен и са сродним законима који ванбрачним заједницама признају сплет права која су раније била резервисана за супружнике.¹⁶

Признавање наследних права ванбрачним партнерима, пак, не би представљало новину на нашим просторима. Наиме, још је Закон о наслеђивању САП Косова¹⁷ из 1974. године признавао наследна права ванбрачним партнерима. Ванбрачни партнер је могао бити законски наследник свог ванбрачног партнера уз испуњење одређених услова и то: „1. да је ванбрачна заједница до часа смрти оставиоца трајала најмање 15 година, а ако је у овој заједници било деце, онда је довољно трајање од најмање 5 година (члан 20. став. 1.); 2. да се у тренутку смрти оставиоца ни један ни други партнер не налазе у браку са трећим лицем, односно да је

¹² Брачне сметње су брачност, неспособност за расуђивање, одређени степени крвног, адоптивног и тазбинског сродства, малолетство, надостатци воље, старатељство.

¹³ “На основу закона, оставиоца наслеђују: његови потомци, његови усвојеници и њихови потомци, његов брачни друг, његови родитељи, његови усвојиоци, његова браћа и сестре и њихови потомци, његови дедови и бабе и њихови потомци и његови остали преци“, чл. 8. Закона о наслеђивању, “Сл. гласник РС”, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015. У даљем тексту: ЗОН.

¹⁴ Према попису из 2011.године на територији Републике Србије од 2.125.772 породице 116.914 су ванбрачне породице. Данас је тај број много већи. Подаци Републичког завода са статистику доступни на <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/3102020201?languageCode=sr-Cyrl>, приступљено 10. август 2020.

¹⁵ Чл. 194. Устава Републике Србије, “Сл. гласник РС”, бр. 98/2006.

¹⁶ Породични закон, Закон о здравственом осигурању, Закон о пензијском и инвалидском осигурању.

¹⁷ “Службени лист САП Косова”, бр. 43 од 31. децембра 1974.

оставилац који се налазио у браку са трећим лицем поднео тужбу за развод или поништење брака, а да се након његове смрти утврди да је тужба била основана; 3. да ванбрачни партнери нису узајамни нужни наследници (члан 20. став. 2)¹⁸. Међутим, оправдање за овакво законско регулисање наследних права ванбрачних партнера, тешко да се може пронаћи у либералним схватињима и прихватању ванбрачних заједница. Овакво законско регулисање представљало је покушај руралног албанског живља да под окриље закона подведе заједнице које су настајале на основу њихових обичаја.

Наследна права ванбрачним партнерима била су призната и у праву Словеније, Законом о наслеђивању из 1976.¹⁹ Ванбрачни партнери, сходно овом закону, су се могли међусобно наслеђивати уколико су била испуњена два услова. Први услов се односио на постојање животне заједнице, исте заједнице која се остварује и у браку. Други услов се односио на њено трајање. Закон у погледу трајања ванбрачне заједнице није одређивао тачан рок, већ је користио правни стандард да је ванбрачна заједница „дуже трајала“. Суд би потом процењивањем свих околности конкретног случаја, утврђивао испуњеност овог услова. Поред наведених услова, између мушкарца и жене који су дуже времена живели у заједници, није смело бити брачних сметњи. Заједнице живота између мушкарца и жене, које су испуњавале наведене услове, представљале су основ за законско наслеђивање.²⁰

Ускраћивањем наследних права ванбрачним партнерима, у домаћем законодавству, врши се њихова дискриминација на основу личног својства – брачног статуса²¹. Тако се законском одредбом којом се одређује круг наследника врши повреда члана 14. Конвенције за заштиту људских права и

¹⁸ С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 151.

¹⁹ *Zakon o dedovanju*, "Uradni list SRS", št. 15/76, 23/78, *UradnilistRS*, št. 13/94 – ZN, 40/94 – odl. US, 117/00 – odl. US, 67/01, 83/01 – OZ, 73/04 – ZN-C, 31/13 – odl. USin 63/16. У даљем тексту *Zakon o dedovanju*.

²⁰ Б. Т. Благојевић, *Наследно право у Југославији – Права република и покрајина*, Савремена администрација, Београд, 1988, стр. 173.

²¹ "Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, повезаност с неком националном мањином, имовина, рођење или други статус", чл. 14, Конвенције за заштиту људских права и основних слобода. „Сви су пред законом једнаки и имају право на једнаку законску заштиту без икаквог разликовања. У том погледу закон ће забранити сваку дискриминацију и зајемчити свим лицима подједнаку и ефикасну заштиту против сваке дискриминације, нарочито на основу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког и било ког другог мишљења, националног и друштвеног порекла, имовине, рођења или другог статуса.

основних слобода и члана 26. Међународног пакта о грађанским и политичким правима²², који поменути облик дискриминације забрањује. Изгледа да се наш законодавац када су у питању наследна права ванбрачних партнера води Наполеоновом крилатицом „да се ванбрачни партнери не покорављују закону, те се закон не интересује за њих“.²³ Ванбрачни партнери не улазе у круг законских наследника само зашто што њиховој заједници живота недостаје формални акт приликом заснивања. Тако коришћење једног Уставом предвиђеног права, на слободно одлучивање о закључењу и раскидању брака²⁴, искључује могућност стицања другог, наследног права.

Заједнице које су настајале простом сагласношћу партнера, без предузимања каквог формалног акта, дуго су сматране неморалним.²⁵ Међутим, промене схватања ванбрачних заједница и њихово прихватање као „нормално“ начина за остваривање породичног живота, потиснула су епитет неморалности који се за овакве заједнице у прошлости везивао. Данас у ванбрачне заједнице ступају млади, образовани чланови друштва, који сматрају да њихови партнерски и лични односи не треба да зависе од одлуке неког државног органа већ од њих самих.

Праведност правних норми може се постићи једино кохезијом права и морала, те тако правне норме морају испратити промене моралних схватања, и представљати одраз постојећих друштвених односа. Законска одредба о кругу законских наследника пре представља једну традиционалну норму, за коју се не може наћи некакав рационалан правни основ у савременом друштву.²⁶ Постојање ванбрачне заједнице није противправно, противправно је непризнавање права ванбрачним партнерима чији је положај Уставом изједначен са супружницима. Поред тога, ванбрачна деца су потпуно изједначена са брачном²⁷, и у наслеђивању. Зашто онда та права не признати и ванбрачним партнерима?!

Сходно наведеном потребно је прилагођавање наследноправног законодавства постојећем времену, односима, реалности. У савременом друштву ванбрачна заједница није више неморална, критикована и презрена,

²² Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Службени лист СФРЈ (Међународни уговори), бр. 7/1971, приступљено 06. августа 2021, доступно на: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Me%C4%91unardni-pakt-o-gra%C4%91anskim-i-politi%C4%8Dkim-pravima.pdf>

²³ М. Младеновић, *Породично право у СР Југославији*, Београд, 1995, стр. 37.

²⁴ Чл. 62, ст. 1. Устава Републике Србије.

²⁵ О. Јовић-Прлаиновић, *Брак и сродство у домену законског наслеђивања*, Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије, Н. Стојановић, Н. Крстић, Правни факултет у Нишу. Ниш, 2016, стр. 103.

²⁶ М. Д., Митровић, Р. Г. Вукадиновић, *Област права и морала*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2017, стр. 13.

²⁷ „Дете рођено ван брака има једнака права као дете рођено у браку“, Чл. 6, ст. 4. ПЗ

те се ови критеријуми не могу узети као валидни за избегавање признавања наследних права ванбрачним партнерима.

3. КРИТЕРИЈУМИ ЗА СТИЦАЊЕ НАСЛЕДНИХ ПРАВА ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Законодавне промене, али и оне које су се десиле у људској свести, довеле су до ситуације да се више не треба постављати питање да ли ванбрачни партнери могу бити законски наследници, већ на који начин могу остварити своја законска наследна права. Питање признавања наследних права ванбрачним партнерима отвара питање законске стилизације овакве одредбе. Наиме, поставља се питање: Да ли наследна права ванбрачним партнерима признати једном чврстом нормом, и примењивати је на све ванбрачне заједнице без обзира на њихове специфичности у сваком конкретном случају? Примена једне овакве норме водила би неправичним решењима. Таква би, на пример, била норма којом би се одређивао временски оквир трајања ванбрачне заједнице. Наиме, оваквом правном нормом би се занемарили субјективни елементи ванбрачне заједнице, а то је намера ванбрачних партнера да остваре заједницу живота и њихово међусобно саживљавање. Да ли заиста интензитет међусобне повезаности, привржености и намере за заједничким животом можемо везати за тачан временски оквир?! Тако бисмо дошли до случајева да ванбрачни партнери не остваре своја законска наследна права јер је њихова заједница трајала само пар дана краће од постављеног законског оквира, а остварили су заједнички живот, имају заједничку децу, заједницу пуну подршке, међусобне пажње и љубави. Са друге стране, правна норма која не даје јасна мерила за признање наследних права ванбрачним партнерима, води арбитрерном поступању судија, неуједначеној судској пракси у истој правној ствари и нужно неправичним решењима. Решење лежи у проналаску равнотеже између принципа правне сигурности и принципа правичности. У законодавном тексту то би значило јасно дефинисање ванбрачних заједница, са јасним критеријума, уз остављање простора судској пракси да у сваком конкретном случају цени њихово постојање.

Сходно Породичном закону ванбрачна заједница је трајнија заједница живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи.²⁸ Уметање оваквог појмовног одређења ванбрачне заједнице у наследноправно законодавство, значило би постојање одређених услова које ванбрачна заједница мора да испуни да би представљала основ за законско наслеђивање. Тако је потребно да између ванбрачних партнера постоји:

²⁸ Чл. 4, ст. 1. ПЗ.

заједница живота, одређено трајање заједнице живота, различитост полова и одсуство брачних сметњи између ванбрачних партнера.

3.1. Заједница живота

Заједница живота подразумева свеукупност различитих односа између ванбрачних партнера. Конкретно она подразумева емоционалну повезаност, економску солидарност и заједничко подношење социјалних обавеза, полне односе и рађање заједничког потомства.²⁹ Ванбрачни партнери који заједно живе, привређују, имају и подижу заједничку децу, пружају једни другима подршку и пажњу, су муж и жена „без папира“. Њихова воља да живе у заједници којој није претходио какав формални акт заснивања, не треба бити препрека за признавање наследних права, јер је код оваквих заједница субјективни елемент за остваривање заједнице живота доминантнији у односу на брак. За постојање брака заједница живота је последица, а за ванбрачну заједницу услов постојања.

3.2. Трајнија заједница живота

Настанак ванбрачних заједница није везан за предузимање каквог формалног акта, већ овакве заједнице настају сагласношћу воља ванбрачних партнера, њиховим простим саживљавањем. Сходно наведеном врло је тешко утврдити тренутак њиховог настанка али и постојање елемената који је чине заједницом којој се признају одређена правна дејства. Трајност ванбрачне заједнице тако постаје један од суштинских елемената за утврђивање њеног постојања. Временски оквир трајања ванбрачних заједница којима се признају правна дејства, међу њима и наследноправна дејства, одређен је на два начина у упоредном законодавству. У првој групи су оне државе, попут Северне Македоније³⁰ и Хрватске³¹ (за заједнице лица истог

²⁹ З. Деврња, *Ванбрачне заједнице – канонскоправна перспектива*, Анали Правног факултета у Београду, 1/2014, стр. 211.

³⁰ У праву Македоније, сходно Закону о наслеђивању ванбрачни партнери у погледу наслеђивања имају једнак третман као супружници, ако су испуњени одређени услови: „ако је ванбрачна заједница до момента смрти оставиоца трајала најмање 10 година; ако су у ванбрачној заједници рођена деца а ванбрачна заједница је трајала најмање 5 година...“; Д. Ранђеловић, И. Шолаја, *Ванбрачне заједнице у прописима држава бивше СФРЈ*, Годишњак факултета Правних наука у Бања Луци, 9 (9), 2019, стр. 222.

³¹ „Неформално животно партнерство је заједница обитељског живота двију особа истог пола, које нису склопиле животно партнерство пред надлежним тијелом, ако заједница траје најмање 3 године и од почетка је удовољавала претпоставкама прописаним за ваљаност животног партнерства“, чл. 3. Закона о *životnompartnerstvuosobaistogspola*, NN 92/14, 98/19.

пола), које одређују тачно временско трајање заједнице живота да би се сматрала ванбрачном заједницом. Поводом оваквог решења већ је исказан скептицизам. Наиме, законско наслеђивање подразумева стицање заоставштине оставиоца од стране лица са којима је он за живота развио најближе везе, емотивне, оне засноване на сродству. Постављањем временског оквира трајања ванбрачним заједницама, била би ускраћена наследна права оним партнерима који су у кратком временском периоду, краћег од оног предвиђеног у закону, развили изузетно блиске односе, заједнички живот, изродили заједничку децу. Другу групу чине оне државе које трајање ванбрачне заједнице одређују правним стандардом „трајнија заједница живота“. Поред нашег законодавства, овај правни стандард предвиђен је и у праву Словеније³², Хрватске³³ и Црне Горе³⁴. Међутим, ни у једном од поменутих законодавстава се не одређује ближе појам „трајнија заједница живота“. Коришћење стандарда трајнија уместо трајна, указује нам да таква заједница не мора нужно бити дуготрајнија, већ је важнија намера ванбрачних партнера да заснују заједницу живота чије трајање није било привремено или ограничено. Трајност ванбрачне заједнице доприноси уважавању такве заједнице од стране околине. Наиме, услов трајности је испуњен онда када заједница траје толико дуго да се може установити сличност са браком. Основно обележје које ванбрачну заједницу разликује од повремених ванбрачних односа јесте намера ванбрачних партнера да таква заједница буде трајна.³⁵ Тако код процењивања „трајности“ ванбрачне заједнице, дужина трајања није пресудни елемент, већ је важнија „воља и намера партнера да заснују заједницу живота чије трајање није привремено нити ограничено. Од суштинске важности је свест, односно воља ванбрачних партнера“.³⁶ Дуже трајање ванбрачне заједнице је правни стандард који дозвољава судији да собзиром на околности конкретног случаја процени да ли би ванбрачни партнер требало да се јави као законски наследник. Судији у тој процени могу помоћи на пример, заједнички банкарски рачуни, станарски уговори, порески рачуни или доказ да обоје плаћају рачуне за заједничко место становања.³⁷

³² Чл. 4а. Закона о dedovanju.

³³ Чл. 8. Закона о nasljeđivanju, NN 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19. Чл. 2. Закона о životnom partnerstvu s oba istog spola, NN 92/14, 98/19.

³⁴ Чл. 9, ст. 2. Закона о nasljeđivanju, “Sl. list CG”, br. 74/2008 i 75/2017 – odluka US.

³⁵ М. Драшкић, *Породично право и права детета: Породични закон Србије: пракса Европског суда за људска права у области породичног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 173.

³⁶ Д. Ранђеловић, et. al., *наведено дело*, стр. 218.

³⁷ Д. Јанићијевић, *Концепт породице у праву ЕУ*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 68/2014, стр. 397.

Наследна права супружника постоје само уколико је у моменту оставиоачеве смрти постојао пуноважан брак са оставиоцем. Имајући у виду да би се признавањем наследних права ванбрачним партнерима њихов наследноправни положај изједначио са положајем супружника, овај услов мора да буде испуњен и када су у питању ванбрачне заједнице. Тако ванбрачна заједница мора да постоји у моменту оставиоачеве смрти. Закон о наслеђивању Црне Горе то експлицитно и предвиђа.³⁸ Овакво решење треба испратити и у домаћем законодавству.

3.3. Различитост полова

Сходно појмовном одређењу ванбрачне заједнице у Породичном закону, још једна од карактеристика ванбрачне заједнице јесте различитост полова. Међутим, са променама схватања породице, долази и до промене схватања ванбрачних заједница, те се све чеће под њима подразумевају не само заједнице лица различитог пола, већ и оне истог пола. До оваквих промена свакако је дошло и под утицајем Европског суда за људска права. У предмету *Schalk and Kopf v. Austria*, суд је први пут истакао да је вештачко задржавање става да за разлику од хетеросексуалног пара, хомосексуални пар не може да ужива у породичном животу.³⁹ Породични живот се данас не везује за брак, али ни за пол, односно сексуалну оријентацију. Породицу данас чине и супружници и њихова деца, и ванбрачни партнери и њихова деца, али и партнери истог пола који остварују заједницу живота. Европски суд за људска права је тако у пресуди Карнер против Аустрије⁴⁰ закључио "да се у погледу поштивања породичног живота у обзир морају узети кретања у друштву и промене у перцепцији друштвеног и грађанског статуса". У вези с тим, Европски суд је тумачио појам "*de facto* брачне кохабитације", па је закључио да искључење истополних партнера из могућности наслеђивања уговора о закупу стана представља разлику у поступању која не може бити оправдана заштитом породице.

Прихватањем појмовног одређења ванбрачне заједнице из Породичног закона, преузели би правну норму чија је уставност, управо због услова различитости полова, предмет бројних расправа и оцена. Оцена

³⁸ Član 9, stav 2. Zakona o nasljeđivanju, „Sl. list CG“, br. 74/2008 i 75/2017-odluka US.

³⁹ Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Updated on 31 December 2020, приступљено 01. августа 2021, доступно на: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

⁴⁰ Предмет Карнер против Аустрије (Представка бр. 40016/98), Стразбур, 2003, приступљено 17. августа 2021, доступно на: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/12/Karner-protiv-Austrije-presuda.pdf>

уставности члана 4. Породичног закона дата је и од стране Уставног суда Републике Србије, у одлуци ИУ-347/2005⁴¹ од 22.07.2010. По оцени Уставног суда одредба члана 4. став 1. Породичног закона није несагласна са одредбама члана 21. Устава, који се односи на забрану дискриминације. Међутим, суд у свом образложењу наводи да одредба члана 4. став 1. Породичног закона има за последицу различито поступање у односу на сексуалну оријентацију лица која живе у емоционалној и економској заједници, у зависности да ли се ради о лицима истог или различитог пола. Међутим, суд даље указује да није свако различито поступање и дискриминаторно, докле год је засновано на објективном и разумном оправдању. За Уставни суд објективно и разумно оправдање за овакво поступање је одредба члана 62 Устава, којим се ванбрачна заједница везује за брак, под којим се подразумева само заједница живота лица различитог пола. Међутим, одредба члана 62. Устава пре представља једну традиционалну норму, која нема разумног основа у савременом друштву. Уставотворац се грчевито држи брака као средства за заштиту породице, занемарујући чињеницу да се породични живот данас у већој мери одвија независно од брака, у неформалним заједницама лица истог или различитог пола. Породица ужива посебну заштиту, док је брак само један од начина за оставаривање породичног живота. Тако се ускраћивање права, међу њима и наследних, заједницама лица истог пола не може правдати заштитом породице. Чисто традиционалан карактер норми којима се уређује брак полако се мења у упоредном законодавству, те су тако све чешћи примери држава које дозвољавају склапање брака лицима истог пола.⁴²⁴³

Извесне помаке у том смислу је учинила и наша држава. Наиме, у Преднацрту грађанског законика Србије ванбрачна заједница се дефинише као трајнија заједница живота два лица различитог или истог пола (ванбрачни другови), између којих не постоји брачна сметња крвног сродства и ни један од њих се не налази ни у браку нити у заједници живота са неким другим лицем.⁴⁴ Критика истиче да је оваква одредба супротна члану 62 Устава којим се ванбрачна заједница изједначава са браком, под којим се

⁴¹ Одлука ИУ-347/2005 Уставног суда од 22.07.2010, приступљено 10. августа 2021, доступно на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/6916/?NOLAYOUT=1>

⁴² Холандија је била прва земља која је лицима истог пола признала право на склапање брака 2001. Године, Белгија је то учинила 2003. године, Шпанија 2005. године.

⁴³ Европски суд за људска права први пут заузима позитиван став према праву хомосексуалних партнера на склапање брака у случају Шалк и Копф против Аустрије (Представка бр. 30141/04), приступљено 15. августа 2021, доступно на: http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images/files/Prikaz_presuda_ESLJP-cir.pdf

⁴⁴ Чл. 2119. Преднацрта грађанског законика Србије од 28.05.2019.

подразумева заједница живота лица различитог пола. Међутим, није ли то и одредба члана 8 Закона о наслеђивању којом се брак и ванбрачна заједница не изједначавају у погледу наслеђивања? Промене норме која подразумева традиционално схватање брака питање је времена. Ово нарочито имајући у виду да је наша држава израдила Предлог Нацрта Закона о истополним заједницама⁴⁵, за које предвиђа могућност регистрације. Сходно наведеном, потребне су свеобухватне уставне и законодавне промене ради прилагођавања права постојећим друштвеним односима и моралним схватањима.

Наследноправно законодавство у погледу отклањања дискриминације заједница лица истог пола стагнира. Тако су ретке државе у којима основ за законско наслеђивање предствљају ванбрачне заједнице, без обзира да ли је реч о заједницама лица истог или различитог пола. У праву Словеније⁴⁶ и праву Хрватске⁴⁷, ванбрачни партнери могу на основу закона наслеђивати свог партнера без обзира да ли су у питању лица истог или различитог пола.

⁴⁵ Предлог нацрта Закона о истополним заједницама, приступљено 20. Августа 2021, доступно на: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>

⁴⁶ Закон о наслеђивању Словеније је још 1976. године у круг законских наследника сврстао и ванбрачне партнере из заједница лица различитог пола. Међутим, члан 4а словеначког Закона о наслеђивању је 2013. године је проглашен неуставним. Наиме, оваквом одредбом су у погледу наслеђивања дискриминисани истополни ванбрачни партнери из фактичких заједница и то по основу сексулане оријентације. Вид., Видић Трнинић, *Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 68/2014, стр. 409.

⁴⁷ Законом о наслеђивању из 2003.године, Хрватска је ванбрачним партнерима различитог пола, признала својство законског наследника: „На темељу закона оставитеља наслеђује и његови званбрачни друг који је у праву наслеђивања изједначен с брачним. Изван брачном заједницом у смислу овога Закона сматра се животна заједница неударене жене и нежењеног мушкарца која је трајала дуље вријеме, а престала оставитељевом смрћу, под увјетом да су биле испуњене претпоставке које се траже за ваљаност брака“, чл. 8. ZON RH. Хрватска је отишла и корак даље, и Законом о животном партнерству особа истог пола из 2014. године, признала својство законског наследника и истополним партнерима из регистрованих ванбрачних заједница али и истополним партнерима из фактичких ванбрачних заједница. Закон о животном партнерству особа истог пола разликује животно партнерство од неформалног животног партнерства. „Животно партнерство је заједница обитељског живота двију особа истог пола склопљена пред надлежним тијелом у складу с одредбама овога Закона“, чл. 2. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola RH. „Неформално животно партнерство је заједница обитељског живота двију особа истог пола, које нису склопиле животно партнерство пред надлежним тијелом, ако заједница траје најмање три године и од почетка је удовољавала претпоставкама прописаним за ваљаност животног партнерства“, чл. 3. Zakona o životnom partnerstvu osoba istog spola RH.

3.4. Регистроване и фактичке заједнице

У жељи да партнерима из истополних заједница буду призната одређена права, у упоредном законодавству је уочљив тренд предвиђања регистрације оваквих заједница. Чином регистрације истополни партнери добијају низ права, међу њима и могућност међусобног законског наслеђивања. Уколико се на тренутак вратимо на појмовно одређење ванбрачних заједница, долазимо до закључка да је њихова неформалност, одсуство било какве регистрације пред надлежним органом, њихово основно својство. Регистрацијом ванбрачних заједница отклања се основна разлика са браком, али се тиме губи њена суштина. Ванбрачни партнери ступају у ванбрачне заједнице баш зато што желе сами да уређују своје односе, без помоћи каквог државног органа и законских правила. Предвиђањем могућности регистрације истополних заједница, у погледу наслеђивања, отклања се дискриминација по основу личног својства – брачног статуса. Тако долазимо до наше полазне основе а то је дискриминација ванбрачних партнера по основу личног својстава – брачног статуса, у погледу остваривања наследних права. То најбоље можемо видети на примеру Холандије. Холандија не признаје наследна права лицима из фактичких ванбрачних заједница, већ само онима из регистрованих било хомосексуалним било хетеросексуалним заједницама.⁴⁸⁴⁹ Стицање наследних права ванбрачних партнера није везано за њихов пол, већ регистрацију, формални акт, брачни статус. Сходно наведеном ванбрачне заједнице у холандском праву су и даље дискриминисане у погледу наслеђивања. Чини се да је још неправичније решење оно које долази из немачког законодавства. Наиме, немачки законодавац дозвољава регистрацију, а тиме и стицање наследних права, само заједницама лица истог пола.⁵⁰ На основу

⁴⁸ Положај регистрованих партнера у погледу наслеђивања је изједначен са положајем супружника. Article 4:8 Equation of registered partnership with spouses, Book 4 Dutch Civil Code, Law of Succession, 01.01.2003. Приступљено: 09.11.2019, доступно на: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>.

⁴⁹ “A person may, at the same time, only be united in a registered partnership with one other person, either of the same or of another gender. 2. Persons who enter into a registered partnership may at the same time not already be married to someone. 3. The registration of a registered partnership takes place by means of a certificate of registration of partnership drawn up by a Registrar of Civil Status“. Article 1:80a Requirements for a registered partnership, Book 1 Dutch Civil Code. Law of Persons and Family Law, 01.01.1970. Приступљено: 10.11.2019, доступно на: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>.

⁵⁰ У члану 10 Закона о регистрованом животном партнерству, регулисан је наследноправни положај партнера из регистроване истополне заједнице. Партнер из истополне заједнице, има исти положај као супружник у погледу наслеђивања. Наиме, као наследник првог наследног реда наслеђује $\frac{1}{4}$ заоставштине, а $\frac{3}{4}$ деле деца оставиоца.

свега наведеног треба испратити позитивна решења земаља у окружењу која у погледу наслеђивања не чине ни дискриминацију на основу личног својства – брачног статуса, нити на основу пола, односно сексулане оријентације. По угледу на словеначко и хрватско законодавство, у Закону о наслеђивању Републике Србије треба унети посебну одредбу која се односи на законска наследна права ванбрачних партнера. Тако треба предвидети да оставиоца на основу закона наслеђује и његов ванбрачни друг који је у погледу наслеђивања изједначен са супружником. Ванбрачном заједницом има се сматрати трајнија заједница живота два лица различитог или истог пола (ванбрачни другови), која је престала оставиоцемом смрћу, под условом да између ванбрачних другова не постоји брачна сметња крвног сродства и ни један од њих се не налази ни у браку нити у заједници живота са неким другим лицем. Наследна права би тако припадала и истополном партнеру из регистроване заједнице, под условом да је заједница постојала у моменту оставиоцеве смрти, и да је од самог почетка удовољавала условима за пуноважност регистроване заједнице.⁵¹

4. ЗАКЉУЧАК

Према постојећем стању у српском наследноправном законодавству ванбрачни партнери не улазе у круг законских наследника, чиме се врши њихова дискриминација на основу личног својства – брачног статуса. Без обзира на чињеницу да су ванбрачне заједнице, трајније заједнице живота у којима постоје чврсте емоционалне, економске везе, у којима се рађа не мали број деце, одсуство формалног акта приликом њиховог заснивања чини их, према ставу законодавца, неподобним правним основом за законско наслеђивање. Непризнавање наследних права ванбрачним партнерима у супротности је и са чланом 62. Устава Републике Србије којим се ванбрачна заједница изједначава са браком. Уколико се удаљимо од позитивног законодавства и кренемо корак унапред ка појмовном одређењу ванбрачне заједнице које је дато у Преднацрту грађанског законика, видимо промене схватања и самих ванбрачних заједница, под којима се више не подразумевају само заједнице лица различитог пола већ и оне лица истог

У другом законском наследном реду партнеру из истополне заједнице припада $\frac{1}{2}$ заоставштине, док преосталу заоставштину деле родитељи оставиоца, односно њихово потомство. У трећем законском наследном реду партнер из истополне заједнице наслеђује са дедама и бабама оставиоца, и добија $\frac{1}{2}$ заоставштине, док потомке деда и баба искључује из наслеђа. Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft, приступљено: 15.11.2019. године, доступно на: <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/>.

⁵¹ Вид., чл. 8. ZON RH, чл. 2. Zakona o životnompartnerstvuosobaistogspola RH, чл. 3. Zakona o životnompartnerstvuosobaistogspola.

пола. Измене породичног законодавства нужно морају водити променама и у наследноправном законодавству. Савремене породично правне норме које су одраз савремених друштвених прилика остављају иза себе традиционалне уставне норме, чије измене тек следе. Наиме, уставним одредбама строго се штити брак као заједница лица различитог пола, ради заштите породице као основне ћелије друштва. Међутим, у савременом друштву породични живот остварује се и у бројним фактичким заједницама које не подразумевају нужно предузимање одређеног формланог акта приликом њиховог заснивања. Услед тога ванбрачне заједнице не треба третирати као замену за брак, већ као посебан начин за остваривање породичног живота. Стицање и уживање појединих права ванбрачних партнера се пак може поистовећивати са правним положајем супружника. Свакако под утицајем бројних законодавних промена питање је тренутка када ће доћи до измене традиционалних схватања брака и породице.

Признавање наследних права ванбрачним партнерима, из истополних или заједница лица различитог пола, чије су заједнице живота трајале толико дуго да се може установити сличност са браком, који нису у крвном сродству и браку односно ванбрачној заједници са другим лицем, неминовност је савременог наследноправног законодавства. Јасно регулисање критеријума којеједна ванбрачна заједница мора да испуни да би се ванбрачни партнери могли међусобно законски наслеђивати је један корак ка отклањању дискриминације оваквих заједница. Читав пут ка њиховом прихватању може се прећи само уколико законодавна решења заживе у пракси.

Jovana MILOVIC

Teaching Assistant

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

EXTRAMARITAL PARTNERS AS LEGAL INHERITORS DE LEGE FERENDA

Summary

The general prohibition of discrimination, guaranteed by numerous international and national acts, still does not reach the prescribed level in practice. In domestic legislation, the principle of equality of all citizens in exercising their rights does not imply equality in exercising inheritance rights. Extramarital partners cannot be legal heirs in Serbian law. The author tries to propose through comparative legal analysis the regulation of the position of extramarital partners as legal heirs, while giving clear criteria. Given the existence of different types of extramarital unions, the author raises the issue of mutual legal inheritance of partners from same-sex unions. This issue becomes even more topical if we take into account the changes in the perception of the extramarital union provided by the Pre-Draft Civil Code of Serbia.

Modern society is free of prejudices, borders, outdated understandings of extramarital unions, so such changes need to be followed in the legislation.

Key words: *prohibition of discrimination, extramarital affairs, same-sex unions, marriage, legal heirs.*

ЛИТЕРАТУРА

Благојевић Б. Т. Наследно право у Југославији – Права република и покрајина, Савремена администрација, Београд, 1988.

Видић Трнинић Ј. Ванбрачни партнер као законски наследник у савременим правима Европе, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Број 68, Ниш, 2014.

Грубешкић И. Радончић Џ. (НЕ)ДИСКРИМИНАТОРНИ ТРЕТМАН ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА У ОСТВАРИВАЊУ ПРАВА НА ПОРОДИЧНУ ПЕНЗИЈУ, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 86/2020.

Деврња З. Ванбрачне заједнице – канонско правна перспектива, Анали Правног факултета у Београду, 1/2014

Драшкић М. Породично право и права детета: Породични закон Србије: пракса Европског суда за људска права у области породичног права, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011

Јањић-Комар, М.Кораћ, Р. Поњавић, З. Породично право, Београд, 1999.

Јанићијевић Д. Концепт породице у праву ЕУ, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68/2014.

Јовић-Прлаиновић О. Брак и сродство у домену законског наслеђивања, Зборник радова, Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије, Н. Стојановић, Н. Крстић, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2016.

Марковић С. Наследно право, Београд, 1981.

Младеновић М. Породично право у СР Југославији, Београд, 1995.

Митровић М. Д., Вукадиновић Р. Г. Област права и морала, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2017

Randelović, D. Šolaja, I. Vanbračne zajednice u propisima država bivše SFRJ, Godišnjak fakulteta Pravnih nauka u Banja Luci. 9 (9), 2019.

Цвејић Јанчић О. Породично право, Нови Сад, 2009.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Устав, „Сл. гласник РС“ бр.98/2006.

Породични закон, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Породични закон, “Сл. новинеФБиХ”, бр. 35 до 20 јуна 2005.

Закон о наслеђивању, „Сл. гласник РС“, бр. 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

Закон о наслеђивању, „Службени лист САП Косова“, бр. 43. од 31. децембра 1974.

Zakon o dedovanju, „Uradni list SRS”, št. 15/1976, 23/1978, Uradni list RS, št. 13/1994 – ZN, 40/1994 – odl. US, 117/2000 – odl. US, 67/2001, 83/2001 – OZ, 73/2004 – ZN-C, 31/2013 – odl. US in 63/2016.

Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola, NN, 92/2014, 98/2019.

Zakon o nasljeđivanju, NN 48/03, 163/03, 35/05, 127/13, 33/15, 14/19.

Zakon o nasljeđivanju, “Sl. list CG”, br. 74/2008 i 75/2017-odluka US.

Преднацрт грађанског законика Србије од 28.05.2019.

Zakon o penziјском и инвалидском осигурању, “Сл. гласник РС”, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УСРС, 84/2004 – др. закон, 85/2005, 101/2005 – др. закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014, 73/2018, 46/2019 – одлука УС, 86/2019 и 62/2021.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Одлука Уставног суда од 30. јуна 2011. године у предмету Iуз-90/2008, доступна на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/6805/?NOLAYOUT=1>

Предмет Карнер против Аустрије (Представка бр. 40016/98), Стразбур, 2003, приступљено 17. августа 2021, доступно на: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/12/Karner-protiv-Austrije-presuda.pdf>

Одлука IУ-347/2005 Уставног суда од 22.07.2010, приступљено 10. августа 2021, доступно на: <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Latn-CS/6916/?NOLAYOUT=1>

Шалк и Копф против Аустрије (Представка бр. 30141/04), приступљено 15. августа 2021, доступно на: http://ravnopravnost.gov.rs/wp-content/uploads/2012/11/images_files/Prikaz_presuda_ESLJP-cir.pdf

Предлог нацрта Закона о истополним заједницама, приступљено 20. Августа 2021, доступно на: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080321/080321-vest18.html>

Иницијатива за измене и допунечл. 28. и 34. Закона о пензијском и инвалидском осигурању на: <http://ravnopravnost.gov.rs/inici%D1%98%D0%B0tiv%D0%B0-z%D0%B0-izm%D0%B5n%D0%B5-i-d%D0%BEpun%D0%B5-cl-28-i-34-cir/>

Конвенција о људским правима, са изменама предвиђеним Протоколима 11, 14 и 15, с Протоколима 1, 4, 6, 7, 12, 13 и 16, приступљено 01. августа 2021, доступна на: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf

Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights, Right to respect for private and family life, home and correspondence, EUROPEAN

COURT OF HUMAN RIGHTS, Updated on 31 December 2020, стр, 64., приступљено 05. августа 2021, доступна: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_8_eng.pdf

Републички завод за статистику, приступљено 05. августа 2021, доступно на <https://data.stat.gov.rs/Home/Result/3102020201?languageCode=sr-Cyrl>

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Службени лист СФРЈ (Међународни уговори), бр. 7/1971, приступљено 06. августа 2021, доступно на: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Me%C4%91unarnodni-pakt-o-gra%C4%91anskim-i-politi%C4%8Dkim-pravima.pdf>

Dutch Civil Code, Law of Succession, Book 4 (2003), доступна <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>

Book 1 Dutch Civil Code. Law of Persons and Family Law, Book 1 (1970), from <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook01.htm>

Gesetzüber die Eingetragene Lebenspartnerschaft, from <http://www.gesetze-im-internet.de/lpartg/>

КРИВИЧНОВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Владимир В. ВЕКОВИЋ*

343.261-052-043.92

СТАРИЈИ ЗАТВОРЕНИЦИ – РАСТУЋИ И МАРГИНАЛИЗОВАНИ СЕГМЕНТ ЗАТВОРСКЕ ПОПУЛАЦИЈЕ

Апстракт: Извршење казне затвора је сложен процес оптерећен низом проблема, који се мултипликују када се ради о особама старијег животног доба, чији удео у затворској популацији широм света бележи убрзан раст. Затвори и програми поступања су дизајнирани за млађа лица, као доминантни део затворске популације. Старије особе се током пеналног третмана суочавају са бројним проблемима као што су: превазиђена архитектонска решења, пренасељеност, виктимизација, неприкладан смештај, прекид породичних веза, отежан приступ правди, неадекватна здравствена заштита и непостојање индивидуализованих програма припреме за отпуст. Присутне су и тешкоће које су последица ранијих ризичних стилова живота и процеса старења: нарушено здравље, алкохолизам, зависност од психотропних супстанци, сиромаштво социјалних интеракција, отежана покретљивост, беспомоћност, депресија, страх од смрти, посебно смрти у затвору итд. Неповољан положај у затвору доводи у питање поштовање људских права старијих осуђеника, али и могућност квалитетног корективног ангажмана и успешне социјалне реинтеграције. Стога се инсистира на развоју стратегија за смањивање затварања старијих особа, као и прилагођавању затворског третмана њиховим посебним потребама. Превазилажење актуелног маргиналног статуса припадника ове рањиве групе представља велики изазов који захтева обуку затворског особља за рад са њима и посебну пажњу приликом класификације, смештаја, креирања и примене програма поступања, решавања безбедносних проблема, унапређења здравствене заштите, одржавања породичних веза и реализације програма припреме за отпуст.

Кључне речи: *старији затвореници, узроци и последице старења затворске популације, третман, изазови.*

УВОД

Старији затвореници су најбрже растућа старосна група у многим затворским системима, укључујући државе чланице Европске уније, Велику

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

Британију, Сједињене Америчке Државе (САД), Канаду, Аустралију, Нови Зеланд и Јапан. Затворска популација широм света убрзано стари. У Аустралији је ниво учешћа затвореника старијих од 50 година у 2000. износио 8,3%, а у 2017. години 12,9%.¹ Слично томе, у САД заступљеност лица старијих од 55 година у затворској популацији је у периоду између 1993. и 2013. године порасла са 3% на 10%,² док у Енглеској и Велсу затвореници старији од 50 година чине 17% затворске популације.³ Такође, у Јапану је између 2000. и 2006. забележен раст броја затвореника старих 65 и више година од 160%.⁴ Да у том погледу Србија не представља изузетак потврђују подаци официјелне статистике да су 2012. године осуђена лица стара 50 и више година чинила 12% од укупног броја осуђеника примљених на издржавање казне.⁵ Демографска истраживања указују да ће се овај глобални тренд наставити и у наредним деценијама. Рапидна промена старосне структуре затворске популације поставља пред кривично правосуђе бројне изазове, чије занемаривање може резултирати низом штетних последица по затворенике, али и друштво у целини.

Старење је неумитни биолошки процес, чија је суштина прогресивно нарушавање физиолошких функција организма. Приоритетно је детерминисано генетским факторима и факторима средине, иреверзибилно је карактера и за последицу има старост, као завршно животно раздобље, и смрт човека. Иако праћено повећаним морталитетом, оно није болест. Старост (биолошка, психолошка и социјална) деградира функционалну способност организма, тј. његову физиолошку компетентност и могућност адаптације на промене у окружењу, што негативно утиче на квалитет живота. Тешкоће са којима се лица старијег животног доба суочавају у друштву додатно се увећавају у затворима. У складу с тим, у раду се фокусирамо на

¹ Australian Bureau of Statistics, *Prisoners in Australia 2000*, cat. No. 4517.0, Canberra, 2000; Australian Bureau of Statistics, *Prisoners in Australia 2017*, cat. No. 4517.0, Canberra, 2017.

² E. Ann Carson, William J. Sabol, *Aging of the State Prison Population, 1993–2013, Special Report*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, May 2016. <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/aspp9313.pdf>, 22. октобар 2021.

³ Her Majesty's Inspectorate of Prisons and Quality Care Commission, *Social care in Prisons in England and Wales, A thematic report*, London, October 2018.

<https://www.justiceinspectores.gov.uk/hmiprisoners/wp-content/uploads/sites/4/2018/10/Social-care-thematic-2018-web.pdf>, 22. октобар 2021.

⁴ Frank J. Porporino, *Managing The Elderly in Corrections*, A version of this paper was presented in May 2014 to participants of the 157th International Training Course of the *United Nations Asia and Far East Institute* (UNAFEI).

⁵ *2012 Annual Report on Prison Administration Operations*, Republic of Serbia, Ministry of Justice and Public Administration, Administration for Enforcement of Penal Sanctions, Belgrade, March 2013, 94.

појмовно одређење и врсте старијих затвореника, узроке пораста њихове заступљености, актуелни положај и проблеме са којима се суочавају, непоштовање људских права због систематског занемаривања и неадекватног задовољавања њихових специфичних потреба, изазове, као и формулисање политика и стратегија које треба да омогуће смислено деловање у циљу успешне ресоцијализације и реинтеграције ове рањиве групе. Паралелно са прилагођавањем затворског третмана потребама старијих затвореника, неопходно је и доследно спроводити стратегије смањења њиховог затварања.

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ СТАРИЈИХ ЗАТВОРЕНИКА

Иако ниво учешћа лица старијег животног доба у затворској популацији, исказан како апсолутним, тако и релативним показатељима, бележи континуиран раст, међу истраживачима, креаторима политике у овој области и пенитенцијарним особљем тек треба да се успостави консензус око тога ко се сматра „старијим затвореником“. Полазећи од националних, историјских, културолошких и демографских специфичности, аутори се приликом дефинисања старијих затвореника опредељују за навршених 45, 50, 55, 60, 62, па и више година. Недостатак општеприхваћене дефиниције отежава упоредна истраживања и извођење научно фундираних закључака, формирање поуздане базе података о старијим затвореницима, утврђивање стопе рецидивизма, правилно сагледавање здравствене проблематике и адекватно реаговање на њу, као и управљање затворима. Упркос постојању различитих схватања, преовладава функционална дефиниција да се старијим затвореником сматра лице које има 50 и више година. Овако ниско почетно доба старости заснива се на налазима истраживања која су идентификовала очигледну десетогодишњу разлику између целокупног здравља затвореника и здравља припадника опште популације. Разлика између хронолошке старости и физиолошког здравља конкретно значи да затвореник од 50 година живота у погледу здравственог стања одговара лицу од 60 година из опште популације. Убрзани процес старења затвореника генерално се приписује комбинацији ризичних стилова живота успостављених пре ступања у затвор (укључујући неодговарајућу исхрану, злоупотребу алкохола и психотропних супстанци, недостатак медицинске неге итд.) и чињенице да затворско окружење може изазвати експанзију болести и стања повезаних са старењем. Због тога је код старијих затвореника знатно већа вероватноћа да ће имати проблема са физичким и менталним здрављем који захтевају примерен медицински и психолошки третман.

Старији затвореници нису хомогена, већ изразито хетерогена популација, што од затворског особља захтева индивидуализовани приступ у процени, планирању, примени и евалуацији програма поступања. На основу

криминалне историје, могуће их је разврстати у три групе: а) лица која први пут ступају у затвор са навршених 50 и више година (најчешће извршиоци тешких кривичних дела – нпр. убистава и сексуалних деликата, са озбиљним тешкоћама у институционалном прилагођавању); б) остарели преступници рецидивисти који су више пута боравили у затвору и враћају му се и у старијем животном добу (по правилу, пате од хроничних здравствених проблема, добро се привикавају на затворски живот, имају ограничене контакте са спољњим светом) и ц) лица која остаре у затвору током издржавања дуготрајне казне (чине најбројнију групу, без већих проблема се адаптирају на затворске услове, институционализација и прекид веза са заједницом отежавају им успешну социјалну реинтеграцију).⁶

2. УЗРОЦИ СТАРЕЊА ЗАТВОРСКЕ ПОПУЛАЦИЈЕ

Тренд старења затворске популације треба посматрати у контексту убрзаног старења светског становништва, било да је реч о порасту броја старијих од 65 година или њиховог удела у целокупној популацији. Од 1950. до 2000. број старих лица се више него утростручио и порастао са 131 милион на 417 милиона, тј. са 5% на 7%.⁷ Средином XXI века, који називају и веком популационог старења, удео старијих од 65 година требало би да буде 16,2%, а у развијеним земљама 26,2%. Старење становништва је глобални феномен и није карактеристично само за развијени свет, мада је у њему најинтензивније. Европу, која је завршила демографску транзицију и пролази кроз посттранзициони период, насељава најстарије становништво. Све демографски најстарије државе света, изузев Јапана, су европске, тј. са Старог континента. Међу њима је и Србија у којој лица старија од 65 година чине 17,4% укупног становништва.⁸

Повећању броја старијих затвореника, поред глобалног старења опште популације, у значајној мери допринеле су и промене на легислативном плану, као и у области кривичног гоњења и изрицања казни. Наиме, у циљу успешније контроле криминалитета, осамдесетих и деведесетих година прошлог века у САД (касније и у другим деловима света) промовисан је приступ који подразумева доношење строжијих закона,

⁶ *Handbook on Prisoners with special needs*, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2009, 126.

⁷ Kevin Kinsella, He Wan, U.S. Census Bureau, *An Aging World: 2008, International Population Reports*, P95/09-1, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, 2009. <https://www.census.gov/prod/2009pubs/p95-09-1.pdf>, 28. октобар 2021.

⁸ Мирјана Девецић, Јелена Стојилковић Ђаатовић, *Демографски профил старог становништва Србије*, Републички завод за статистику, Београд, 2015, 6-7.

прописивање високих посебних минимума казне затвора за бројна кривична дела, изрицање дугих казни и рестриктивну примену превременог отпуштања, увођење праксе да се вишеструким преступницима осуђеним за треће тешко кривично дело (убиство, силовање, разбојништво, продаја дроге) изрекне казна доживотног затвора без могућности условног отпуста (*three-strikes and you're out*) итд. Не треба посебно наглашавати да казна затвора као средство осуђења преступника, нарочито ако се масовно изриче и траје неоправдано дуго, доводи до старења затворске популације – тзв. *silver tsunami*. То изазива бројне економске, друштвене, етичке и здравствене последице, тако да постоји озбиљан ризик да се систем кривичног правосуђа, уколико изостане одлучна акција, сруши под сопственом тежином.⁹

3. ПРОБЛЕМИ СТАРИЈИХ ЗАТВОРЕНИКА

Тешкоће са којима се старија лица свакодневно суочавају у друштву додатно се, како смо указали, увећавају у затворима. Старији затвореници су хетерогена групација, па значајне разлике у погледу њихове старости, порекла, криминалне историје, потреба и прилагођавања животу у затвору, чине нужним додатно ангажовање и индивидуализован приступ пенитенцијарног особља, а било какве генерализације и стереотипе контрапродуктивним.¹⁰ Полазећи од тих сазнања, у тексту који следи анализирамо проблеме који остварују најјачи деструктивни утицај на квалитет живота, успешну ресоцијализацију и социјалну реинтеграцију затвореника старијег животног доба:

1) Здравствени проблеми – нарушено здравље је проблем са којим се суочава највећи број старијих затвореника, углавном због одмаклог животног доба, ризичних стилова живота успостављених пре ступања у затвор, као и убрзаног процеса биолошког старења (затвореник који хронолошки има 50 година у погледу здравственог стања одговара лицу од 60 година из опште популације). Поред кардиоваскуларних болести (хипертензија, ангина пекторис, кардиомиопатије, инсуфицијенција итд.), хроничне опструктивне болести плућа, туберкулозе, хепатитиса, дијабетеса, улкуса, канцера, остеопорозе и Паркинсонове болести, припадници ове рањиве групе често се суочавају и са тешкоћама на плану менталног функционисања – поремећај когнитивних процеса (перцепције, пажње, памћења, мисли, језика, учења), анксиозност, агитација, депресија, страх од умирања, посебно умирања у затвору и сл. Упркос чињеници да се здравље старијих затвореника погоршава убрзаним темпом и може резултирати

⁹ *The High Costs of Low Risk: The Crisis of America's Aging Prison Population*, Prepared by the Osborne Association for: The Florence V. Burden Foundation, July 2014, 3,

¹⁰ *Handbook on Prisoners with special needs*, *op. cit.*, 126.

терминалном болешћу, многе њихове здравствене потребе неће бити препознате и адекватно задовољене. Примера ради, у САД отприлике 40-60% затвореника од 50 и више година пријављује проблеме са менталним здрављем, али приступ лечењу има само сваки трећи.¹¹

2) Повећање трошкова – пораст броја лица старијег животног доба у затворској популацији узрокује високе трошкове. САД троше преко 16 милијарди долара годишње на затварање појединаца старијих од 50 година, знатно више од целокупног буџета Министарства енергетике.¹² У просеку, затварање лица од 50 и више година кошта двоструко више (68.270 долара) од затварања млађег, способнијег појединца (34.135 долара), а у неким случајевима може да кошта и до пет пута више.¹³ У циљу оптималног одговора на специфичне здравствене потребе припадника старије популације, многи затвори ангажују особље специјализовано за палијативно збрињавање или геронтологију и/или формирају посебне јединице за њихову негу.¹⁴ Сложеније медицинске процедуре које се не могу обавити у затвору, захтевају безбедно пребацивање затвореника у медицинску установу и стални надзор поправних службеника, што због високе цене (2.000 долара дневно) додатно повећава и онако енормне трошкове.¹⁵

3) Неадекватно затворско окружење и режим – затвори су првенствено обликовани према захтевима и потребама млађих и здравих лица која чине највећи део затворске популације, тако да се старији, нарочито затвореници са физичким инвалидитетом (отежана покретљивост, потпуни или делимични губитак чула вида и/или слуха, геријатријска инконтиненција и сл.) свакодневно суочавају са бројним проблемима који отежавају или онемогућавају задовољење најосновнијих потреба. Недоступност инвалидских колица, ходалица, електромоторних рампи за

¹¹ Doris J. James, Lauren E. Glaze, *Mental Health Problems of Prison and Jail Inmates*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, NCJ Publication No. 213600, Washington, DC, September 2006.

¹² Inimai Chettiar, Will Bunting, Geoff Schotter, *At America's Expense: The Mass Incarceration of the Elderly*, American Civil Liberties Union, New York, June 2012. <https://www.aclu.org/report/americas-expense-mass-incarceration-elderly>, 4. новембар 2021.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Anna Grant, *Elderly inmates: issues for Australia*, *Trends & issues in crime and criminal justice*, No. 115, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1999. <https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi115>, 6. новембар 2021; Carol Caldwell, Mack Jarvis, Herbert Rosefield, *Issues Impacting Today's Geriatric Female Offenders*. *Corrections Today*, Volume 63, Issue 5, August 2001.

¹⁵ Phil Schaenman, Elizabeth Davies, Reed Jordan, Reena Chakraborty, *Opportunities for Cost Savings in Corrections Without Sacrificing Service Quality: Inmate Health Care*, The Urban Institute, February 2013. <http://www.urban.org/UploadedPDF/412754-Inmate-Health-Care.pdf>, 9. новембар 2021.

савладавање степеница и косина, неприкладан распоред просторија, отежан приступ санитарним чворовима, пренатрпаност, коришћење кревета на спрат, прекомерна топлота или хладноћа, као и низ других архитектонских и грађевинских ограничења, карактеристика су многих затвора у трећој деценији XXI века. Овакву ситуацију поједини аутори описују као „двоструку казну“, истичући да старија лица, без своје кривице, издржавају казну затвора у много тежим условима од млађих затвореника.¹⁶

Баш као и затворска средина, и режими су усклађени са потребама млађих лица као доминантног дела затворске популације. Програми поступања треба да допринесу смањењу стопе рецидивизма кроз стручно оспособљавање, стицање образовања (побољшање писмености и рачунских компетенција) и рекреацију. Генерално узев, социјални, образовни и рекреативни програми намењени млађим затвореницима нису доступни и прикладни затвореницима старијег животног доба – нпр. многи нису заинтересовани за стицање радних вештина, јер се због поодмаклих година неће запошљавати по изласку из затвора, или се услед нарушеног здравља и физичког инвалидитета не могу укључити у рекреативне активности. То недвосмислено указује да индивидуални програми поступања морају бити прилагођени личности старијих затвореника, њиховом животном добу, здравственим и другим потребама, као и дужини казне.

4) Рањивост на виктимизацију – околности живота у затвору, а нарочито маргинализован статус, недостатак моћи и утицаја у неформалној затворској хијерархији, чине да старија лица буду предиспониранија да постану жртве застрашивања, малтретирања, сексуалног злостављања, телесних повреда итд. Таква виктимизација ограничава друштвени ангажман старијих затвореника, стварајући осећај изолованости. То потврђује и податак да старији затвореници, нарочито они са физичким инвалидитетом, доживљавају себе као рањивије на виктимизацију од млађих, виталнијих колега.¹⁷ Повећаном ризику виктимизације доприноси и део особља склоног да, посебно у пренасељеним установама, занемари специфичне здравствене потребе и добробит старијих затвореника: тако је у Енглеској и Велсу неспремност пенитенцијарног особља да помогне затвореницима везаним за инвалидска колица, довела до тога да постану жртве других затвореника којима су се обраћали за помоћ, у неким случајевима и плаћајући је.¹⁸ Висок

¹⁶ Stan Stojkovic, Elderly prisoners: A growing and forgotten group within correctional systems vulnerable to elder abuse, *Journal of Elder Abuse and Neglect*, Volume 19, Issue 3-4, 2007.

¹⁷ John Dawes, Ageing Prisoners: Issues for Social Work, *Australian Social Work*, Volume 62, Issue 2, 2009.

¹⁸ Her Majesty's Inspectorate of Prisons, 'No problems – old and quiet': Older prisoners in England and Wales, A thematic review by HM Chief Inspector of Prisons, London, 2004.

степен виктимизираности и осећај несигурности присутан код знатног броја старијих затвореника, захтева детаљно сагледавање ситуација и околности које доприносе ризику виктимизације, фактора ризика и дефинисање стратегија за избегавање виктимизације. Несумњиво, спречавање и сузбијање виктимизације допринеће превенцији криминала у затворима.

5) Прекид породичних веза и проблеми са отпуштањем – одржавање породичних веза има позитиван ефекат на менталну добробит, ресоцијализацију и социјалну реинтеграцију свих затвореника, посебно оних старијег животног доба. Међутим, старија лица која су провела много година у затвору, временом губе контакт са породицом и спољњим светом, тако да се код њих развија призонизам (институционализација). Одржавање породичних контаката зависи и од врсте кривичног дела. Уколико је дело извршено против члана/чланова породице, породичне посете вероватно ће изостати. Интензитет тих веза атрофира и када је затвореник у затвору далеко од места пребивалишта, или је супружник престар за путовања. Значајан стимуланс одржавању стабилних породичних веза је акумулирање времена предвиђеног за посете – нпр. ако су посетиоци прешли дужи пут или ретко посећују затвореника због ограничених материјалних могућности.

Значајне разлике између старијих затвореника у погледу старости, порекла, криминалне историје, карактеристика личности, здравствених, социјалних, економских и других потреба, постојања/непостојања породичних веза, као и дужине издржане казне (због могућег призонизма), захтевају индивидуализован приступ у изради и реализацији програма за припрему њиховог отпуштања и подршке након изласка на слободу. Затвори треба да делују у уској координацији са службама здравствене и социјалне заштите, агенцијама цивилног друштва и непрофитним сектором из ове области како би се развиле стратегије за решавање специфичних потреба старијих лица, посебно оних који су остали без подршке породице, родбине и пријатеља, и тако олакшао изузетно сложен процес њихове социјалне реинтеграције.

Иако је код старијих затвореника уочен нижи ризик од поновног вршења кривичних дела, често се за њихов условни отпуст или саосећајно ослобађање (превремено медицинско отпуштање терминално или хронично болесних затвореника) користе рестриктивни критеријуми. Одлуке о условном отпусту узимају у обзир и изгледе за смештај и запошљавање по изласку из затвора, што затворенике старијег животног доба доводи у неповољан положај. Разматрању опција превременог отпуштања или условног отпуста противе се и групе за заступање жртава, саме жртве,

њихове породице, као и јавно мњење. Све то, а нарочито губитак наде за излазак на слободу има погубан утицај по ментално здравље затвореника.

4. ИЗАЗОВИ, СТРАТЕГИЈЕ И РЕШЕЊА

Увиђајући да масовно затварање као средство контроле криминалитета и насиља резултира убрзаним старењем затворске популације и другим нежељеним последицама (нарушавање људских права, нехумани услови пренасељености, неефикасност, високи трошкови затварања итд.), припадници академске заједнице, пенитенцијарно особље и грађански активисти широм света указали су почетком овог века на неопходност развоја квалитативно другачијих политика и стратегија супротстављања криминалитету. Нови приступ подразумева чешћу примену алтернативних санкција, смањивање затварања, ревизију оштре праксе изрицања дугих казни, као и реформу механизма ослобађања, што ће омогућити лакше одобравање условног отпуста и саосећајног ослобађања старијих затвореника који не представљају висок безбедносни ризик. Изазови старења затворске популације захтевају бројне, добро осмишљене и усклађене одговоре. По свом значају издвајају се:

1) Обука особља – особљу укљученом у надзор и негу старијих затвореника треба омогућити континуирану обуку, стручно усавршање, унапређење знања, квалификација и мотивације за компетентан и успешан рад са овом рањивом групом, разумевање процеса старења и здравствених проблема повезаних с њим, као и развој комуникационих вештина.

2) Смештај – у неким затворским системима старији затвореници смештају се у одвојене, специјалне јединице. Предности овог решења су вишеструке: заштићеност од виктимизације, олакшан приступ стручном особљу, ресурсима, специјалистичкој нези и програмима поступања усклађеним са њиховим специфичним потребама, позитиван утицај на ментално здравље, идентификација и социјална интеракција са вршњацима. Због ограничених финансијских ресурса, већина старијих затвореника ипак је смештена у општу популацију. Овакав приступ омогућава боравак близу места пребивалишта и олакшава одржавање породичних веза, живот у општој затворској популацији подсећа на живот ван затвора и обезбеђује нормалније окружење за старије затворенике. Без обзира које решење буде прихваћено, затвори морају бити дизајнирани према потребама старијих затвореника и допринети одржавању здравља и побољшању квалитета њиховог живота.

3) Здравствена заштита – затвореницима старијег животног доба ће због нарушеног здравља и присутних коморбидитета најчешће бити неопходне разноврсне здравствене услуге (медицинске, нутриционистичке, психолошке и сл.), што подразумева мултидисциплинарни приступ, тј.

ангажовање стручњака различитих специјалности. Затворске власти морају успоставити блиску сарадњу са здравственим установама у заједници ради пружања специјалистичке неге, као и смештаја у цивилне болнице затвореника чије здравствене тегобе не могу бити адекватно третиране у затвору (нпр. уколико болује од терминалне болести и очекивани животни век му је 6 месеци или мање). У том случају, целисходно је размотрити и могућност саосећајног ослобађања у најкраћем могућем року.

4) Програми поступања – увођење посебних програма прилагођених потребама старијих затвореника је *conditio sine qua non* њихове успешне ресоцијализације и вођења друштвено усклађеног живота на слободи. Ови затвореници се, у складу са програмима стручног оспособљавања и образовања (али и својим жељама и способностима), могу бавити израдом уметничких предмета, другим видовима стваралачког изражавања, читањем, усавршавањем вештина којима већ владају итд. Адекватно осмишљени, квалитетним и разноврсним садржајима испуњени програми ублажавају напетост, стрес, депривације и монотонију затворског живота, истовремено подстичући развој позитивних навика и ставова. У пенолошкој теорији и пракси наглашава се и значај савета и подршке терминално и хронично болесним затвореницима, као и осуђеним на доживотну казну затвора без могућности условног отпуста.¹⁹

5) Контакти са спољњим светом – старије затворенике треба сместити у затвор што ближе кући како би могли да одржавају контакте са члановима породице. Редовна одсуства из затвора, као саставни део затворског режима, и боравак у породици такође унапређују породичне везе и доприносе смањењу осећаја изолованости. Позитиван ефекат на затворенике старијег животног доба остварују и интересовања која за њих исказују организације цивилног друштва током посета затвору.

6) Припрема за отпуштање – у изради и реализацији програма за припрему отпуштања и подршке након изласка из затвора неопходан је индивидуализован приступ који ће уважити посебне потребе старијих затвореника и непостојање породичних, сродничких и пријатељских веза, како би им се олакшао процес социјалне реинтеграције. У циљу пружања максималне подршке овим лицима, неопходно је остварити и продуктивну сарадњу затворских власти са здравственим установама у заједници, службама социјалне заштите, цивилним и непрофитним сектором. У многим друштвима проблем додатно компликује недостатак или недовољни капацитети домова за смештај старијих особа и бригу о њима.²⁰

¹⁹ *Handbook on Prisoners with special needs, op.cit.*, 136.

²⁰ *Ibid.*, 138.

ЗАКЉУЧАК

Старија лица су најбрже растући, али и рањиви, маргинализовани и систематски занемариван сегмент затворске популације. Њихово дуготрајно затворско искуство, које има дубоке и свеобухватне психолошке последице, по правилу је неповољно. С обзиром да масовно затварање као средство контроле криминалитета резултира убрзаним растом броја старијих затвореника и неповољним економским, друштвеним, етичким и здравственим последицама, постепено је сазрела идеја о неопходности артикулисања нове парадигме супротстављања криминалитету. Тај квалитативно другачији приступ подразумева чешћу примену алтернативних санкција, смањивање затварања, ревизију оштре праксе изрицања дугих казни и лакше одобравање условног отпуста и саосећајног ослобађања старијих затвореника који не представљају висок безбедносни ризик. Паралелно са развијањем политика и стратегија смањивања затварања старијих лица, неопходно је осмишљавати и реализовати програме поступања усклађене са њиховим специфичним потребама, као и највишим међународним стандардима из ове области. То ће изгледе за ресоцијализацију и социјалну реинтеграцију припадника ове рањиве групе учинити много извеснијим. Истовремено, растеретиће и затворске системе који се, због бројних проблема са којима се суочавају, налазе пред урушавањем. Неспорно, реч је о изузетно сложенем процесу препуном изазова, али и најдужи пут започиње првим кораком.

Vladimir V. VEKOVIĆ, LL.D.

Full-time Professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

ELDERLY PRISONERS – A GROWING AND MARGINALIZED SEGMENT OF THE PRISON POPULATION

Summary

The elderly are the fastest growing, but also vulnerable, marginalized and systematically neglected segment of the prison population. Their long prison experience, which has profound and comprehensive psychological consequences, is generally unfavorable. Given that mass imprisonment as a means of crime control results in accelerated growth in the number of elderly prisoners and adverse economic, social, ethical and health consequences, the idea of the need to articulate a new paradigm of combating crime has gradually matured. This qualitatively different approach implies more frequent application of alternative sanctions, reduction of imprisonment, revision of the strict practice of imposing long sentences and easier approval of parole and compassionate release of elderly prisoners who do not pose a high security risk. In parallel with the development of policies and strategies to reduce the imprisonment of the elderly, it is necessary to design and implement programs of treatment tailored to their specific needs, as well as the highest international standards in this area. This will make the prospects for resocialization and social reintegration of members of this vulnerable group much more certain. At the same time, it will relieve the prison systems, which, due to the numerous problems they face, are facing collapse.

Key words: *elderly prisoners, causes and consequences of the aging prison population, treatment, challenges.*

ЛИТЕРАТУРА

Australian Bureau of Statistics, Prisoners in Australia 2000, cat. No. 4517.0, Canberra, 2000.

Australian Bureau of Statistics, Prisoners in Australia 2017, cat. No. 4517.0, Canberra, 2017.

Carson, E. A., Sabol, W. J., *Aging of the State Prison Population, 1993–2013, Special Report*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, May 2016. <https://www.bjs.gov/content/pub/pdf/aspp9313.pdf>

Caldwell, C., Jarvis, M., Rosefield, H., Issues Impacting Today's Geriatric Female Offenders. *Corrections Today*, Volume 63, Issue 5, August 2001.

Chettiar, I., Bunting, W., Schotter, G., *At America's Expense: The Mass Incarceration of the Elderly*, American Civil Liberties Union, New York, June 2012. <https://www.aclu.org/report/americas-expense-mass-incarceration-elderly>

Dawes, J., Ageing Prisoners: Issues for Social Work, *Australian Social Work*, Volume 62, Issue 2, 2009.

Девеџић, М., Стојиљковић Ѓњатовић, Ј., *Демографски профил старог становништва Србије*, Републички завод за статистику, Београд, 2015.

Grant, A., Elderly inmates: issues for Australia, *Trends & issues in crime and criminal justice*, No. 115, Australian Institute of Criminology, Canberra, 1999. <https://www.aic.gov.au/publications/tandi/tandi115>

Handbook on Prisoners with special needs, United Nations Office on Drugs and Crime, New York, 2009.

Her Majesty's Inspectorate of Prisons, 'No problems – old and quiet': *Older prisoners in England and Wales, A thematic review by HM Chief Inspector of Prisons*, London, 2004. <https://www.justiceinspectrates.gov.uk/hmiprisons/wpcontent/uploads/sites/4/2014/08/OlderPrisoners-2004.pdf>

Her Majesty's Inspectorate of Prisons and Quality Care Commission, *Social care in Prisons in England and Wales, A thematic report*, London, October 2018. <https://www.justiceinspectrates.gov.uk/hmiprisons/wp-content/uploads/sites/4/2018/10/Social-care-thematic-2018-web.pdf>

James, D. J., Glaze, L. E., *Mental Health Problems of Prison and Jail Inmates*, U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, Bureau of Justice Statistics, NCJ Publication No. 213600, Washington, DC, September 2006.

Kinsella, K., Wan, H., U.S. Census Bureau, *An Aging World: 2008, International Population Reports*, P95/09-1, U.S. Government Printing Office, Washington, DC, 2009. <https://www.census.gov/prod/2009pubs/p95-09-1.pdf>

Porporino, F. J., *Managing The Elderly in Corrections*, UNAFEI, 2014.

Schaenman, P., Davies, E., Jordan, R., Chakraborty, R., *Opportunities for Cost Savings in Corrections Without Sacrificing Service Quality: Inmate Health*

Care, The Urban Institute, February 2013.
<http://www.urban.org/UploadedPDF/412754-Inmate-Health-Care.pdf>

Stojkovic, S., Elderly prisoners: A growing and forgotten group within correctional systems vulnerable to elder abuse, *Journal of Elder Abuse and Neglect*, Volume 19, Issue 3-4, 2007.

The High Costs of Low Risk: The Crisis of America's Aging Prison Population, Prepared by the Osborne Association for: The Florence V. Burden Foundation, July 2014.

2012 Annual Report on Prison Administration Operations, Republic of Serbia, Ministry of Justice and Public Administration, Administration for Enforcement of Penal Sanctions, Belgrade, March 2013.

Др Драган БЛАГИЋ*

343.241:343.221-053.6(497.11)

СИСТЕМ МЕРА И САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Апстракт: Кривичне санкције према малолетним лицима начелно немају репресивни карактер, међутим, то не значи да су напуштене мере лишавања слободе малолетника (заводског карактера) или постојања могућности примене казне малолетничког затвора. Познато је да се у многим савременим кривичноправним системима поступа према малолетницима са посебном пажњом када су у питању изрицање и примена кривичних санкција и других мера. Превасходно се изричу најблаже мере у смислу налога и опомена, а по потреби се реагује и тежим санкцијама као што су мере институционалног карактера.

Стога, природа и садржина кривичних санкција, уопште посматрано, односи се на мере помоћи, заштите малолетника и што бољем надзору правилног сазревања његове личности.

Кључне речи: васпитне мере, санкције, малолетна лица.

УВОД

Пратећи нове тенденције развоја малолетничког кривичног права, у складу са многим европским законским решењима, доношење новог закона о малолетним учиниоцима (ЗОМУКД) уверљиво изражава идеју свестране реформе нашег кривичног законодавства. На овај начин дошло је до систематизације материје малолетничког кривичног права у посебном закону на плану материјалног, процесног и извршног права, која садржи одређене изузетке и другачија решења и на плану прописивања, изрицања кривичних санкција.

Заштитна функција у малолетничком кривичном праву има другачију садржину остваривања, те се као таква, најпре односи на пружање различитих мера и помоћи, а све у циљу постизања посебног друштвеног третмана према малолетницима. У том смислу, малолетничко кривично право тежи ка остваривању превенције, која има за циљ не само заштиту одређених добара од криминалног понашања малолетника, већ и заштиту самих малолетника. На првом месту, превенција треба да се састоји у

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, dragan.blagic@pr.ac.rs

правилном васпитању деце, омладине и благовременом откривању и отклањању проблема у одрастању. Треба, напоменути да генерална превенција у области малолетничког кривичног права има слабије дејство у односу на кривично право које се примењује на пунолетна лица. У овом случају до изражаја долази утицај специјалне превенције који тежи све више ка томе да малолетни учинилац прихвати позитивне друштвене норме васпитног карактера, што даље води обезбеђивању његовог правилног развоја личности.¹

Кривичне санкције према малолетницима у првом реду су мере помоћи и заштите, које садрже што је мање могуће елементе принуде и ограничавања слободе. Према томе, кривичне санкције у малолетничком кривичном праву начелно немају репресивни карактер, већ су то мере које се највише односе на васпитање, образовање, оспособљавање за поновно укључивање малолетника у друштвену заједницу.² Поједини институти који се примењују на пунолетне учиниоце у смислу кривице, одмеравање кривичних санкција, принципа сразмерности и индивидуализације се веома разликују када су у питању малолетни учиниоци. Имајући у виду специфичности малолетничког права и све већу повезаност са породичним правом, може се рећи да одредбе малолетничког законодавства све више попримају значај других норми, које по својој суштини нису кривичноправне.

У наредном поглављу анализираћемо одређена законска решења ЗОМУКД на плану прописивања кривичних санкција, затим указати на више новина које су резултат развоја научних дисциплина и проучавају личност малолетника. Такође ћемо изнети теоријске и практичне ставове по питању садржине и природе кривичних санкција и других мера, које су значајне за наше малолетничко право.

1. КАРАКТЕРИСТИКЕ И САДРЖИНА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИМ ЛИЦИМА

У оквиру нашег кривичног законодавства доношење Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправне заштите малолетних лица (ЗОМУКД) представља велики напредак у односу на многа претходна законска решења. Као што је изнето, овим законом је издвојена материја малолетничког права у засебну целину и представља специфичну заокружену законодавну област.

¹ З. Стојановић, *Политика сузбијања криминалитета*, Нови Сад, 1991.103.

² С. Кнежевић, *Малолетничко кривично право*, Ниш, 2010, 30.

Према одредбама ЗОМУКД³ у првом реду регулисано је питање кривичноправног положаја малолетника које до сада није било посебно издвојено као што је сада учињено поменутиим законом. Значајну новину закона представља прописивање одређених мера које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела. Наиме, говори се *о посебним мерама тј. васпитним налозима* као оправдана алтернатива кривичним санкцијама према малолетницима.⁴ *Васпитни налози*, дакле, нису кривична санкције, већ представљају одређене мере чија је природа слична садржини алтернативних *тј. парасанкцијама* које имају за циљ да се избегне судска процедура. Из суштине овог законског решења произилази да је у нашем малолетничком кривичном праву прихваћен концепт *диверзионог, тј. модела скретања са класичног кривичног поступка*.⁵

Полазећи од извесних међународних докумената, примена диверзионог начина поступања према малолетницима означава постојање широких могућности примене различитих неформалних мера. Дакле, остављена је могућност изрицања разноврсних мера које немају карактер кривичних санкција које се у првом реду прилагођавају личности малолетника и потреби успешног решавања његовог преступничког понашања.⁶

Имајући у виду изложено, досадашње наше законодавство није познавало алтернативне мере у материјалном кривичном праву, док је у кривично процесном праву било на располагању примена начела опортунитета кривичног гоњења.⁷ Увођење васпитних налога као алтернативних мера представља значајни напредак из разлога што се кривичне санкције не морају у сваком случају применити, све док постоји могућност примене блажег начина кривичноправног реаговања. У том смислу су васпитни налози посебне мере које одређени органи (тужилац и судија за малолетнике) могу да примене у зависности од фазе поступка, пре него што је покренут или у току кривичног поступка.⁸

³ Службени гласник РС, бр. 85/2005, према члану 169. закон је ступио на снагу 1. јануара 2006. године.

⁴ З. Стојановић, *Кривично право*, Београд, 2018, 340.

⁵ Овим моделом се проблем криминалног понашања малолетника решава тако што се избегава кривични поступак и уводе различити механизми заштите пред одговарајућом социјалном или здравственом службом. М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, Београд, 2011, 281.

⁶ Љ. Радуловић, „Васпитни налози као посебне мере реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела“, *Кривичноправна питања малолетничке деликвенције*, Београд, 2008, 53 – 54.

⁷ На тај начин долазило је до тога да поступак према малолетницима састоји све више у педагошком раду и социјално - васпитном старању, а све мањој примени правила класичног кривичног поступка. М. Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2006, 510.

⁸ С. Соковић, С. Бејатовић, *Малолетничко кривично право*, Крагујевац, 2009, 52 – 53.

Васпитни налози су у нашем праву мере *sui generis* које формално не представљају кривичне санкције, али у великој мери подсећају на њих због своје природе и садржине. Услови за њихову примену јесу законски одређени и то, како субјективни (признање кривичног дела и његов однос према делу и оштећеном), тако и објективни (казна која је прописана за кривично дело). Исто су законом прописане у члану 7. различите врсте васпитних налога, који се могу примењивати било појединачно, било кумулативно.⁹ Васпитни налози се могу применити само код релативно лакших кривичних дела или пак дела средње тежине, јер се говори о кривичним делима за које је прописана новчана казна или казна затвора до пет година. Имајући у виду прописани распон посебног максимума код многих кривичних дела према Кривичном законнику Србије, примена васпитних налога у целини се ипак односи не само на багателна, већ и средње тешка кривична дела.¹⁰

⁹ Васпитни налози које закон (ЗМУКД) предвиђа су: 1) *поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично, штетне последице дела*, 2) *редовно похађање школе или редовно одлажење на посао*; 3) *укључивање без накнаде у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја*; 4) *подвргавање одговарајућем испитивању или одвикавању од зависности изазване употребом акихолних пића или опојних дрога*; 5) *укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту*; О. Перић, *Коментар закона о малолетним учиниоцима*, 28- 30.

¹⁰ Тако проф. Игњатовић наводи већи број кривичних дела средње тежине имајући у виду опште стање криминалитета малолетника. Такође, аутор истиче да се могу упутити одређени приговори на примену васпитних налога, из разлога прописивања превисоке границе до пет година. Тако на пример: нехатно лишење живота, учествовање у тучи, навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама, поједини облици тешке телесне повреде, противправно лишење слободе и друга кривична дела. Све ово указује да малолетници углавном врше деликте средње тежине и да је велики број кривичних дела прописаних у КЗ Србије, код којих се може применити један или више васпитних налога. На овај начин постојање могућности да се не спроведе кривични поступак за многа кривична дела показује блажу законску политику од стране законодавца. Као предлог који може бити примењен према поменутом аутору, јесте да се васпитни налози могу применити код кривичних дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године. Сматрамо да је ова могућност примене налога прихватљивија из разлога сврсисходности и праведности када је у питању казнена политика законодавца. Ђ. Игњатовић, „Малолетничко кривично право између болећивости и ретрибутивности,“ *Правни живот*, Београд, 9/2004, 536 – 537.

2. ПОЈАМ, ВРСТЕ И СВРХА ВАСПИТНИХ МЕРА

У систему кривичних санкција посебно место заузимају васпитне мере као основни вид кривичноправног реаговања на противправно понашање малолетника. Васпитне мере представљају посебне кривичноправне санкције и чине окосницу система кривичних санкција које се примењују, првенствено према малолетницима. Васпитне мере предвиђене законом имају за циљ, с једне стране да сузбију вршење кривичних дела којима се повређују или угрожавају добра или вредности, док, с друге утичу на малолетне учиниоце да развију и јачају личну одговорност, усмеравајући правилан развој личности.¹¹

Пре свега, говори се о мерама које се према малолетнику изричу као најблаже васпитно средство у случају да нема услова за примену неке врсте васпитног налога. Како су васпитне мере основна врста кривичних санкција, стога су уједно и најбројније, најразноврсније у систему друштвеног реаговања на криминалитет малолетника. Законом о малолетницима (ЗМУКД) прописано је више врста васпитних мера које се сврстане у три групе: а) мере упозорења и усмеравања б) васпитне мере појачаног надзора, в) заводске васпитне мере.¹²

Иако се сматра да васпитне мере као кривичне санкције на известан начин имају принудни карактер, јер се њима ограничавају или одузимају одређена права и слободе, ипак су то по својој садржини мере помоћи, надзора и заштите малолетника у првом плану. На тај начин, садржина и природа васпитних мера указују на разликовање васпитних мера на лакше и теже из разлога постојања принципа поступности у њиховом избору и примени. Међутим, у теорији кривичног права намеће се спорно питање поделе на лакше и теже васпитне мере, с обзиром на њихову сврху и природу.¹³

¹¹ Љ. Лазаревић, М. Грубач, *Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, 31- 32.

¹² У оквиру наведених група предвиђен је следећи систем васпитних мера: а) у мере упозорења и усмеравања спадају судски укор и посебне обавезе; б) Мере појачаног надзор чине : појачан надзор од стране родитеља, усвојиоца или старатеља, појачан надзор у другој породици, појачан надзор од стране органа старатељства и појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника; в) Заводске васпитне мере: упућивање у васпитну установу, упућивање у васпитно – поравни дом и упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање. О. Периф, *Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, 38.

¹³ Тако се законска подела у оквиру одређених група може сматрати спорном тј, поставља се питање да ли је подела на лакше и теже васпитне мере оправдана. Без обзира на такав начин вредновања васпитних мера, Стојановић истиче да се на основу

Наиме, постојање разноврсности васпитних мера уз поштовање принципа постепености, законски је прописано да се најпре реагује најблажом мером од укора па до упућивања у васпитно – поправни дом. Уочљиво је да се из овако постављеног система вредновања васпитних мера, може направити разлика на лакше и теже, при чему се свакако полази од најблажих мера, ако постоје услови за њихову примену. Најблаже васпитне мере су свакако мере упозорења и усмеравања, док се најтежим сматрају заводске тј. мере институционалног карактера. Постојање разноврсних васпитних мера, пружа могућност да се према малолетнику примени она мера, којом ће се на најбољи начин постићи сврха, па није оправдано примењивати тежу меру.¹⁴

У систему васпитних мера из законских одредби уочава се да преовлађују мере поступања на слободи, којима се малолетнику пружа помоћ у школовању, васпитању и уопште у одрастању. Када су у питању мере упозорења, онда се оне изричу када је потребно и довољно да се таквим мерама утиче на личност малолетника и његово понашање. Стање личности малолетника и његово понашање је такво да не захтева неке трајније мере васпитавања или помоћи. Мере појачаног надзора се изричу малолетницима код којих је услед недовољне бриге и надзора над њиховим понашањем, дошло до већег степена запуштености. Ова мера се углавном извршава у породици малолетника, те није потребно потпуно његово издвајање из дотадашње средине у којој је живео.¹⁵

Примена заводских васпитних мера претпоставља да је код малолетника дошло до васпитне запуштености, па се због таковог стања, његово преваспитавање може остварити само кроз трајнији третман у одговарајућој васпитној установи, под надзором стручног особља. Говори се о мерама институционалног карактера, које по својој природи значе издвајање малолетника из дотадашње средине и његов смештај у установу за извршење ових мера.¹⁶ Наиме, одвајање малолетника из средине у којој је живео, с једне стране је пожељно и потребно, међутим с друге стране, његово упућивање у одговарајућу установу доноси за њега одређено ограничавање слободе. Дакле, то су мере које су у исто време имају

основног принципа у кривичном праву, увек треба полазити од лакше мере којом се може постићи сврха кажњавања. З. Стојановић, *Кривично право*, 341.

¹⁴ Овакав став је заступљен у у судској пракси, где се по одлуци суда: решење Врховног суда Србије Кжм. 19/06, решења окружног суда у Београду Км. !68/05, малолетници упућују у васпитно – поправни дом, јер се претходном мером појачаног надзора од стране органа старатељства није постигла адекватна сврха изрицања. И. Симић, А. Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје*, Београд, 2008, 245-246.

¹⁵ С. Кнежевић, *op. cit.*, 44.

¹⁶ С. Соковић, С. Бејатовић, *op. cit.*, 64.

васпитни, образовни и репресивни карактер, те из тог разлога оне представљају најтежу врсту васпитних мера. Због тога се у законском смислу речи ове мере изричу као последње средство тј. *ultima ratio* и то у случају када се жељени ефекат не може остварити другим лакшим васпитним мерама.¹⁷

Поред изнетог, у складу са законским текстом основна заједничка карактеристика васпитних мера јесте њихова сврха прописивања и изрицања. У оквиру опште сврхе кривичних санкција према КЗ Србије (чл. 4 ст. 2) предвиђена је посебна сврха кривичних санкција према малолетницима (чл. 10 ЗОМУКД) да се надзором и пружањем помоћи као и обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања утиче на развој и јачање његове личне одговорности и на васпитавање и правилан развој личности малолетника, како би се обезбедило његово поновно укључивање у друштвену заједницу. Другачије речено, сврха васпитних мера се односи пре свега на васпитавање тј. преваспитавање и правилан развој личности малолетника уз пружање заштите и помоћи што посебно указује на специјалну превенцију.¹⁸

Васпитавање малолетника у најширем смислу речи значи стварање одређених сазнања, изграђивање ставова према друштвеним и индивидуалним вредностима, тј. оспособљавање за живот у друштву у складу са прихваћеним друштвеним правилима.

Сходно томе, правилан развој малолетника треба схватити као стварање животних услова које ће омогућити васпитно деловање, најпре од стране породице, школе и шире друштвене заједнице. Једном речју, законске одредбе ЗОМУКД приликом примене васпитних мера, указују на потребу правилног развоја личности (свести) малолетника и његовом укључивању у друштвену заједницу, истовремено поштујући њена правила понашања.¹⁹

Напослетку, васпитне мере су усмерене према различитим категоријама малолетних лица, те због своје разноврсности и бројности постоји могућност замене једне изречене другом васпитном мером. Према млађим малолетницима васпитне мере су једине кривичне санкције које се могу изрећи и по правилу су релативно неодређеног трајања. Сама природа и циљеви васпитних мера који се желе постићи њиховом применом, управо указују на релативну неодређеност трајања ових мера. Закон прописује њихово најкраће и најдуже трајање, а суд у сарадњи са органом старатељства у оквиру тог времена доноси одлуку о укидању или врши замену неком другом мером.²⁰

¹⁷ М. Шкулић, *Малолетничко кривично право*, 289.

¹⁸ Љ. Радуловић, *Малолетничко кривично право*, 91.

¹⁹ О. Периф, *Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, 36 – 37.

²⁰ Љ. Лазаревић, М. Грубач, *op. cit.*, 32 – 33.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Кривичне санкције за малолетнике подразумевају примену само неопходног минимума елемената принуде и ограничавања слободе, а пре свега су усмерене на мере помоћи и заштите, како би се успоставио што бољи однос сарадње и његово несметано укључивање у друштвену заједницу. Међутим, имајући у виду опште стање криминалног понашања малолетних лица, затим пораст извршених кривичних дела од стране малолетних учиниоца, као и природу и тежину учињених кривичних дела, неопходно је зато уважити постојеће законско решење, у смислу да је у појединим случајевима неизбежна примена казне малолетничког затвора. Такође је у многим европским законским решењима предвиђено да се као једина казна која се може изрећи малолетнику, је казна малолетничког затвора. Кривичноправно реаговање од стране друштвене заједнице применом казне малолетничког затвора представља изузетак у односу на могућност изрицања многобројних васпитних мера

Уопштено речено, с обзиром на посебне карактеристике кривичноправног положаја и кривичне одговорности малолетника, кривичне санкције које се примењују, свакако треба да одговоре специфичностима које се тичу малолетних учинилаца кривичног дела. Према томе, законски су прописане различите врсте кривичних санкција и друге мере намењене малолетницима.

Dragan BLAGIC, LL.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

SYSTEM OF MEASURES AND SANCTIONS TO JUVENILES

Summary

Criminal sanctions according to juveniles do not in principle have a repressive character, however, this does not mean that the measures of deprivation of liberty of a juvenile (institutional character) or the existence of the possibility of applying a sentence of juvenile imprisonment have been abandoned. It is known that in many contemporary criminal justice systems, juveniles are treated with special care when it comes to imposing and applying criminal sanctions and other measures. Primarily, the mildest measures are imposed in terms of warnings and reprimands, and if necessary, more severe sanctions are reacted, such as measures of an institutional nature.

Therefore, the nature and content of criminal sanctions, in general, refers to measures of assistance, protection of minors and the best possible supervision of the proper maturation of his personality.

Key words: *juveliles sancions, sanctions, juveniles.*

ЛИТЕРАТУРА

- Грубач, Момчило, Кривично процесно право, Београд, 2006.
- Игњатовић, Ђорђе „Малолетничко кривично право између бољивости и ретрибутивности,“ Правни живот, Београд, 9/2004.
- Кнежевић, Саша, Малолетничко кривично право, Ниш, 2010.
- Лазаревић, Љубиша, Грубач, Момчило, Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005.
- Перић, Обрад, Коментар закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2007.
- Радуловић, Љиљана Малолетничко кривично право, Београд, 2010.
- Радуловић, Љиљана „Васпитни налози као посебне мере реаговања према малолетним учиниоцима кривичних дела“, Кривичноправна питања малолетничке деликвенције, Београд, 2008.
- Симић, Илија, Трешњев, Александар, Збирка судских одлука из кривичноправне материје, Београд, 2008.
- Соковић, Снежана. Бејатовић, Станко, Малолетничко кривично право, Крагујевац, 2009.
- Стојановић, Зоран, Кривично право, Београд, 2018.
- Стојановић, Зоран, Политика сузбијања криминалитета, Нови Сад, 1991.
- Шкулић, Милан, Малолетничко кривично право, Београд, 2011,

Др Здравко ГРУЈИЋ*

343.261-052(497.11)

347.8(497.11)

КРИВИЧНОПРАВНА, ДИСЦИПЛИНСКА И МАТЕРИЈАЛНА ОДГОВОРНОСТ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА

Апстракт: Извршење казне затвора (и казне доживотног затвора) у пенитенцијарним установама подразумева, поред лишења слободе осуђеног лица као основног садржаја изречене казне, одузимање или ограничавање највећег дела основних права осуђених, односно примену посебног правног режима – затворских правила. У Републици Србији затворски режим је базиран на одредбама Закона о извршењу кривичних санкција, другим законима и бројним подзаконским актима. Систем затворских правила је у потпуности усаглашен са међународноправним нормативним оквиром у области заштите права лица лишених слободе, односно са минималним стандардима успостављеним у најзначајнијим међународноправним актима глобалног и регионалног карактера, односно, пре свега са Правилима Нелсона Манделе и Европским затворским правилима. Дисциплинска и материјална одговорност осуђених лица на издржавању казне затвора представља део система затворских правила којима се прописују понашања којима се крше правила реда у казним заводима, као и поступак и мере које се, консеквентно утврђеном кршењу правила, примењују према осуђеним лицима. Непоштовање затворских прописа, дакле, повлачи дисциплинску и материјалну одговорност осуђених лица, док је, на основу посебних одредаба прописано да се у дисциплинском поступку изрицањем дисциплинске мере може казнити осуђено лице за извршено кривично дело за које је прописановчана казна или казна затвора до једне године, што значи да се осуђеном лицу у затворској установи може утврдити и кривична одговорност. С друге стране, постоји несклад у нормативној регулативи јер су одређени тежи дисциплински преступи истовремено прописани и као кривична дела. Циљ рада је да се представи кривична, дисциплинска и материјална одговорност осуђених лица на издржавању казне затвора у пенитенцијарном систему Републике Србије, укаже на усаглашеност домаће нормативе са међународним стандардима у овој област, али и представе

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, zdravko.grujic@pr.ac.rs

решења којима би се одређени недостаци у нормативној сфери морали исправити приликом наредног новелирања српског кривичног законодавства.

Кључне речи: осуђено лице, издржавање казне затвора, кривична, дисциплинска и материјална одговорност

УВОД

Поступак упућивања учиниоца кривичног дела осуђеног на казну затвора започиње након што пресуда постане правноснажна и извршна, и одвија се по процедури и правилима који су прописани Законом о извршењу кривичних санкција¹ (у даљем тексту: ЗИКС) и подзаконским актима. Међутим, иако је пресуда постала правноснажна и извршна то не значи да ће се осуђеник по испуњењу ових формалних услова упутити на издржавање казне затвора. Упућивање на издржавање казне затвора зависи од тога да ли се осуђеник налази у притвору или чека упућивање на издржавање казне затвора на слободи, али и од више других околности као што су број расположивих места у затворским установама, врста учињеног дела, висина изречена казне, застарелост извршења казне, облик кривице, пребивалиште, држављанство, и др, и што је, у Републици Србији, регулисано посебним Правилником.²

Издржавање казне затвора, и казне доживотног затвора,³ која је у српски систем кривичних санкција уведена изменама и допунама Кривичног законика⁴ (у даљем тексту: КЗ) из 2019. године, подразумева лишавање слободе осуђеног лица и боравак у пенитенцијарној установи за време трајања казне, као и одузимање и ограничавање значајног корпуса права осуђеног лица. За разлику нпр. казне кућног затвора,⁵ која у основи подразумева забрану или ограничавање права на слободу кретања осуђеног лица и минимално ограничавање других основних права осуђеног лица, институционално издржавање казне затвора и доживотног затвора подразумева, осим потпуног одузимања слободе кретања, одузимање већине

¹ Закон о извршењу кривичних санкција "Службени гласник Републике Србије" 55/14 и 35/19.

² Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција "Службени гласник Републике Србије" 31/15.

³ Z. Grujić, Life imprisonment as an answer to contemporary security challenges – (in)adequacy of the retributive approach, *Теме*, Vol. XLIII, No 4, 2019, pp. 1109-1124.

⁴ Кривични законик "Службени гласник Републике Србије" 85/05, 88/05 – исправ., 107/05 – исправ., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

⁵ Видети: З. Грујић, Алтернативе казни затвора, К. Митровица, 2020; Z. Grujić, Effects of house arrest as an alternative to short-term imprisonment, *International Scientific Conference "Archibald Reiss Days" Thematic Conference Proceeding of International Significance*, Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies. Volume II, 2017, pp. 353-364.

основних права које је осуђено лице имало на слободи, односно њихово ограничавање до нивоа прописаног Уставом, законима и подзаконским актима у области извршења кривичних санкција.

Поред загарантованог обима права осуђених лица у казним установама, затворским правилима су предвиђене њихове обавезе, као и начин понашања и организације живота у заводима. У случају кршења правила понашања, злоупотребе права или неизвршавања обавеза законским прописима прописана је одговорност осуђених лица. У односу на обим или врсту кршења затворских правила предвиђена је кривичноправна, дисциплинска и материјална одговорност материјалних лица, као и дисциплинско и материјално кажњавање осуђених лица.

1. ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА

Увођење казне затвора у систем кажњавања и прве затворске установе,⁶ као и развој ћелијског система извршења казне,⁷ карактерише потпуно одузимање (или висок ниво ограничења) свих права осуђених лица. Међутим, од половине XIX века, експеримента у виду „бодовног система“ који је применио Alexander Maconichie, увођења комбинованог ”прогресивног” система извршења казне затвора, развија се идеја о корелацији корпуса и обима права и повољнијег положаја осуђеног у односу на његово понашање и поштовање затворских правила.

Савремени систем извршења казне затвора, развијен на принципима ресоцијализације, индивидуализације и хуманог поступања са осуђеним лицима,⁸ заснива се на прописивању права и дужности осуђених лица у затворској установи и организује се на идеји индивидуализације и прогресије у извршењу казне. Поштовање затворских правила и остваривање програма поступања подразумева виши ниво права осуђеног лица и повољнији положај у установи, до граница условног или ”превременог” отпуштања за издржавања преосталог дела изречене казне. Супротно томе, непоштовање затворских правила и неуспех у остваривању програма поступања подразумева деградирање обима права осуђеног и мање повољан положај у пенитенцијарној установи.

Нормативно уређивање основних (и проширених) права осуђених лица, као и обавезе и одговорност осуђених, свакако, подразумева постојање националног правног оквира у области извршења. Осим националног, нормативно регулисање положаја, обима основних права и обавеза,

⁶ Ђ. Игњатовић, Криминологија, Београд, 2018, стр. 172-174.

⁷ С. Константиновић-Вилић, М. Костић, Криминологија, Ниш, 2011, стр. 138-141.

⁸ Ђ. Игњатовић, *Op. cit.*, 178-181.

минималних стандарда у области поступања са лицима лишених слободезвршено је и на међународном нивоу. Најзначајнији међународни акти у области права и положаја лица лишених слободe, којима се успостављају минимални стандарди у погледу положаја осуђених лица у пенитенцијарним установама су Стандардна минимална правила Уједињених нација о поступању са осуђеним лицима тзв. Правила Нелсона Манделе (United Nations General Assembly A/RES/70/175 adopted on 17 December 2015)⁹и Европска затворска правила Савета Европе (Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules).¹⁰

Ступањем на издржавање казне затвора указаном заводу осуђеник се измешта уједну вештачку(осуђеничку) заједницу, у којој су (поред неформалних) формалнаправила понашања строгонормативно уређена.За време издржавања казне осуђена лица имају одређени корпусосновних права (која произилазе из основних права човека и грађанина) која мусе нипод којим условима не могуодузети.У односу на утврђене капацитете осуђеног лица, његове потребе, степен ризика и индивидуални програм поступања, врши се распоређивање у одређено одељење и групу са строго дефинисаним обимом права и могућности остваривања посебних права или погодности осуђеног. У зависности од понашања осуђеника, поштовања кућног реда и реализације програма поступања, положај осуђеног лица може бити промењен. И прогресивно, пребацивањем у групу са већим обимом права и регресивно, распоређивањем у групу са нижим обимом права и могућности остваривања погодности.¹¹

Основна права свих осуђених лица према ЗИКС-у чине: право на човечно поступање, право на смештај, право на слободно време, право на исхрану, право на одећу, рубље и обућу, право на поднеске, право на

⁹ Првобитно усвојени на Првом конгресу УН о превенцији криминалитета и третману преступника 1955. године, представљају универзално признате минималне стандарде затретман затвореника, и били су од огромне вредности и утицаја на развојполитику и праксу у државама чланицама широм света. Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима усвојена на Првом конгресу Уједињених нација о превенцији злочина и третману преступника, одржаном у Женеви 1955. године, а одобрена од стране Економског и социјалног савета својим резолуцијама 663 Ц (XXИВ) од 31. јула 1957. и 2076. (ЛХИИ) од 13. маја 1977. године.

¹⁰ Усвојен од стране Комитета министара 11. јануара 2006. на 952. састанку заменика министара. Прву верзију Европских затворских правила, Препоруку Комитета министара Савета Европе бр. Р (87) 3, усвојио је Комитет министара 12. фебруара 1987. године на 404. састанку заменика министара.

¹¹ Видети чланове 18, 19. и 20. Правилника о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, "Службени гласник Републике Србије" бр. 66/2015.

дописивање, право на телефонски разговор, право на правну помоћ, право на посете, право на боравак у посебној просторији, право на пријем пакета, право на пријем новчаних пошиљки, право на рад и права на основу рада, право на здравствену заштиту, право осуђене жене која има дете, право на обавештавање, право на образовање, верска права и право на поднесак, притужбу и жалбу.

Поред ових основних права која имају све категорије осуђених лица, ЗИКС предвиђа и посебна права, односно погодности осуђених лица, као обим проширених и других права која, у односу на положај у установи и групу у којој су смештани у заводу, у различитом обиму остварују осуђена лица. То су проширено право на пријем пакета, проширено право на број посета, проширено право на круг лица која га могу посетити (даљи сродници, пријатељи и други), право на пријем посета без надзора у просторијама за посете, право на пријем посета у посебним просторијама, без присуства других осуђених лица, право на пријем посета изван завода, право на погоднији смештај, право на погоднији смештај, право на слободан излазак у град, право на посету породици и сродницима о викенду и празницима, право на наградно одсуство из завода до седам дана у току године, право на ванредно одсуство из завода до седам дана и право на коришћење одмора изван завода.

Осуђена лица се разврставају у отворено, полуотворено или затворено одељење и одређује им се група, у складу са Правилником о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица. У отворено одељење разврстава се осуђени са очуваним капацитетима за промену и ниским степеном ризика. Осуђеном лицу разврстаном у отворено одељење одређује се група А1 или група А2. У полуотворено одељење разврстава се осуђени који има делимично очуване капацитете за промене и средњи степен ризика, у одређује се група Б1 или Б2. У затворено одељење разврстава се осуђени од кога се очекује отежана адаптација на заводске услове, који представља опасност за осуђене или запослене, који има битно смањене капацитете за промену и висок степен ризика. У затворено одељење може бити разврстан и осуђени са ниским или средњем степеном ризика ако се против њега води кривични поступак за кривично дело за које је запређена казна затвора у трајању од три године или преко три године, ако му је изречена нова правноснажна казна затвора у трајању од три или више година, ако издржава казну затвора у трајању од пет или више година или ако је на извршење приведен по потерници или спроведен из притвора. Осуђени разврстан у затворено одељење упућује се групу В1 или В2. Овим проширених права у оквиру група у које је осуђени разврстан дефинисан је члановима 24. до 30. Правилника о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица.

Уколико, супротно наведеном, осуђено лице не поштује и не понаша се према строгим формалним затворским правилима или уколико својим понашањем угрожава безбедност у затворској установи, утврђује се његова одговорност. У случају да је понашање претходно дефинисано као (тежи или лашки) дисциплински преступ, или као кривично дело за које је прописана казна затвора до једне године, осуђено лице може бити дисциплински кажњено и у посебном, дисциплинском поступку, долази до изрицања дисциплинских мера. Изрицање дисциплинских мера може, непосредно или посредно, да деградира ниво остварених права или погодности осуђеног лица, другим речима, дисциплинска одговорност у значајној мери утиче на положај осуђеног лица у пенитенцијарној установи, односно утиче на групу у коју се осуђени, може, накнадно разврстати.

1.1. Упознавање осуђених лица са затворским правилима

Имајући у виду да осуђена лица морају да се владају по тзв. затворским правилима, постоји потреба да се одмах након ступања на издржавање казне затвора упознају са важећим прописима у области извршења. Према ЗИКС осуђени се приликом ступања у завод упознаје с правима и обавезама које има за време издржавања казне. Такође, текст ЗИКС и прописа о кућном реду завода доступни су осуђеном све време издржавања казне, на језику који је у употреби у заводу, у складу са законом који уређује службену употребу језика и писма.

Законодавац је предвидео и посебно правило ако је реч о осуђенику који је неписмен, не може да чита или је глувонем, или не познаје језик, јер ће, у том случају, о правима и обавезама бити упознат усмено или уз помоћ тумача, односно преводиоца. На овакав начин осуђеним лицима је значајни теже да се упознају са прописима, јер ће он поправилу имати ово прво првог дана када ступе на издржавања казне или и неколико дана након пријема у пријемно одељење. Другим речима осуђени неће имати прилику да сваког дана тражида га неко упознаје са прописима, чак ни у делу који се односи на дисциплинско кажњавање.¹²

¹² И. Милић, Д. Димовски, Кажњавање осуђених лица - дисциплинске мере, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2016, 2016, стр. 219–231; Д. Дракић, И. Милић, Утврђивање истине у дисциплинском поступку који се води против осуђеног за време издржавања казне затвора, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2016, 2016, стр. 475–491.

2. КРИВИЧНА ОДГОВОРНОСТ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА

Члан 156. ЗИКС, који нови наслов "Претпоставке за примену дисциплинских мера" предвиђа, у ставу 2. да ће се, у складу са одредбама Кривичног законика дисциплински казнити осуђени који за време извршења казне затвора учини ново кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до једне године. У оквиру правила о одмеравању казне, Кривични законик у члану 62. који носи наслов "Одмеравање казне осуђеном лицу" предвиђа да (1) уколико се осуђеном лицу суди за кривично дело учињено пре него што је започело издржавање казне по ранијој осуди или за кривично дело учињено за време издржавања казне затвора или малолетничког затвора, суд ће изрећи јединствену казну за сва кривична дела применом одредаба члана 60, узимајући раније изречену казну као већ утврђену... (2) за кривично дело учињено у току издржавања казне затвора или малолетничког затвора суд ће учиниоцу изрећи казну, независно од раније изречене казне, ако се применом одредаба члана 60, с обзиром на тежину кривичног дела и неиздржани део раније изречене казне, не би могла остварити сврха кажњавања и (3) осуђени који за време издржавања казне затвора или малолетничког затвора учини кривично дело за које закон прописује новчану казну или казну затвора до једне године, казниће се дисциплински.

Дакле, уколико осуђено лице за време издржавања казне затвора изврши ново кривично дело за које закон прописује новчану казну или казну затвора у трајању до једне године, уместо покретања кривичног поступка и изрицања нове казне, а затим и изрицања јединствене казне за кривична дела у стицају, према правилима предвиђеним у члану 62. став 1. КЗ при чему се претходно изречена казна затвора или малолетничког затвора узима као већ утврђена, предвиђа се да ће се осуђено лице казнити дисциплински. То подразумева вођење дисциплинског поступка против осуђеног лица на издржавању казне затвора и изрицање дисциплинске мере која се извршава у казнено-поправном заводу или окружном затвору, уместо изрицање нове кривичне санкције у кривичном поступку.

Дакле, кривична одговорност осуђеног лица на издржавању казне затвора за коју осуђено лице одговара у дисциплинском поступку и коме се изриче дисциплинска мера, представља специфичну "погодност" осуђеном лицу јер се због извршеног новог, у основи лакшег кривичног дела, утврђује кривична, али у суштинском само дисциплинска одговорност због извршеног новог кривичног дела за време издржавања казне затвора. Дисциплинско кажњавање, неспорно, представља блажи облик казнене реакције у односу на осуђено лице у односу на изрицање нове кривичне санкције, посебно уколико се узме у обзир да се лице већ налази на издржавању казне затвора.

Кривични законик при томе не дефинише место извршења новог кривичног дела, односно не поставља услов да је дело извршено у установи у којој се извршава казна затвора, при чему се, дакле, осуђено лице може дисциплински казнити за кривично дело, извршено у казненом заводу или ван пенитенцијарне установе. Једини услов је да се ради о кривичном делу за које је забрањена новчана казна или казна затвора у трајању до једне године.

Дакле, кривична одговорност осуђеног лица на издржавању казне затвора за лакша кривична дела, односно дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до једне године, на специфичан и законом дефинисан начин се трансформише у дисциплинску одговорност осуђеног лица имајући у виду поступак који се поводом извршеног дела води – дисциплински, као и санкције које се осуђеном лицу могу изрицати – дисциплинске мере.

2.1. Истовремена кривична и дисциплинска одговорност осуђеног лица

Имајући у виду нормативну неусаглашеност материјалног и извршног кривичног законодавства, постоји могућност да за исту радњу извршења лице на издржавању казне затвора може одговорати кривично или дисциплински. Наиме, у члану 157. ЗИКС као тежи дисциплински преступи, између осталог, предвиђени су бекство или покушај бекства из завода, подстрекавање на побуну или бекство и припремање понуде или бекства. Истовремено, у члану 339. Кривичног законика предвиђено је кривично дела бекство или омогућавање бекства лица лишеног слободе, а у члану 338. кривично дело побуна лица лишених слободе.

Радња кривичног дела бекство или омогућавање бекства лица лишеног слободе из члана 339. КЗ састоји се у бекству лица лишеног слободе употребом силе или квалификоване претње да ће се непосредно напасти живот или тело неког лица. То, дакле, не мора бити само према лицима која имају дужност чувања лица лишених слободе, већ према било ком другом лицу (нпр. према неком лицу који служи као талац). Кривично дело је довршено као извршилац побегне, а покушај дела када се предузме принуда са циљем бекства. Извршилац може бити само лице лишено слободе. Другим обликом овог кривичног дела инкриминисано је помагање у основном делу. Квалификовани облик постоји ако дело учини више лица истовремено или уколико се омогући бекство више лица.¹³ За прва два облика предвиђена је казне затвора од шест месеци до пет година, а за трећи облик од једне до осам година затвора.

¹³ З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Београд, 2017, 980-981.

Уколико, пак, за исте радње извршења против осуђеног или осуђених лица буде покренут дисциплински поступак, њима се могу искључиво изрећи дисциплинске мере.

Како је за кривично дело предвиђена казна затвора до пет година, ни у ком случају се за кривично дело бекство или омогућавање бекства лица лишеног слободе не може водити дисциплински, већ само кривични поступак.

Ово спорно питање се може, у пракси, разрешити двојако. У првом случају уколико је бекство лица лишеног слободе успешно извршено, након што буде ухваћено и лишено слободе покренуће се кривични поступак. У случају неуспешног бекства покренуће се дисциплински поступак у казненој установи. У другом случају, орган који би први започео поступак, тужилаштво или дисциплинска комисија у заводу, одредио би даљи ток поступка и облик одговорности. Принцип *ne bis in idem* представљао би кључни аргумент за утврђивање коначног облика одговорности осуђеног лица на издржавању казне затвора.

На исти начин би се могао прихватити облик одговорности осуђеног лица код кривичног дела из члана 338. КЗ – побуна лица лишених слободе. Радња овог кривичног дела је скупљање лица законито лишених слободе у намери да се насилно ослободе, заједнички нападну лица чијем надзору су поверена или да та лица силом или претњом да ће непосредно употребити силу принуде да учине или пропусте нешто што је противно њиховој дужности. За основни облик дела предвиђена је казна затвора до три године, а за други облик, када је употребљена сила или претња, казна затвора од шест месеци до пет година. У случају да се поступак покрене за тежи дисциплински преступ подстрекавање на побуну или бекство, односно припремање побуне или бекства, осуђеним лицима би могла бити изречена искључиво дисциплинска мера и у том случају не би постојала кривична одговорност, већ дисциплинска одговорност осуђених лица.

Неспорно је, с друге стране, да би се кривична одговорност осуђених лица на издржавању казне затвора, а не дисциплинска одговорност, могла утврдити код кривичних дела из чланова 322. КЗ (спречавање службеног лица у вршењу службене радње), 323. КЗ (напад на службено лице у вршењу службене дужности) и 324. КЗ (учествовање у групи која спречи службено лице у вршењу службене дужности), у односу на дисциплинску одговорност за тежи дисциплинске преступе – спречавање приступа у било који део завода службеном лицу или лицу које се овлашћено налази у заводу, односно улази у њега, или одбијање извршења законитог налога овлашћеног лица услед чега је наступила или могла наступити тежа последица, имајући у виду законски опис бића кривичних дела и јасно дефинисане радње извршења дела.

3. ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА

3.1. Дисциплински преступи

У складу са начелом легалитета, осуђено лице може бити дисциплински кажњено само ако је учинио дисциплински преступ који је био прописан у време његовог извршења. Дисциплински преступи се прописују ЗИКС, а не и нижим правим актима (раније су у Републици Србији лакши дисциплински преступи прописивали правилником о кућном реду који је доносио министар правде).

ЗИКС прописује укупно двадесет три тежа дисциплинска преступа. Тежи дисциплински преступи су: 1) бекство или покушај бекства из завода; 2) подстрекавање на побуну или бекство; 3) припремање побуне или бекства; 4) неовлашћено напуштање завода; 5) насиље према другом лицу, физичко или психичко злостављање другог лица; 6) прављење, поседовање или коришћење опасне ствари или средства за комуникацију на даљину; 7) израда или уношење у завод средства подобног за напад, бекство или извршење кривичног дела; 8) спречавање приступа у било који део завода службеном лицу или лицу које се овлашћено налази у заводу; 9) угрожавање, оштећење или уништење имовине већег обима; 10) одбијање извршења законитог налога овлашћеног лица услед чега је наступила или могла наступити тежа штетна последица; 11) угрожавање туђег здравља извршено намерно или грубом непажњом; 12) производња, поседовање или коришћење опојних дрога или психоактивних супстанци; 13) грубо занемаривање личне хигијене осим ако грубо занемаривање личне хигијене није настало услед телесног или менталног обољења; 14) бављење играма на срећу; 15) отпор здравственом прегледу или мерама за спречавање опасности од заразе; 16) подстрекавање лица лишеног слободe на тежи дисциплински преступ; 17) занемаривање радне обавезе које је изазвало или је могло изазвати тежу штетну последицу; 18) обучавање о начину извршења кривичног дела на основу личног или туђег искуства; 19) тежа злоупотреба добијених проширених права и погодности; 20) недолично, насилничко или увредљиво понашање према запосленом; 21) противправно присвајање туђих покретних ствари; 22) понављање најмање три лакша дисциплинска преступа у периоду од три месеца; 23) одбијање осуђеног да се подвргне тестирању у случају основане сумње на узимање опојних дрога или психоактивних супстанци.

Иако су они квалификовани као тежи, то не значи да међу њима не постоји суштинска градација у тежини повреде. Чини се неспорним да је

најтежи дисциплински преступ бекство из казног завода, који, како смо већ указали представља и посебно кривично дело.¹⁴

Са друге стране, ЗИКС прописује двадесет један лакши дисциплински преступ. Лакши дисциплински преступи су: 1) угрожавање и ометање другог осуђеног у обављању радних и слободних активности; 2) удаљавање из круга завода или радилишта и радионице завода без одобрења; 3) изношење алата и других материјалних средстава са радног места; 4) међусобна купопродаја одеће, обуће, лекова и других ствари; 5) коцкање; 6) припремање obroка, напитака или хране ван простора предвиђеног у ту сврху; 7) тетовирање и телесни пирсинг себе или другог у заводу; 8) угрожавање и оштећење имовине; 9) нарушавање изгледа завода; 10) неовлашћено коришћење и улажење у службене просторије; 11) лакша злоупотреба добијених посебних права; 12) поседовање ствари које осуђени не сме имати код себе; 13) недисциплиновано, непристојно и агресивно понашање које ремети живот и рад у заводу; 14) недозвољена израда предмета; 15) пушење ван простора одређеног у ту сврху; 16) занемаривање радне обавезе; 17) одбијање извршења законитог налога овлашћеног лица; 18) неовлашћено коришћење ствари; 19) омогућавање приступа неовлашћеном лицу у простор завода; 20) увредљиво понашање према другом лицу по било ком личном својству; 21) давање нетачних података о чињеницама битним за остваривање права. Такође, и међу лакшим дисциплинским преступима суштински (иако не формално) постоји градацију у погледу повреде прописа. Чини се да је дисциплински преступ пушење ван простора који је за то одређен најлакши.

Узети са уређењем дисциплинских преступа може се уочити да постоји једна непрецизност у прописивању, јер није најјасније уређено шта се поодређеним преступом може подвести. Дакле, проблематично је што није експлицитно прописан радња преступа, па се тако много бројна радње могу квалификовати ако преступ. На пример, као лакши дисциплински преступ предвиђено је и „недисциплиновано, непристојно и агресивно понашање које ремети живот и рад у заводу“. Под оваквих преступом заиста се могу подвести, све и свашта“. Таква непрецизност је посебна проблематична за осуђеника, изразлога што је за њега тешко да зна шта је у овом случају забрањено. Такође је иза онога ко одлучује да ли ће поднети дисциплинску пријаву проблематично тумачење овакве одредбу. На крају, орган који води дисциплински поступак мора да донесе коначан „суд“ отоме.¹⁵

¹⁴ И. Милић, Бекство из затвора – кривично дело или дисциплински преступ, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2017, стр. 813–823.

¹⁵ Имајући у виду међународне прописе, може се утврдити да су национални прописи у потпуној сагласности са међународним стандардима у делу који се односи на начин прописивања и дефинисања дисциплинских преступа. Видети: чланове 36, 37, 38 и 39. Правила Нелсона Манделе и чланове 56. и 57. Европских затворских правила.

3.2. Дисциплински поступак

Осуђени може да се казни само ако се у дисциплинском поступку докаже да је крив за дисциплински преступ. Дисциплински поступак уређује ЗИКС и посебни Правилником о дисциплинском поступку против осуђених лица.¹⁶ У овом делу рада напоменућемо само на неколико аспеката дисциплинског поступка. Наиме, сваки запослени у заводу је обавезан да одмах по сазнању пријави дисциплински преступ који је учинило осуђено лице. Осуђени који је оштећен дисциплинским преступом може поднети пријаву писмено и усмено у записник подносиоцу предлога за покретање дисциплинског поступка. Друго, предлог за покретање дисциплинског поступка подноси руководиоца организационе јединице завода или лице које он одреди, у року од 48 сати од сазнања за учињени преступ. За теже дисциплинске преступе предлог за покретање поступка може поднети и управник завода или лице које он одреди. Као треће, поступак за теже дисциплинске преступе води дисциплинска комисија, а за лакше дисциплинске преступе управник завода или лице које он одреди, с тим да то лице, односно члан комисије не може бити подносилац предлога за покретање дисциплинског поступка. И као четврто, против решења осуђени може изјавити жалбу судији за извршење надлежном према седишту завода у року од три дана од дана пријема решења.¹⁷

3.3. Дисциплинске мере

Дисциплинске мере сурепресивне мере које се изричу осуђеном лицу. Иако ЗИКС не одређује које се сврха изрицања дисциплинских мера, оправдано се може рећи да је она пре свега слична сврси изрицања кривичних санкција. Мишљења смодат би било оправдано да ЗИКС-ом уреди и сврха кажњавања. У складу са начелом легалитета, осуђеном се могу изрећи само оне дисциплинска мера која је прописана ЗИКС-ом. Дисциплинске мере су: 1) укор; 2) ограничење или забрана примања пакета до три месеца; 3) одузимање додељених проширених права и погодности из члана 129. ст. 1. и 2. овог закона до три месеца; 4) ограничење или забрана располагања новцем у заводу до три месеца; 5) упућивање у самицу у слободно време или током целог дана и ноћи.

Ако се погледа редоследом којим су прописани најблажа дисциплинска мера је укор, најтежа самица. И за иста чини се да је

¹⁶ Правилник о дисциплинском поступку против осуђених лица, "Службени гласник Републике Србије", бр. 79/14.

¹⁷ Упоредити са члановима 37 (ц) и 41 (1-4) Правила Нелсона Манделе и правилима 57.2.(б), 58 и 59. Европских затворских правила.

оправдано прихватити да је тако гледано из угла већине осуђеника. Али свакако постоји и велики број изузетака. Постоји и осуђеници која самица није најтежа дисциплинска мера, јер је она скоро једини начин када осуђеник може бити сам – одвојен од других осуђеника.¹⁸

Према одредбама ЗИКС дисциплинска мера упућивање у самицу изриче се изузетно, само за теже дисциплинске преступ и не може трајати дуже од 15 дана, осим код стицаја дисциплинских преступа када може трајати до 30 дана. Просторија у којој се извршава мера мора имати најмање четири квадратна метра и десет кубних метара простора, мора бити прозрачна, осветљена и опремљена креветом, постељином, столицом и столом, док је приступ води и санитарним уређајима осуђеном лицу неограничен. Осуђени има право да борави ван просторије на свежем ваздуху најмање један час дневно. Приликом извршења мере обавезан је здравствени преглед осуђеног сваког дана и управника и васпитача најмање једном у седам дана. Уколико лекар утврди да боравак у самици утиче на погоршање здравственог стања осуђеног, извршење мере ће се прекинути и наставити након престанка здравствених разлога. Закон ограничава укупан боравак осуђеног у просторији у којој се извршава дисциплинска мера на шест месеци у току једне календарске године.¹⁹

3.4. Последице изрицања дисциплинских мера и брисање из евиденције

Осуђени који је дисциплински кажњен сматра се недисциплинованим осуђеником. То значи да осим што му је изречена дисциплинска мера он може или мора да трпи и друге правне последице, и то оне које се тичу положаја указаном заводу тако и права које би могао да оствари према Кривичном закоником. Осуђени се накнадно разврстава у групу са мањим степеном проширених права и погодности на основу изречене дисциплинске казне за тежи дисциплински преступ. Осуђени се може накнадно разврстати у групу са мањим степеном проширених права и погодности на основу изречене дисциплинске казне за лакши дисциплински преступ.

Према КЗ постоји једно за осуђенике неповољно решење, а тиче се условног отпуста. Наиме, законом је предвиђено да се не може условно

¹⁸ У Републици важи право „заједничког издржавања казне затвора“, с тим да постоји изузетак када се ради о посебним категоријама осуђених лица, а ЗИКС не одређује колико највише осуђеника може бити у једној просторији већ само прописује да спаваоница мора бити толико пространа да на сваког осуђеног дође најмање осам кубних метара и четири квадратна метра простора.

¹⁹ Упоредити са члановима 37(б, д), 39(2), 43 (1) и 45 (1) Правила Нелсона Манделе и члановима 57.2.(ц), 58, 59 и 60. Европских затворских правила.

отпустити осуђени који је током издржавања казне два пута кажњаван за теже дисциплинске преступе и коме су одузете додељене погодности. Овакво је решење може вишеструко негативно утицати на понашање осуђеног лица након дисциплинског кажњавања.

Међутим, дисциплински кажњено осуђено лице не може увек да се сматра да је кажњено, јер то може бити само ако је уписано у евиденцију дисциплинских мера. Дисциплинска мера брише се из евиденције дисциплинских мера ако осуђеном не буде изречена нова дисциплинска мера у року од годину дана од дана изречене дисциплинске мере за лакше преступе, а у року од три године од дана изречене дисциплинске мере за теже дисциплинске преступе. Овакво решење је сасвим оправдано и може се рећи да на одређен начин подсећа на рехабилитацију осуђених лица која се односи на брисање из казнене евиденције. У овом случају осуђеници се из евиденције дисциплинских мера бришу по службеној дужности, тако да не постоји могућност да осуђеник сам тражи да буде раније избрисан из ње.

4. МАТЕРИЈАЛНА ОДГОВОРНОСТ ОСУЂЕНИХ ЛИЦА НА ИЗДРЖАВАЊУ КАЗНЕ ЗАТВОРА

Чланом 177. ЗИКС предвиђена је материјална одговорност осуђеног лица на издржавању казне затвора. Наиме, овом одредбом предвиђено је да је осуђени дужан да надокнади штету који намерно или групом непажњом проузрокује заводу.

О накнади штете у износу до 15.000 динара одлучује првостепени дисциплински орган, а за износ штете преко 15.000 динара накнада се остварује у парничном поступку.

Накнада штете причињене намерно или грубом непажњом осуђеног лица, а након одлуке дисциплинског органа, непосредно се наплаћује из средстава којим осуђени слободно располаже, а уколико је то недовољно из штедног улога осуђеног лица.

О вишим износима накнаде проузроковане штете одлучује суд у парничном поступку, као и о начину исплате утврђеног износа причињене штете казненом заводу.

5. ЗАКЉУЧАК

Рад је посвећен питањима кривичноправне, дисциплинске и материјалне одговорности осуђених лица на издржавању казне затвора (и казне доживотног затвора), имајући у виду да се за време извршења лишења слободе у пенитенцијарним установама на осуђено лице примењује посебан правни режим и скуп посебних правила – тзв. затворска правила. Затворски режим је, дакле, базиран на стриктном прописивању основних права осуђених лица, као и прописивању посебних права, односно погодности, која

различите категорије осуђених лица могу да остварују у различитом обиму, али и прописивању обавеза, правила понашања и правила кућног реда у казним заводима. Иако је савремени систем извршења казне лишења слободе базиран на принципима ресоцијализације, индивидуализације и хуманог поступања са осуђеним лицима, свако непоштовање строгих правила понашања или обавеза осуђених лица повлачи са собом питање њихове одговорности. Иако је одговорност осуђених лица за време издржавања казне затвора првенствено дисциплинска, у раду се посебна пажња посвећује питањима кривичноправне одговорности осуђених лица и, у мањој мери, материјалној одговорности осуђених.

Посматрано са нормативног аспекта, дисциплинска одговорност осуђених лица, правила дисциплинског поступка, ток поступка, начин извођења доказа у дисциплинском поступку, систем дисциплинских мера, начин њиховог извршења, као и последице примене дисциплинских мера, представља кључан аспект одговорности осуђеног лица на издржавању казне затвора. Чак се и кривична одговорност, за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора у трајању до једне године, на основу специфичних правила утврђује у дисциплинском поступку и за извршено кривично дело се изриче дисциплинска мера. Питање материјалне одговорности осуђеног није оспоравано јер је законски предвиђен орган за утврђивање одговорности у односу на износ проузроковане штете, као и начин надокнаде причињене штете казном заводу.

Ипак, питање утврђивање кривичне или дисциплинске одговорности за одређене теже дисциплинске преступе у односу на кривична дела истих радњи и последица, којима је посвећен део овог рада, тражи прецизан одговор приликом будућих новела кривичног законодавства и усклађивања одредаба извршног са материјалним кривичним закоником.

Prof. dr Zdravko GRUJIĆ

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

CRIMINAL, DISCIPLINARY AND MATERIAL RESPONSIBILITY OF CONVICTED PERSONS ON SERVING A PRISON SENTENCE

Summary

Execution of imprisonment and life imprisonment in penitentiary institutions means, in addition to deprivation of liberty of the convicted person as the basic content of the sentence, deprivation or restriction of most of the basic rights of convicts, ie application of a special legal regime - prison rules. In the Republic of Serbia, the prison regime is based on the provisions of the Law on Execution of Criminal Sanctions, other laws and numerous bylaws.

The system of prison rules is fully harmonized with the international legal normative framework in the field of protection of the rights of persons deprived of liberty, ie with the minimum standards established in the most important international legal acts of global and regional character, ie Nelson Mandela's Rules and European Prison Rules.

Disciplinary and material responsibility of convicted persons serving a prison sentence is part of the system of prison rules that prescribe behaviors that violate the rules of order in penitentiaries, as well as the procedure and measures that are applied to convicted persons, consequently violating the rules. Non-compliance with prison regulations entails disciplinary and material responsibility of convicted persons, while, based on special provisions, it is prescribed that in disciplinary proceedings a convicted person may be punished for a criminal offense punishable by imprisonment for up to one year, which means that the convict a person in a prison may also be held criminally liable.

On the other hand, there is a discrepancy in the normative regulations because certain serious disciplinary offenses are at the same time prescribed as criminal offenses. The aim of this paper is to present the criminal, disciplinary and material responsibility of convicted persons serving a prison sentence in the penitentiary system of the Republic of Serbia, to indicate the compliance of domestic norms with international standards in this area, but also to present solutions that should correct certain shortcomings in the normative sphere during the next amendment of the Serbian criminal legislation.

Keywords: *convicted persons, imprisonment, criminal, disciplinary and material responsibility ofconvic.t*

ЛИТЕРАТУРА И ПРАВНИ ИЗВОРИ

Дракић, Д., Милић, И. (2016). Утврђивање истине у дисциплинском поступку који се води против осуђеног за време издржавања казне затвора, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2016, стр. 475–491.

European Prison Rules, Council of Europe Committee of Ministers Recommendation No. R(87)3.

European Prison Rules, Recommendation Rec(2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, Adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006 at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies.

Грујић, З. (2017). Effects of house arrest as an alternative to short-term imprisonment, International Scientific Conference "Archibald Reiss Days" Thematic Conference Proceeding of International Significance, Volume II, pp. 353-364. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies.

Грујић, З. (2019). Life imprisonment as an answer to contemporary security challenges – (in)adequacy of the retributive approach, Teme, Vol. XLIII, No 4, pp. 1109-1124.

Грујић, З. (2020). „Alternative kazni zatvora“. Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet.

Закон о извршењу кривичних санкција "Службени гласник Републике Србије" 55/14 и 35/19.

Игњатовић, Ђ. (2018). Криминологија. Београд: Правни факултет.

Константиновић-Вилић, С., Костић, М. (2011). Пенологија. Ниш: Правни факултет.

Кривични законик "Службени гласник Републике Србије" 85/05, 88/05 – испр., 107/05 - испр, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

Милић, И., Димовски, Д. (2016). Кажњавање осуђених лица - дисциплинске мере, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2016, стр. 219–231;

Милић, И. (2017). Бекство из затвора – кривично дело или дисциплински преступ, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2017, стр. 813–823.

Правилник о дисциплинском поступку против осуђених лица, "Службени гласник Републике Србије", бр. 79/14.

Правилник о упућивању осуђених, прекршајно кажњених и притворених лица у заводе за извршење кривичних санкција "Службени гласник Републике Србије" 31/15.

Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, "Службени гласник Републике Србије" бр. 66/2015.

Стојановић, З. (2017). Коментар Кривичног законика, Београд.

United Nation Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners Adopted by the First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, held at Geneva in 1955, and approved by the Economic and Social Council by its resolutions 663 C (XXIV) of 31 July 1957 and 2076 (LXII) of 13 May 1977.

United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (The Nelson Mandela Rules) United Nations General Assembly A/RES/70/175 adopted on 17 December 2015.

Др Саша АТАНАСОВ*

343.98:343.544/.545(497.11)

ОСНОВНЕ СМЕРНИЦЕ ЗА ВОЂЕЊЕ КРИМИНАЛИСТИЧКОГ ИНТЕРВЈУА СА ЖРТВОМ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Апстракт: У раду разматрамо оперативно тактичку радњу вођења интервјуа са жртвом трговине људима. Анализирамо карактеристике лица која постају жртве трговине људима и механизме којима се жртве контролишу. Бавимо се последицама доживљене трауме, са посебним освртом на психичке симптоме по изласку жртве из ситуације насиља. Износимо неке основне тактичке препоруке за вођење криминалистичког интервјуа са жртвом трговине људима.

Кључне речи: *трговина људима, жртве, контрола, траума, интервју*

УВОД

Трговина људима ради експлоатације у различите сврхе је савремени феномен, који на најгрубљи и безобзиран начин угрожава безбедност и људска права лица која постану жртвете трговине. Жртве трпе многобројне и дуготрајне последице које се негативно одражавају на њихово физичко и психичко здравље.

Жртве се пребацију са једног континента на други, најчешће према земљама западне Европе и Северне Америке. Међутим, у последње време присутно је повећање унутрашње трговине људима када се жртве искоришћавају унутар њихове матичне државе, односно без преласка државне границе. У последњих пет година у Републици Србији 93% свих жртава били су домаћи држављани.

Жртве се врбују, превозе, пребацију, скривају или примају ради њихове сексуалне, радне или друге врсте експлоатације. Држе се у ропству или односу сличном ропству, принуђавају на вршење кривичних дела и/или просјачење, на брак, отклањају им се органи. Средства која том приликом трговци користе су многобројна и разноврсна, и увек веома сурова. Трговци не презају од претње силом или примене силе, обмане, преваре, отмице, куповине жртава, злоупотребљавања тешког положаја жртва, и сл.¹

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, sasa.atanasov@pr.ac.rs

¹ В. чл. 3. Протоколазапревенцију, сузбијање и кажњавањетрговинелјудскимбићима, нарочитоженама и децом, *Службенилист СРЈ – Међународниуговори*, бр. 6/2001.

Конкретно, жртве се физички, психички и сексуално злостављају. Ускраћује им се храна, вода, сан, светло и друге основне потрепштине, затварају се и не дозвољава им се кретање. Пребијају их, шамарају, чупају за косу, шутирају, туку палицама и моткама, ланцима, ножевима и пиштољима, наносе им се бројне физичке и психичке последице, од којих се многе жртве тешко или никада не успеју опоравити.²

Стварање осећања код жртве да је у страниј земљи или у место које не познаје, изолована од свих познаника, пријатеља и чланова породице, без познавања језика земље у којој се налази и без коришћења и комуницирања са другим лицима на материјем језику, без личних и путних докумената, уз сталне претње како њој, тако и њеној породици, уз трпљење сталног физичког, психичког и сексуалног насиља, премештана и препродавана, има за циљ да жртву доведе до физичке и психолошке заробљености од стране трговаца. Научена беспомоћност која је последица трауматских искустава и немогућности контроле сопственог живота, као и страх који је усађен од трговаца људи представља озбиљну сметњу за бекство из ланца трговине људима, али и за сарадњу жртве са надлежним органима.³ Стога интервју са жртвом трговине људима треба започети тек када је жртва стабилизовала, а разговор са њом треба да врши веома искусан и стручан испитивач, који има знања из психологије исказа и криминалистичке тактике, јер у супротном резултат предузетог разговора неће бити успешан.

1. ЖРТВЕ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Жртва је свако физичко лице које је било предмет трговине људима.⁴ То је лице чије људске потенцијале принудно и на најгрубљи могући начин, коришћењем психичког, физичког и сексуалног насиља, искоришћава трговац људима ради остваривања профита. Премда у јавности постоји мишљење да жртва трговине људима може постати свако лице, пракса показује да ризик да неко постане жртва је израженији у одређеним

² Cathy Zimmerman, Mazedahossain, K Yun, Brenda Roche, Linda Morison, Charlotte Watts, *Stolen Smiles: The physical and psychological health consequences of women and adolescents trafficked in Europe*, 43. https://www.researchgate.net/publication/291985739_Stolen_Smiles_The_physical_and_psychological_health_consequences_of_women_and_adolescents_trafficked_in_Europe 14.08.2021.

³ Саша Атанасов, *Откривање, разјашњавање и доказивање кривичног дела трговине људима*, (необјављен магистарски рад), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010, 108.

⁴ Чл. 4. Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, *Службени гласник РС-Међународни уговори*, бр. 19/2009.

друштвеним групама.⁵ Тако су жртве често пореклом из породица нижег друштвено-економског статуса, ниског нивоа образовања, најчешће из сиромашних и дисфункционалних породица, из породично и професионално дискриминисаних, маргинализованих друштвених група.

Иако има много случајева у којима су предмет трговине људима постали појединци који долазе из наведених групација, данас су све више на мети трговаца особе које нису део стереотипа. Жртве су све чешће лица која поседују високо образовање, универзитетску квалификацију, лица која говоре два или више страних језика, лица са сталним радним односом и редовним личним примањима, они који долазе из стабилних породичних заједница, али из другачијих разлога.⁶ Када је реч о деци која су посебно угрожена трговином људима, у државама са ниским примањима децом се углавном тргује ради принудног рада (чине скоро половину свих идентификованих жртава), док у државама са високим стандардом, њима се примарно тргује ради сексуалне експлоатације, принуде на вршење кривичних дела и просјачења.⁷

Колики је стваран број жртава трговине људима тешко је данас са сигурношћу утврдити. Број са којим располажу различите релевантне организације које се баве овим проблемом су на нивоу процена, а говоре о вишемилонском броју жртава у ропству (око 27 милиона), нарочито жена и деце.⁸

Жртве се најчешће искоришћавају сексуално (50%), али је удео радно експлоатисаних са 18% порастао на 38%. Жене су и даље најчешће жртве трговине људима⁹, затим следе девојчице, мушкарци и дечаци. Профил жртава се значајно мења у различитим деловима света. Присилни рад је у порасту, а последњих петнаест година повећан је генерално број откривених мушкараца и жена жртава трговине људима. Број откривених мушкараца,

⁵ Dragana Ćuk Milankov, Jelena Vranješević, *Komunikacija sa svedocima i oštećenima*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2017, 29.

⁶ Europol, *Trafficking in Human Beings in the European Union: A Europol Perspective*, jun 2009, 3. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/trafficking-human-beings-european-union-europol-perspective_en 10.08.2021.

⁷ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, 2020, 9. https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tip/2021/GLOTiP_2020_15jan_web.pdf 10.08.2021.

⁸ Danilo Nikolić, *Trgovina ljudima kao teški oblik kriminaliteta, Teški oblici kriminala*, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Viša škola za unutrašnje poslove, Beograd, 2004, 290, 295.

⁹ Нпр., у 2018. години сваких десетоткривених жртава трговине људима, пет субиле одраслежене и две девојчице. Једна трећина свих откривених жртава у свету су деца (19% девојчице и 15% дечаци).

дечака и девојчица је у порасту, док је број откривених одраслих жена у опадању (са 70% пао је на 50% у 2018. години).

Поред транснационалне трговине људима, где жртве мигрирају ка земљамабогатог света и где се жртве често пребацују и са једног континента на други, приметан је последње време раст унутрашње трговине људима, односно експлоатације жртавабез преласка државне границе.¹⁰

У Србији трговци људима су највише искоришћавали жртвена територији Републике Србије, а потом жртве из Србије у иностранству (највише у Аустрији, Италији, Немачкој и Турској).¹¹ У периоду од 2017. године до 30. септембра 2021. године у Србији је укупнооткривено 248 жртава трговине људима, од којих су њих 231 биле српски држављани (93%).¹² Жртве су најчешће сексуално експлоатисане (47% - 117 жртава) и радно (16% - 40 жртава), а била је присутна и вишеструка експлоатација жртава (16% - 41 жртва), с тим да је приликом вишеструке експлоатације увек била присутна и сексуална експлоатација, што укупан проценат сексуално експлоатисаних жртава трговине људима повећава за десетак процената. Преостале жртве (21%) експлоатисане су принудом на брак (25 жртава - 10%),¹³ принудом на просјачење (4 жртве- 6%), принудом на вршење кривичних дела (9 жртава - 4%), принудом на илегално усвојење (1 жртва - 0,5%) и на економско искоришћавање (1 жртва - 0,5%). Жртве су претежно женског пола (191 жртва – 77%), с тим да је удео малолетних жртава трговине људима женског пола у 2021. године (38%) опао у односу на претходни период, када је удео малолетних девојчица у укупном броју откривених жртава женског пола био изнад 50%.

2. МЕХАНИЗМИ КОНТРОЛЕ ЖРТАВА ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Механизми контроле жртава трговине људима представљају средства којима се жртва држи у покорности и којима се „дисциплинује“ како би поступала у складу са „правилима понашања“ које је одредио трговац људима. Ти механизми долазе до изражаја највише на место одредишта, када започиње експлоатација жртава, али у зависности од околности случаја могу бити примењени и у ранијим фазама (фази регрутације и фази транзита - транспорта). Механизми контроле деле се на оне који служе да се жртва

¹⁰ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons*, 2020, 16, 33, 34.

¹¹ ASTRA, 2021, *Izveštaj o trgovini ljudima: Srbija* Trafficking in Persons Report: Serbia, State Department, July 1, 2021, <https://www.astra.rs/prirucnici-izvestaji-studije/> 12.08.2021.

¹² Центар за заштиту жртава трговине људима, *Основни статистички извештаји о идентификацији жртава трговине људима*, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021. <http://centarzztlj.rs/statisticki-podaci/> 16.08.2021.

¹³ Принуда на брак често представља увод у друге видове експлоатације.

доведе у стање беспомоћности и на оне којима се настоји да се стање у коме жртва нема контролу над својим животом одржи што дуже.

Међу методама контроле које за циљ имају да потпуно покоре и потчине жртву експлоататорима, пракса је издвојила неколико специфичних које се могу користити појединачно или заједно:¹⁴

а) Обавеза враћања дуга (дужничко ropство)

Један од најчешће коришћених метода контроле жртава. Жртве често већ у фази врбовања преко познатих људи, на неки начин саме себе доводе у подређени положај, јер склапају договор са трговцима да ће све трошкове транспорта, или један део - платити радећи по доласку у месту одредишта. По прихвату и смештању од жртава се одмах захтева да у одређеном временском периоду испуне договор и радећи отплате настали дуг.

Оним жртвама које су дале извесну своту новца, или у потпуности платиле целокупан износ новца за трошкове путовања, трговац саопштава да су трошкови транспортовања у међувремену непредвиђено порасли и да ту разлику сада морају радећи да отплате. Првобитни новчани износ дуга у међувремену увећава се за износ преувеличаних новонасталих трошкова становања, исхране, куповине одеће, обуће, рекламирања услуга и другим сличним трошковима. Стварним трошковима додају се измишљени трошкови који се оптерећују неоправдано високим каматама, чија је висина промењивог карактера и зависи од самовоље трговца.

Уколико трговци према жртвама нису применили принуду, нити открили намеру експлоатисања током претходних фаза, код жртава је створена предоцба о „праведном и поштеном“ договору. Многе жртве стога су убеђене да после отплате дуга могу наставити нормално са остварењем зацртаног плана о запослењу и бољој будућности, због које су се и одлучиле на промену боравишта, односно да могу да оду када год хоће и куда год желе.

Овај метод посебно је користан за трговце у почетку експлоатације, јер код жртава смањује тензије и елиминише жељу за бекством, а у случају откривања од стране надлежних органа жртве изјављују да нису биле примораване на експлоатацију, што у знатној мери отежава кривично гоњење учинилаца. Међутим, механизам контролисања путем дуга тако је устројен да жртве фактички никада не могу да отплате дуг.

¹⁴ ICMPD, *Trgovina ljudima, Regionalni standardi, Priručnik za sudije i tužioce, Program obuke u Jugoistočnoj Evropi*, Веџ, 2006, 51-54. У: С. Атанасов, *op.cit.*, 104 – 108.

б) Одузимање или уништавање путне исправе или других личних докумената, као и одузимање новца који жртва поседује

Трговци под изговором регулисања услова за излазак или улазак у неку земљу, или регулисање боравишног и радног статуса у земљи одредишта, одузимају жртавама путне или друге личне документе. Одузимањем или уништавањем путних или личних докумената, као и одузимањем новца од жртава, уколико располажу у том моменту са њим, крше се основна права човека на слободу кретања.

Одузимање докумената представља врло снажно средство контроле жртава трговине људима јер се тиме лишавају идентитета и могућности тражења помоћи, и изласка из „зачараног круга“ трговине. Многе жртве управо свесне да су прекршиле закон тиме што не поседују документе или су користиле фалсификоване документе за улазак у земљу, не обраћају се полицијским службеницима за помоћ.¹⁵

в) Употреба насиља и застрашивања

Врло ефикасно средство које се често користи представља комбинацију физичког, психичког и сексуалног насиља које појачано са стидом и страхом код жртава доводи до апсолутне послушности и покорности трговцима. Жртвобивају затваране, тучене, силоване, држане у изолацији, принуђиване на коришћење дроге и алкохола, лишаване воде, хране и сна, примораване на вишечасовно радно време и на вишеструке сексуалне односе.¹⁶ Поједине жртве се уцењују фотографијама и снимцима њиховог силовања, прети им се да ће компромитујући материјал бити приказан члановима њихове породице или окружењу из којег потиче жртва. Услед стида, осећаја кривице и страха од стигматизације, слама жртвин отпор и слаби вољу за бекством.¹⁷

¹⁵ Vesna Ristanović-Nikolić, Sanja Čopić, Sanja Milivojević, Biljana Patić-Simeunović, Biljana Milić, *Trgovina ljudima u Srbiji*, Viktimološko društvo Srbije, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Beograd, 2004, 77

¹⁶ Vesna Ristanović-Nikolić, *Preživeti tranziciju*, Službeni glasnik, Beograd, 2008, 151-152.

¹⁷ Треба знати да свака жртва није изложена физичком насиљу док се налази у ланцу трговине људима, и да трговци људима често жртву контролишу лажима, манипулацијама и претњом насиљем. Одсуство непосредног физичког насиља не значи да је жртва имала слободу да изађе из ланца трговине људима када је то желела. У: Jovana Krotić, *Uzroci trgovine ljudima i mehanizmi kontrole žrtava, Preživeti nasilje – posledice po psihičko i fizičko zdravlje žrtava porodičnog nasilja i trgovine ljudima*, ASTRA, Beograd, 2016, 10.

Такође, трговци појачавају страх од полицијског затварања и депортовања у матичну земљу тиме што наводе да су полицајци корумпирани и да се налазе на њиховом „платном списку“, те доводе поједина корумпирана службена лица у просторије где се жртве искоришћавају.¹⁸

г) Претња осветом породици жртве

Сматра се врло моћним средством контроле. Трговци у почетку, док не открију своје намере успостављају добар однос са жртвом, које откривају детаље из породичног живота: где живе, имају ли деце и колико, где деца живе, да ли су живи родитељи, где живе и слично. Након што трговац дође до детаља из породичног живота жртве (није нужно да трговац зна све податке о жртвиној породици, понекад је довољан и надимак неког од чланова породице), исте користи да би је потчинио и приморао да буде послушна. Реч је о врло ефикасном методу контроле из разлога што жртва не зна могућности трговца, не зна да ли блефира и шта је у стању да уради члановима њене породице.¹⁹

Жртва, с обзиром на властита страшна искуства сматра да несме да угрози живот чланова своје породице и не усуђује се стога да побегне, или се супростави трговцу, односно пристаје да буде искоришћавана.

д) Језичка и друштвена изолација

Трговци људима намерно затварају жртве и онемогућавају им слободу кретања,²⁰ онемогућавајући жртвама да одржавају било какве везе са члановима породице у месту порекла и припадницима истог народа у земљи одредишта.

Код жртве намерно стварају осећај страха, напуштености и безизлазности који је спречава да успостави било какав контакт са клијентима, или другим лицима који би јој евентуално могли помоћи у бекству, или би могли обавестити надлежне органе о њеном положају.

¹⁸ Током идентификације о овоме треба водити рачуна, јер жртве могу да одбију да буду препознате као жртве трговине људима управо из овог разлога.

¹⁹ Пракса бележи више случајева одмазде над члановима породице жртава уколико жртва успе да побегне од трговца.

²⁰ Једна од честих предрасуда јесте да жртве морају бити увек физички онемогућене да се слободно крећу, да су везане и затворене у простор из којег не могу да изађу. У стварности то није увек тако, јер чак и када им је дозвољено да се крећу, уколико стварно не могу да одлучују о свом животу, њихова слобода није стварна. У: J. Krotić, *op.cit.*, 9.

Једини веза са светом напољу јесте трговац, или ако је реч о жртвама које се сексуално искоришћавају-клијент. Жртве често не знају језик земље у којој се налазе, а са клијентима комуницирају преко описног менија услуга. Свако кретање (посебно у првој фази) изван објекта у којем ради или живи, контролисано је. Евентуални покушај бега санкционише се врло ригорозно.

ђ) Продаја и препродаја жртава

Жртве се продају одмах по доласку у место одредишта, или препродају када трговцу не доносе довољну добит. Када је жртва „непослушна“ или „не сарађује“ са клијентима, када покушава да побегне или покушава да ступи у контакт са полицијским и другим органима, трговци је продају другом трговцу у другом месту, што код ње ствара осећај дезоријентисаности у простору и има за последицу потпуну социјалну изолацију. Жртве се приликом препродаје излажу голе, гледају им се руке, ноге и зуби што још више код њих изазива осећање безвредности, а сам чин препродаје осећај безизлазности.²¹

3. ПОСЛЕДИЦЕ ДОЖИВЉЕНЕ ТРАУМЕ

Трговина људима се врши на посебно окрутан и безобзиран начин који код жртава изазива многобројне и различите последице. Последице које наступају код жртве могу се поделити на директне и индиректне. Директне трпе жртва трговине људима, док индиректне, тј. посредне погађају лица која су блиска са жртвом. Последице које погађају жртву могу бити физичке, психичке и имовинске²². Физичке последице тичу се нарушеног телесног интегритета здравља жртве, а могу се манифестовати као телесне повреде и психичке последице. Телесне повреде последица сунаношења директне повреде жртви (нпр. у виду огреботина, угриза, убода, модрица, прелома, до тешких и трајних повреда), док психичке последице настају као реакција на преживљено трауматско искуство. Психичке последице могу се манифестовати током непосредног насиља, а могу трајати и извесно време након доживљеног насиља.

Сви негативни ефекти (симптоми и стања) по жртву трговине људима могу се поделити на краткотрајну реакцију и дуготрајну трауму²³.

²¹ V. Ristanović-Nikolić et. al, *op.cit.*, 82.

²² Имовинске последице подразумевају наношење директне и/или посредне имовинске штете жртви која се може манифестовати у одузимању новца или предмета од жртве или у трошковима лечења и сл.

²³ “Психолошка траума се обично дефинише као догађај из ван уобичајеног људског искуства које представља претњу за живот. Трауматски догађај искључује уобичајене

Краткотрајну трауму карактерише дезоријентисаност, збуњеност, осећај стида, страха, љутње, усамљености, деконцентрације, док се дуготрајна траума испољава у виду депресије, анксиозности, непријатељства, болести зависности, посттрауматског стресног поремећаја²⁴ и др.²⁵

Који ће укупан учинак траума имати на жртву зависиће од стања жртве након изласка из ланца трговине људима, односно од узраста, животног искуства, врсте и времена изложености насиљу, врсте повреда које је жртва доживела, искуства током насиља и др.

За правилан и коректан однос према жртви важно је препознавати и разумети симптоме трауматизованости и на њих правилно реаговати, због чега ћемо неке од њих оне најкарактеристичније посебно објаснити. За жртву која изађу из ланца трговине људима карактеристични су следећи психички симптоми:²⁶

- у контакту са другим људима показује неповерљивост. Наиме, жртвасеуправо због злоупотребљеног поверења нашлау ситуацији трговине људима, због чега нема поверење у намере лица која долазе са њом у контакт и када јој та лица желе помоћи;

- осећа интензиван страх за себе и своје најближе. На првом месту, страх од одмазде трговаца и његових сарадника, зато што сарађује са органима откривања и гоњења учиниоца, потоми страх да ће бити одбачена и етикетирана уколико средина из које долази сазна на који је начин била искоришћавана. Нарочито понашања која подлежу моралној осуди (као нпр. експлоатација принудом на проституцију или вршење кривичних дела и сл.) појачава страх жртве да ће бити одбачена од стране блиских лица;

системе реаговања који људима дају осећај контроле, повезаности и смисла. Трауматски догађаји нису неуобичајени ни по томе што су ретки, него по томе што представљају слому обичајених система адаптације на животне услове. Заједнички именитељи за психолошку трауму су: интензиван страх, беспомоћност, губитак контроле, страх од уништења."Наведено према: Judit Lewis Herman, *Trauma and Recovery*, Pandora edition, Basic Books, 1992, 33. У: Biljana Slavković, *Žrtve i preživeli, Trgovina ljudima – iskustvo kompleksne traume, Preživeti nasilje – posledice po psihičko i fizičko zdravlje žrtava porodičnog nasilja i trgovine ljudima*, ASTRA, Beograd, 2016, 31.

²⁴ Код више од половине жртава (56%) непосредно након изласка из ланца трговине људима, током првог интервјуа, детектовани су симптоми пост-трауматског стресног поремећаја, код 12% жртава након отприлике 28 до 56 дана по збрињавању и код 6% жртава после 90 и више дана. Ипак, жртве и након дужег периода збрињавања могу бити у ризику од појављивања ПТСП, посебно када су у ситуацијама које оне оцењују као трауматске (нпр. учествовање у кривичном и другом судском поступку, чак и породично окупљање). У: С. Zimmerman et al., *op.cit.*, 3.

²⁵ Stjepan Gluščić, Goran Klemenčić, Tatjana Ljubin, Dražen Tripalo, Gert Vermeulen, *Procesne mere zaštite svedoka, Priručnik za pripadnike policije i pravosuđa*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2007, 22-23.

²⁶ D. Cuk Milankov, J. Vranješević, *op.cit.*, 32-34.

- испољава честе и изненадне промене расположења, без очигледне везе са садржином разговора. Расположење жртве варира од веселости до узнемирености и плача;²⁷
- има низак ниво фрустрационе толеранције услед чега лако плане, узнемири се и одсутна је, не може да задржи пажњу и концентришесе на питања која јој се постављају;²⁸
- одбијада се присећа и разговара о догађајима у којима је била повређивана и изложена разним облицима насиља, јер имају повређујући утицај на њу;²⁹
- осећа кривицу за оно што јој се десило (зато што је постала жртва и за насиље које је примењивано према њој);³⁰
- има лошу слику о себи која се манифестује у ниском самопоштовању и тешком прихватању себе;
- понаша се у складу са очекивањима службених лица, односно очекивањима ауторитета који остварују контакт са жртвом. Жртва је током дуготрајне изложености насиљу, као део механизма преживљавања изоштрила социјалну перцепцију, односно развила способност да унапред препозна, „ишчита“ оно шта трговац од ње жели и да унапред предузме активности и пре него што та активност од ње буде захтевана. Исти механизам према ауторитету сада жртва примењује према службеном лицу које са њом ступа у контакт, јер сада њена добробит зависи од тог лица. Последица наведеног може бити да жртва нешто уради што не жели, или каже нешто што не мисли, само да би поступила у складу са оним што она мисли да службено лице од ње очекује.
- одложено испољава симптоме трауматизованости. Понекад након изласка из ланца трговине људима, жртве могу изгледати смирено, њихово понашање не мора одступати од уобичајених образаца понашања. Ипак након извесног времена (нпр. неколико недеља, па чак и месеци) жртва може испољити прве симптоме трауме. Разлоге томе треба тражити у специфичном механизму преживљавања којим жртва из свести избациује стресан догађај, како би могла да се носи са ситуацијом трауме. Жртва потискује знање о ономе што јој се догодило и емоције које су ту ситуацију пратиле. Међутим, када жртва изађе из угрожавајуће ситуације, када се осећа безбедно и

²⁷ Ако се на време не препозна овај индикатор трауме, жртва се може окарактерисати као непоуздана и хистерична.

²⁸ Непрепознавање овог обележја код жртве може испитивача навести да погрешно закључи да жртва не жели да сарађује и да је агресивна.

²⁹ Непрепознавање овог обележја као дела трауме може код испитивача изазвати сумњу у трауматизованост жртве.

³⁰ Уколико испитивач не препозна ово изражавање кривице као део трауме, може погрешно закључити да је жртва признала своју кривицу за учешће у трговини људима.

окожуено лицима којима може да верује и када скупи снагу да се суочи са потиснутим трауматичним искуствима, жртва може у том тренутку изгледати трауматизованије него непосредно након изласка из ланца трговине људима.

4. НЕКЕ ОСНОВНЕ ТАКТИЧКЕ ПРЕПОРУКЕ ЗА ВОЂЕЊЕКРИМИНАЛИСТИЧКОГ ИНТЕРВЈУА СА ЖРТВОМ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Након што је идентификована жртва и након што јој је пружена помоћ у склоништу или прихватилишту, жртва може да одлучи да одбије да на било који начин сарађује са овлашћеним службеним лицима полиције или правосудним органима; да пристане да пружи поверљиве обавештајне податке, али под условом да не даје изјаву и да не сведочи на суду, или да одлучи да активно учествује у кривичном поступку као сведок. Највећи значај за кривично гоњење трговца људима имају жртве које одлуче да активно учествују у кривичном поступку као сведоци. Стога разговору са жртвом треба приступити веома студиозно, темељно и плански, јер од првог разговора и разговора који ће следити зависиће одлука жртве о учешћу у кривичном и другом судском поступку. Наиме, разговор са трауматизованом жртвом мора се водити поштујући оптимални метод, који се састоји од две фазе. Прво, смирити психички и физиолошки стабилизовати жртву кроз сигурност и специјалистички медицински третман, и друго, када је жртва доведена у стабилно психичко и телесно стање почети са узимањем изјаве. Испитивач увек треба да се држи ове методе која је коректна и омогућује најбољи пут за истражни поступак.³¹

Само од воље жртве зависи да ли ће сарађивати са надлежним органима на разјашњавању и доказивању кривице учинилаца, због чега, пре него што се од њих затражи било која информација (изјава), треба им пружити информације које им омогућавају да поново преузму контролу над својим животом и питати их за њихове потребе (за медицинском и другом стручном помоћи, водом, храном, лековима, чистом одећом, одмором и др.). У уводној размени информација са жртвом треба да учествује што мањи број лица, по могућности једно, посебно обучено лице, које правилним поступањем према жртви настоји да задобије њено поверење. Информације које суна добар начин пружене жртви смањују њену тескобу због незнања о томе шта ће се у скорије време десити, пружају јој осећај сигурности, помажу у враћању контроле и задобијању одређеног нивоа самосталности. Такође, добијене информације помажу јој да се преорјентише на свет у ком постоје

³¹ ICMPSD, *op.cit.*, 67.

опције, за разлику од негативних искустава у ланцу трговине људима, где је тај ниво контроле био непостојећи, или веома мали.³²

Интервју са жртвом трговине људима треба предузимати на месту које жртва одреди. То може бити склониште, прихватилиште, службена канцеларија органа поступка, или место жртвиног боравишта. Од битног је значаја да место на коме се разговара са жртвом буде безбедно и да жртва има утисак да се налази у пријатном окружењу, како би разговор протекао без сметњи и прекидања од стране трећих лица. Уколико жртва захтева, њеном интервју ће присуствовати лице у које она има поверење.³³

Пожељно је да испитивач буде истог пола као и жртва, нарочито у ситуацији присуства психолошке трауме код жена које су биле сексуално експлоатисане. Жена која води разговор има шансу да задобије више поверења и идентификује више елемената који се односе на трговину људима.³⁴

Интервју треба водити на језику који жртва разуме. Уколико жртва не говори језик државе у којој је откривена, треба јој обезбедити преводиоца, с тим да се пре започињања разговора утврди да ли жртва пристаје да разговара уз посредство преводиоца и да ли жели да преводилац буде присутан приликом разговора. Жртву не треба присиљавати на присуство преводиоца уколико говори довољно добро да може да пренесе оно што жели да каже. Ако је реч о глувој или немој особи, или је жртви нарушено ментално здравље, поред преводиоца мора се обезбедити и тумач, односно специјалиста одређеног профила (психијатар, психолог и др.).³⁵

Према жртви треба се односити професионално, с поштовањем и уважавањем. Никако жртви не треба придиговати, осуђивати или постављати питања којим се вређа њен углед или ствара осећај непријатности (нпр. Зашто си радила у ноћном бару, а ниси ишла да береш јабуке?).³⁶

Жртви треба показати да разумемо шта јој се догодило, да разумемо њено стање и осећања, њено понашање, да разумемо да јој није лако да прича о догађајима које је преживела, али истовремено и да јој се објасни због чега

³² Петар Станојевић, Саша Атанасов, Значај реактивне истраге за сузбијање трговине људима, *Зборник радова са Међународног научног скупа, "Право и друштвена стварност", прва свеска*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 24. јун 2014, 336.

³³ Tatiana Fomina, Maria Vogiatzi, *Regionalne smernice za identifikaciju žrtava trgovine ljudima, Priručnik za jugoistočnu i istočnu Evropu*, Mreža Ariadne, 2012, 49.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Transnacionalni mehanizmi upućivanja za žrtve trgovine ljudima-NACRT*, 20 – 23. У: П. Станојевић, С. Атанасов, *op.cit.*, 337.

³⁶ D. Čuk Milankov, J. Vranješević, *op.cit.*, 42.

је неопходно да информације о трговцима и њиховим радњама саопшти испитивачу и на који то начин може бити важно и од интереса за њу.³⁷

Жртву током разговора треба слушати, не треба јепрекидати, али је исто тако не треба ни убрзавати. Треба поштовати њен ритам говора, тренутке ћутања и користити једноставан језиккоји жртва разуме сходно својим годинама, интелигенцији и нивоу образовања.³⁸

Жртви треба постављати кратка и једноставна питања, избегавати апстрактне појмове и стручне термине.

Ако жртва не помене одређене детаље везане за њену експлоатацију, жртву треба на дискретан начин питати да ли је заборавила да то саопшти, или тренутно није спремна да их дели са испитивачем.³⁹ Тактички није правилно упорно инсистирати на исказу, јер то лако може довести до тога да се жртва повуче и да на свако питање одговори са: „Није ми познато“, „Не сећам се“, или „Не знам“. На одговору не треба инсистирати, вероватно ће их жртва касније поменути. Правилније је да у поновљеном разговору наведемо жртву да каже оно што зна.⁴⁰

Жртви треба дати до знања да је пажљиво слушамо, јер она то може закључити на основу више вербалних и невербалних показатеља.⁴¹

Такође, и испитивач мора бити свестан невербалних сигнала које шаље према жртви (нпр. интонације говора, интонације којом поставља питања, фацијалне експресије, темпа говора, акцендовања појединих речи и сл). Жртва на основу ових показатеља може стећи утисак да се оптужује, услед чега се може повући и бити мање спремна да сарађује.⁴²

Уколико се жртва током разговора из било којих разлога узнемири, разговор треба прекинути тако што ће се направити краћа пауза док се жртва не смири, или одложити разговор за неки други термин.⁴³

Жртви не треба ниште обећавати што није могуће испунити.

Жртву и њен исказ треба уважавати и када су одређени делови исказа спорни.⁴⁴

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*, 43.

³⁹ Т. Fomina, М. Vogiatzi, *op.cit.*, 30.

⁴⁰ Tomislav Marković, *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (kriminalistika)*, Priručnik, Zagreb, 1961, 396.

⁴¹ Вербални показатељи су: 1. Потврђивање онога што жртва говори (нпр. Да, да..., Јасно ми је..) и 2. Позив на комуникацију (нпр. Молим Вас реците ми шта Вам је познато о...) и 3. Постављање питања жртви (нпр. Да ли разумете питање које сам Вам поставила?). Невербални показатељи су: 1. Контакт очима, 2. Телесни став (нпр. благо климање главе, блага нагнутоост према жртви), и 3. Понашање испитивача. У: D. Ćuk Milankov, J. Vranješević, *op.cit.*, 35.

⁴² *Ibid.*, 42.

⁴³ *Ibid.*, 43.

5. ЗАКЉУЧАК

Жртве трговине људима трпе огромно психичко, физичко и сексуално насиље које код њих изазива бројне и далекосежне негативне последице. Жртве су злостављане, преварене и обмањене, често и од лица која су познавали. Њихово поверење у људе је озбиљно злоупотребљено пољуљано, услед чега и када дођу у контакт са лицима која им желе помоћи, често показују неповерење и непријатељство. Жртве трпе различите последице трауматичног искуства које су понекад видљиве, а понекад не. Стога интервју са жртвом трговине људима треба да врше веома искусни и стручни испитивачи, јер непрепознавање последица које трпе жртве, нарочито њиховог психичког стања након што су изашле из ситуације у којој су биле злостављане, може довести до погрешног третирања жртава током интервјуа и до извођења погрешних закључака о њеном учешћу у реализацији трговине људима.

⁴⁴ Т. Fomina, М. Vogiatzi, *op. cit.*, 52.

Sasa ATANASOV, LL.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

**BASIC GUIDELINES FOR A PROPERLY CONDUCTED
CRIMINALISTIC INTERVIEW WITH HUMAN TRAFFICKING
VICTIMS**

Summary

The paper is primarily focused on the operational and tactical procedure of conducting an interview with the victim of human trafficking. Significant features and mechanisms by which the victims are held under control, are also explained in the paper. The comparison of the aftermath of such traumatizing experience, as well as psychological symptoms that inevitably follow such victims, are also analyzed and studied. The paper also focuses on criminological tactics that can enable creating and conducting better and well conceptualized interviews with these victims.

Key words: *human trafficking, victims, control, violence, interview.*

ЛИТЕРАТУРА

Атанасов, Саша, *Откривање, разјашњавање и доказивање кривичног дела трговине људима*, (необјављен магистарски рад), Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2010.

Gluščić Stjepan, Klemenčić Goran, Ljubin Tatjana, Tripalo Dražen, Vermeulen Gert, *Procesne mere zaštite svedoka*, Priručnik za pripadnike policije i pravosuđa, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2007.

Europol, *Trafficking in Human Beings in the European Union: A Europol Perspective*, јун 2009, 3. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/trafficking-human-beings-european-union-europol-perspective_en 10.08.2021.

Zimmerman Cathy, Hossain Mazedra, Yun K, Roche Brenda, Morison Linda, Watts Charlotte, *Stolen Smiles: The physical and psychological health consequences of women and adolescents trafficked in Europe*. https://www.researchgate.net/publication/291985739_Stolen_Smiles_The_physical_and_psychological_health_consequences_of_women_and_adolescents_trafficked_in_Europe 14.08.2021.

ICMPD, *Trgovina ljudima, Regionalni standardi, Priručnik za sudije i tužioce, Program obuke u Jugoistočnoj Evropi*, Веџ, 2006.

Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, *Службени гласник РС - Међународни уговори*, бр. 19/2009.

Krotić Jovana, *Uzroci trgovine ljudima i mehanizmi kontrole žrtava, Preživeti nasilje – posledice po psihičko i fizičko zdravlje žrtava porodičnog nasilja i trgovine ljudima*, ASTRA, Beograd, 2016.

Marković Tomislav, *Suvremena tehnika istraživanja krivičnih djela (kriminalistika)*, Priručnik, Zagreb, 1961.

Протокола за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

Ristanović-Nikolić Vesna, Čopić Sanja, Milivojević Sanja, Patić-Simeunović Biljana, Mihić Biljana, *Trgovina ljudima u Srbiji*, Viktimološko društvo Srbije, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Beograd, 2004.

Ristanović-Nikolić Vesna, *Preživeti tranziciju*, Službeni glasnik, Beograd, 2008.

Slavković, Biljana *Žrtveipreživele, Trgovinaljudima – iskustvo kompleksne traume, Preživeti nasilje – posledice po psihičko i fizičko zdravlje žrtava porodičnog nasilja i trgovine ljudima*, ASTRA, Beograd, 2016.

Станојевић Петар, Атанасов Саша, Значај реактивне истраге за сузбијање трговине људима, *Зборник радова са Међународног научног скупа, "Право и друштвена стварност"*, прва свеска, Правни факултет

Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 24.јун 2014.

Ćuk Milankov Dragana, Vranješević Jelena, *Komunikacija sa svedocima i oštećenima*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2017.

Fomina Tatiana, Vogiatzi Maria, *Regionalne smernice za identifikaciju žrtava trgovine ljudima, Priručnik za jugoistočnu i istočnu Evropu*, Mreža Ariadne, 2012.

Центар за заштиту жртава трговине људима, *Основни статистички извештаји о идентификацији жртава трговине људима*, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021. <http://centarzztlj.rs/statisticki-podaci/> 16.08.2021.

Мирјана ЂУКИЋ*

343.211.3(497.11)

НАЧЕЛО *NE BIS IN IDEM* У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Забрана двоструке угрожености једно је од темељних начела којима се штите права окривљеног у кривичном поступку. Успостављена је тако да обухвата управо оне процесне ситуације у којима права осетљивије стране у кривичном поступку могу бити угрожена или повређена. Као сложена целина која се не може једноставно окарактерисати, заслужује подробнију анализу сваке компоненте понаособ. У раду су размотрени основни елементи начела *ne bis in idem* дати у међународним и националним легислативним оквирима, а поводом њих и неуједначени ставови иностраних и домаћих правосудних инстанци по питању разграничења кривичне и прекршајне одговорности. Основни постулати кривичног процесног права налажу да се судске одлуке узимају у разматрање приликом утврђивања повреде поменуте забране. Како је реформисани кривични поступак пружио шира овлашћења јавном тужиоцу, указала се потреба за тиме да се у једном делу рада установи и какав се статус у пракси даје одлукама овог процесног субјекта.

Кључне речи: *ne bis in idem*, кривична одговорност, прекршајна одговорност, одлуке суда, одлуке јавног тужиоца.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Корени начела *ne bis in idem* потичу из римског права. Најпре се за оне послове који су пресуђени сматрало да су правноснажни (*quae iudicata... rata teneant*), да би се потом у једној Улпијановој максими пресуђена ствар сматрала истином (*res iudicata pro veritate accipitur*).¹ Његово присуство бележи оптужни (акузаторски) кривични поступак, док већ изостаје у истражном средњовековном моделу, у којем је окривљени третиран као објекат кривичног поступка који није уживао никакву заштиту, нити је располагао правима која би му начелно припадала. Специфичност овога поступка огледала се у томе да се према окривљеном није изрицала пресуда којом се оглашава кривим, већ пресуда којом се остављао под сумњом

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

¹ Илић, П. Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А., *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013, стр. 70.

(*absolutio ab instantia*), а по њеној правноснажности поступак се могао поновити и водити према истом окривљеном, у истој кривичној ствари и на основу истих доказа.² До његовог заживљавања у пуном обиму долази у савременом кривичном поступку који је руковођен идејом да тенденција очувања права и слобода учесника у кривичном поступку треба бити усклађена са тенденцијом ефикасности. Изражена кроз максимум *ne bis in idem*, забрана двоструке угрожености у преведеном значењу подразумева не два пута о истом. Термин „два пута“ обухвата двострукост кривичног гоњења, двострукост (кривичног) поступка и двострукост кажњавања. Термин „исто“ подразумева истог окривљеног, кривично дело, прекршај или друго противправно понашање. Значење поменутих израза кумулативно подразумева да се против истог окривљеног не може два пута предузимати кривично гоњење, или водити кривични поступак, нити може бити кажњен два пута за исто кривично дело, прекршај или привредни преступ. Главна је претпоставка за реализацију ове забране да је према окривљеном у погледу кривичног дела, прекршаја или привредног преступления, поступак већ правноснажно окончан осуђујућом, ослобађајућом пресудом, или да је поступак правноснажно обустављен или да је оптужба правноснажно одбијена. Чак и када је поступак правноснажно окончан, дозвољено је понављање истог, уколико се појаве нови докази који би могли да утичу на исход кривичног поступка, али не на штету, већ само у корист окривљеног. Тиме је окривљени као процесно осетљивији субјект заштићен од нелагодности којој би био изложен да је дошло до поновног вођења поступка и кажњавања. Установити повреду начела *ne bis in idem* онда када се окривљени поново процесуира и санкционише поводом истог кривичног дела, за које је судска одлука стекла статус *res iudicata*, суштински не би требало да представља проблем. Када иста радња има одлике и кривичног дела и прекршаја, могу се јавити недоумице на пољу разграничења кривичне и прекршајне одговорности, посебно онда када се ради о лакшем кривичном делу. Тада нису ретки случајеви преименовања прекршајне у кривичну санкцију која добија статус пресуђене ствари, што у крајњем доводи до сужавања опсега кривичноправне заштите.

Тематика начелне забране двоструке угрожености је размотрена у две целине. У првој су представљене основне компоненте предметног начела регулисане у међународним и националним документима, те је у том контексту поменута забрана сагледана са нормативног аспекта. Друга целина обухвата сагледавање предметне тематике са практичног аспекта. Представљено је какве је ставове изнедрила пракса Европског суда за људска

² Ђурђић, В., *Кривично процесно право, Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014, стр. 101.

права, Европског суда правде, пракса националних судова у Републици Србији, указано на њихове сличности и разлике и на крају изведени закључци уз критички осврт у односу на поједина решења.

1. НОРМАТИВНИ АСПЕКТ НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM*

Увођење забране двоструке угрожености последица је иницијатива и напора да се кривични поступак хуманизује, обезбеде и заштите основна права процесно осетљивије стране, окривљеног. Хронолошки гледано, први документ који је ову тематику узео у разматрање био је Међународни пакт о грађанским и политичким правима³, усвојен 16. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976. године. Основна права окривљеног дата су у чл. 14, међу којима је у ставу 7 успостављено право на заштиту од двоструке угрожености, формулисано тако да “Нико не може бити кривично одговоран или кажњен због дела за које је већ био ослобођен или осуђен коначном пресудом у складу са законом и кривичним поступком сваке земље“. Као старији документ у односу на Међународни пакт, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода не успоставља ово право окривљеног, већ је то учињено додатним Протоколом бр. 7 уз Конвенцију, усвојеним 22. новембра 1984. године у Стразбуру.⁴ Према чл. 4 Протокола, запажа се да је овде забрана двоструке угрожености регулисана детаљније, предвиђајући сада поред поменуте основне забране и изузетак. Наиме, у ставу 2 истог члана регулисана је могућност поновног отварања поступка, ако се појаве нови или новооткривени докази, или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход. Начело *ne bis in idem* регулисано је и Повелом о основним правима ЕУ⁵, на начин да нико не може бити поново осуђен или поново кажњен у кривичном поступку за кривично дело за које је већ правноснажно осуђен или ослобођен у складу са законом унутар земаља Европске Уније (чл. 50). Европска конвенција о екстрадицији⁶ предвиђа да замољена држава неће одобрити изручење

³ *International Covenant on Civil and Political Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49, доступно на: <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, посећено: 01.09.2021.*

⁴ Protocol no. 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Council of Europe, ETS - No. 117, Strasbourg, 22. XI.1984., доступно на: https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P7postP11_ETS117E_ENG.pdf, посећено: 03.09.2021.

⁵ Charter of fundamental rights of the European Union (2000/C 364/01), доступно на: https://www.europarl.ropa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, посећено: 27.09.2021.

⁶ European Convention on Extradition, European Treaty Series - No. 24, Paris, 13.XII.1957, доступно на:

уколико су њени органи правноснажно осудили лице у погледу истог кривичног дела за које се изручење тражи (чл. 9).

У правном поретку Републике Србије, начело *ne bis in idem* има ранг уставног начела, прокламовано најпре Уставом СРЈ од 1992. године⁷ у члану 28, а потом Уставом РС⁸ од 2006. године у чл. 34 ст. 4 и 5, као израз правне сигурности у казненом праву. Начелна забрана двоструке угрожености окривљеног у кривичном поступку је у првобитном Уставу уређена тако да нико не може бити поново осуђен нити кажњен за дело за које је поступак против њега правноснажно обустављен, или је против њега у погледу истог дела оптужни акт правноснажно одбијен, или је пак такође у погледу истог дела правноснажном одлуком ослобођен или осуђен. Другопоменути, Устав РС од 2006, проширује опсег примене предметног начела, тако што предвиђа да ће се изузетно поступак поновити ако се открију докази о новим чињеницама, које би да су биле познате у време суђења, могле битно да утичу на исход поступка. Изузетак се такође односи и на ситуацију када је у ранијем поступку дошло до битне повреде, која је могла утицати на исход поступка. Устав РС новијег датума проширује опсег примене начелне забране двоструке угрожености у односу на свог претходника, а запажа се да је опсег примене шири када се успостави поређење за међународним документима који из подручја примене предметне забране изостављају правноснажну обуставу поступка и правноснажно одбијање оптужног акта.

Законик о кривичном поступку⁹ респектује међународно успостављене стандарде, али их, као што то чини и Устав, у једном делу надмашује. Поред случајева када је кривични поступак правноснажно окончан мериторном судском одлуком (осуђујућом, ослобађајућом пресудом), ЗКП РС предвиђа забрану поновног суђења и онда када је оптужба правноснажно одбијена и онда када је поступак обустављен (чл. 4 ст. 1). Подручје примене начелне забране шири се и на оне ситуације када није ни дошло до покретања кривичног поступка, код вансудских модела решавања кривичне ствари. Наиме, одлука о одбацивању кривичне пријаве након што осумњичени испуни неку од обавеза датих у наредби, бива заведена у централну евиденцију Републичког јавног тужилаштва, тако да се против истог лица у погледу истог кривичног дела не може применити начело условљеног опортунитета.¹⁰

<https://rm.coe.int/1680064587>, посећено 30.09.2021.

⁷ Устав Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 1/92.

⁸ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

⁹ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука УС и 62/2021-одлука УС.

¹⁰ Димић, С., Ђукић, М., “Одлагање кривичног гоњења код пореских кривичних дела”, *Зборник радова „Право у функцији развоја друштва“*, Том II, *Научни скуп са*

Премда се тематика рада односи на кривични поступак, није сувишно поменути да забрану поновног суђења у истој ствари предвиђа и Закон о прекршајима¹¹. Овде је дата забрана поновног суђења и поновног изрицања прекршајне санкције када се ради о прекршају о коме је већ у складу са законом у односу на исто лице правноснажно одлучено (чл. 8 ст. 1). Регулисано је такође како треба поступати у ситуацијама када кривично дело и привредни преступ имају обележја прекршаја. Ако је учинилац прекршаја правноснажно оглашен кривим у кривичном поступку за кривично дело које има и обележја прекршаја, у односу на прекршај обухваћен кривичним делом не може се покренути прекршајни поступак, а уколико је покренут или је у току, не може се наставити и довршити (чл. 8 ст. 3). На исти се начин третира и ситуација када привредни преступ има обележја прекршаја, у смислу да правноснажно оглашена одговорност учиниоца за привредни преступ који обухвата обележја прекршаја, има статус пресуђене ствари (*res iudicata*) (чл. 8 ст. 4).

2. ПРАКТИЧНИ АСПЕКТ НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM*

Како је забрана двоструке угрожености предмет бројних представки пред ЕСЈП, приступићемо најпре анализи члана 4 Протокола бр. 7 уз Конвенцију, који је у односу на државе које су га ратификовале правно обавезујући документ. Наиме, садржину овог члана чине три основна елемента:

1. Карактер поступака (да ли су оба поступка кривичне природе);
2. Да ли је предмет оба поступка исто дело и
3. Да ли је дошло до дуплирања поступка.

Ова три базна елемента извучена су из контекста саме садржине члана 4, како би се у свакој спорној ситуацији приступило детаљној анализи и тумачењу и на крају установило да ли је до повреде начелне забране заиста дошло пред неким од националних судова. Како би оценио да ли је дошло до дуплирања поступка, суд узима у разматрање и да ли је прва одлука била правноснажна, да ли је нови поступак уопште спроведен и на крају, да ли је у конкретном случају примењив изузетак који се односи на нове или новооткривене доказе.¹² Сваки од набројаних елемената нашао је своју примену у богатој судској пракси пред ЕСЈП и пракси пред правосудним инстанцама Републике Србије, које ће у наредним редовима бити предмет

међународним учешћем, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2019, стр. 204.

¹¹ Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 - одлука УС, 91/2019 и 91/2019 - др. закон.

¹² Bockel, B., *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, 2016, p.17-18.

анализе.

2.1. Карактер поступака

Карактер поступка одређује природа дела за које се учинилац процесуира. Пракса ЕСЈП је у овом делу као меродавне поставиле такозване Енгел критеријуме, према пресуди Енгел и други против Холандије. Приликом оцене да ли су оба поступка кривичне природе, односно да ли је у оба случаја заступљена кривична оптужба, узима се у обзир најпре правна класификација дела у националном праву, природа дела и на крају тежина казне која би се могла изрећи.¹³ Правна класификација дела подразумева којој категорији противправних понашања предметно дело припада у националном правном поретку (кривично дело, прекршај). Имајући у виду Енгел критеријуме, узима се на међународном нивоу она правна класификација дела која је у националном закону извршена, те даље, ако је дело у националном законодавству сврстано у категорију кривичних дела, оно ће се и на међународном нивоу третирали као кривично дело. Овај критеријум се увек узима у обзир при оцени да ли је повређено начело *ne bis in idem*. Преостала два критеријума узимају се у разматрање алтернативно или кумулативно, само ако се одговор на прво питање не може пронаћи у националном закону.¹⁴ Код природе дела меродаван је објекат који се штити прописивањем одређених противправних понашања као кривичних дела или прекршаја, док врста санкције и њено трајање, односно њена висина опредељују врсту противправног понашања.

Када оба поступка нису кривичне природе, односно када је један кривичне а други дисциплинске природе, није повређена забрана двоструке угрожености предвиђена чланом 4 Протокола. Такву је одлуку донео суд у предмету *Kremzow v. Austria*.¹⁵ Пензионисани судија је најпре осуђен за убиство, а потом је на основу истог чињеничног стања вођен дисциплински поступак у којем је кажњен губитком права на пензију. Осуђујућа пресуда за кривично дело убиства третира се као правно обавезујућа у односу на јавне сужбенике, у смислу да подлежу и дисциплинској одговорности и дисциплинској санкцији каква је у овом случају губитак права на пензију, тако да се дисциплински поступак није могао окарактерисати као додатни кривични поступак. На разматрање да ли су оба поступка кривичне природе

¹³ Коларић, Д., Марковић, М., “Начело *Ne Bis In Idem* у пракси Уставног суда Србије и Европског суда за људска права”, *Српска политичка мисао*, 2/2017, год. 24. vol. 56, стр. 266.

¹⁴ Илић, П. Г., “Начело *Ne Bis In Idem* у пракси Европског суда за људска права”, *Страни правни живот*, 61 (3), 2017, стр. 24.

¹⁵ *Kremzow v. Austria*, no. 16417/90, 1990.

наилазимо и у случају *Toth v. Croatia*.¹⁶ Подносилац представке је овде лице које је током издржавања казне затвора упутило затворским чуварима вербалне увреде, због којих је кажњен боравком у самици у трајању од 21 дана. Потом је против истог лица покренут кривични поступак због изношења претњи затворском особљу. Став је суда да у овом случају први поступак има карактер дисциплинског а не кривичног, јер у домаћем праву изношење вербалних увреда има дисциплински карактер. Како се лице већ налазило на издржавању казне затвора, боравком у самици није први пут лишено слободе, нити је продужено време трајања затворске казне.

У домаћој пракси наилазимо на став Апелационог суда¹⁷ у погледу другог Енгел критеријума - заштитног објекта. Стављајући по страни идентитет чињеничног стања, овде је суд био искључив по питању различитости заштитног објекта. Поводом истог догађаја вођен је прекршајни и кривични поступак. У прекршајном је поступку заштитни објекат био јавни ред и мир, док је у кривичном поступку то био телесни интегритет, код телесне повреде оштећеног. Према ставу Апелационог суда, иако се ради о истом догађају, првостепени суд због саме различитости заштитних објеката није могао да одбије оптужбу у односу на окривљеног, позивајући се на то да је већ једном правноснажно осуђен због истог дела.

2.2. Да ли је предмет поступака исто дело?

Начелом *ne bis in idem* окривљени је заштићен да му се два пута суди поводом истог дела. Овде се процењује чињенични опис дела дат у првом и у другом поступку. Међутим, из истог чињеничног описа може проистећи одговорност за два различита противправна понашања, када се пође од различитог заштитног објекта. У претходним редовима изнет је став Апелационог суда који се стављајући по страни истоветност чињеничног стања позивао на различити заштитни објекат, те непостојање повреде начела *ne bis in idem*. Ова је тематика поприлично конфузна, тако да ће у наредним редовима бити изложено како је решавана у пракси од случаја до случаја.

Према константацији Апелационог суда изнетој у пресуди која датира од 2016. године, начело *ne bis in idem* није повређено “уколико су радње које је окривљени извршио и за које му се суди у кривичном поступку, много шире и бројније од радњи за које је осуђен у прекршајном поступку”¹⁸. Против окривљеног и његовог предузећа порески орган је водио и окончао прекршајни поступак у којем чињеничну основу за санкционисање чине

¹⁶ *Toth v. Croatia*, no. 49635/10, 2012.

¹⁷ Одлука Апелационог суда у Београду, Кж1 4512/12 од 01.10.2012. године.

¹⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1-По1 32/2015(1) од 23.6.2016. године.

неплаћање акциза и пореза на додату вредност за период контроле од 01.01.2006. године до 31.05.2007. године. Према истом окривљеном се водио кривични поступак у којем је доказано не само неплаћање пореских дажбина у спорном периоду, већ и организовање и финансирање набавке превоза и директна продаја прерађених увежених нафтних деривата, чиме су избегнуте не само пореске обавезе, већ је и остварена корист у разлици цене по којој је нафтни дериват набављен и цене по којој је продаван.¹⁹ Дакле радње кривичног дела за које се окривљени теретио у кривичном поступку су знатно шире и бројније од оних на основу којих је прекршајно кажњен у прекршајном поступку.

Повреда начела *ne bis in idem* утврђена је од стране Уставног суда²⁰, услед вођења и правноснажног окончања најпре прекршајног, потом кривичног поступка, поводом истог догађаја, затим у оба поступка утврђеног идентичног чињеничног стања, а такође је узета у обзир и врста санкције којом је прекршајни поступак окончан. У прекршајном поступку који се најпре водио према подносиоцу уставне жалбе утврђено је да је исти у ходнику стана оштећене нарушавао јавни ред и мир, насиљем угрозио мир и личну сигурност оштећене, мир и спокојство осталих грађана, тиме што се расправљао са оштећеном, упутио јој вербалне увреде, а потом извлачио из стана низ степенице, где је оштећена пала и задобила повреде у виду крвних подлива, нагњечења десног колена, десне подлактице и леве надлактице. Пресудом Прекршајног суда у Нишу подносилац уставне жалбе је правноснажно оглашен кривим због прекршаја из члана 6 става 3 Закона о јавном реду и миру (којом се одредбом грађани штите од непристојног и дрског вређања, а у одређеном смислу и физичких насртаја) и осуђен на новчану казну у износу од 16.000 динара, са тиме да је као алтернатива предвиђена затворска казна у случају да новчана казна не буде измирена. У кривичном поступку подносилац уставне жалбе је поводом истог догађаја и идентичног чињеничног стања утврђеног у прекршајној пресуди, оспореним пресудама проглашен кривим због кривичних дела лаке телесне повреде и увреде по приватној тужби оштећене, а ослобођен од оптужбе да је извршио кривично дело угрожавања сигурности. Премда телесни интегритет треба бити и јесте објекат кривичноправне заштите, Уставни суд је овде имао у

¹⁹ Више о пореским кривичним делима вид.: Димић, С., *Савремени трендови у опорезивању дохотка физичких лица*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Косовска Митровица, 2021, стр. 106-143.

²⁰ Одлука Уставног суда, Уж бр. 1285/2012 од 26. марта 2014. године, *Сл. Гласник РС*, бр. 45/2014 од 27. априла 2014. године.

виду да живот оштећене услед лаке телесне повреде није био угрожен, те да се у неку руку може толерисати у овом случају задирање Прекршајног суда у кривичноправну сферу. Такође је извршена процена изречених санкција у оба поступка и утврђено да прекршајна санкција самим тим што као алтернативу предвиђа затворску казну, не умањује карактер кривичне санкције. Наведене аргументе је Уставни суд узео као кључне при оцени да је повређено начело *ne bis in idem*, уважавајући притом само прекршајну пресуду. У сличној је ситуацији заузет став Уставног суда да се прекршајни поступак изједначава са кривичним. "Ако је у прекршајном поступку окривљени оглашен кривим јер је "физички насрнуо на... и истог ударио шаком (песницом) у пределу главе - левог ока" (прекршај из члана 6. став 3. Закона о јавном реду и миру), а у кривичном поступку зато што је оштећен "затвореном шаком руке ударио у леву страну лица у пределу јагодичне кости и нанео му тешку телесну повреду изражену у виду прелома јагодичне кости са леве стране..." (кривично дело из члана 121. став 1. КЗ), повређено је право окривљеног на правну сигурност у казненом праву, јер се прекршајна и кривична пресуда односе на потпуно исти догађај и исто понашање окривљеног, сходно чему је два пута оглашен кривим за исто дело, без обзира што се у прекршајној пресуди не наводи тешка телесна повреда, а у кривичној је она третирана као последица предметног кривичног дела."²¹

Претпоставља се да су наведена тумачења изведена према случају *Sergey Zolotukhin v. Russian*²², који је послужио као узор нашим правосудним инстанцама не само у сфери чињеничног супстрата пресуде у оба кривична поступка и тежине изречене казне, већ и осталим кључним сегментима садржаним у чл. 4 Протокола бр. 7. Казна која је у овом случају изречена према подносиоцу представке због прекршаја против јавног реда и мира, била је губитак слободе (попут затворске казне која је као алтернатива наведена у пређашњем случају), па је суд закључио да прекршајни поступак и осуђујућа пресуда имају кривични карактер.

2.3. Дуплирање поступка

Дуплирање поступка у сфери примене начела *ne bis in idem* не обухвата паралелно вођење два поступка. Начелно, у чл. 4 Протокола бр. 7 не наилазимо на забрану паралелног вођења кривичног и прекршајног поступка. У овој проблематици, дуплирање поступка подразумева правноснажно окончање једног поступка и покретање новог поступка према истом

²¹ Одлука Уставног суда, Уж 7014/2014 од 29.03.2019. године.

²² *Sergey Zolotukhin v. Russian (Vv)*, no. 14939/03, ECHR 2009.

окривљеном и на темељу истоветног утврђеног чињеничног стања.²³ Дакле тематика дуплирања поступка обухвата више питања: да ли је први поступак окончан правноснажно, да ли је након њега дошло до покретања новог поступка?

Правноснажно окончање поступка намеће питање када се једна кривична ствар сматра пресуђеном ствари - *res iudicata*? Неоспорно се кривична ствар сматра правноснажно окончаном онда када је суд донео мериторну одлуку против које су исцрпљена сва правна средства, или она нису дозвољена, те не постоји законска могућност да се иста побија пред судом правнога лека.²⁴ Поред судских одлука којима се мериторно решава о кривичној ствари, примена предметног начела се у нашем законодавству проширује и на одлуке суда процесне природе, каква је пресуда којом се оптужба одбија, као и на одлуку о обустави поступка, у смислу да имају статус пресуђене ствари. Као што је већ размотрено у делу који се бави нормативним аспектом предметног начела, ЗКП РС респектује међународне стандарде у овој области, али их у једном делу надмашује.

Решењем Прекршајног суда у Чачку обустављен је прекршајни поступак према окривљенима због прекршаја из члана 6 став 3 Закона о јавном реду и миру услед наступања апсолутне застарелости. Након правноснажне обуставе прекршајног поступка, према истим окривљенима се поводом истог догађаја водио кривични поступак, али је Основни суд оптужбу одбио ценећи да кривична ствар има статус пресуђене ствари. При истом ставу је остао и Апелациони суд²⁵, одбивши као неосновану жалбу јавног тужиоца, који се позивао на чл 4 Протокола бр. 7 који правноснажну обуставу поступка не третира као пресуђену ствар, већ само правноснажну осуду или правноснажну ослобађајућу пресуду. Тако је у овом случају уважена шире постављена забрана двоструке угрожености нашим процесним законом.

Намеће се питање какав се статус даје одлукама јавног тужиоца којима се поступак обуставља, или на пример одлукама којима на основу примене института условљеног опортунитета одбацује кривичну пријаву? У домаћој и иностраној пракси наилазимо на различита решења правосудних инстанци. У већини предмета који су решавани пред ЕСЈП, суд је оценио да одлука јавнога тужиоца којом обуставља поступак нема статус пресуђене ствари, јер не представља судску нити осуђујућу нити ослобађајућу пресуду

²³ Поповић, Д., *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд, 2012, стр. 275.

²⁴ Више о појму материјалне и формалне правноснажности, вид.: Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 354-356.

²⁵ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж1 5409/2013 од 11.12.2013. године.

(*Marguš v. Croatia*²⁶, *Smirnova and Smirnova v. Russia*²⁷, *Narutyunyan v. Armenia*²⁸).

Код примене установе условљеног опортунитета, изненађује чињеница да је Европски суд правде у појединим одлукама поставио одређене стандарде тиме надмашујући одредбе чл. 4 Протокола. Наиме, у одлукама *Husein Gozutok* и *Klaus Brügge C - 187/01* и *C 385/01*²⁹, решење о одбацивању кривичне пријаве (под условом да је осумњичени испунио обавезе одређене у наредби) има статус *res iudicata*, без обзира што то није судска одлука. Овакав се став оправдава тиме да и одлука јавног тужиоца треба имати статус пресуђене ствари, јер се ради о субјекту који чини саставни део кривичног правосуђа. На исту ситуацију наилазимо у домаћој пракси, где се решењу о одбацивању кривичне пријаве од стране јавног тужиоца на основу примене установе условљеног опортунитета даје статус пресуђене ствари.³⁰ Поставља се питање исправности оваквих ставова из следећих разлога. Наиме, ЗКП РС предвиђа да се према истом окривљеном према којем је поступак у погледу истог кривичног дела правноснажно окончан, обустављен или је оптужба одбијена, не може поново водити кривични поступак. Овде је наиме реч о вансудском моделу код којег се кривична ствар решава диверзијом, што подразумева не само да кривични поступак није започет, већ да јавни тужилац није ни започео са кривичним гоњењем, што свакако не може наћи своје место под окриљем одредби које предвиђају забрану двоструке угрожености. Друго, када се има у виду да се сви осумњичени који су наложене обавезе испунили код поменутог института заводе у централну евиденцију Републичког јавног тужиоца, те се према њима у погледу истог кривичног дела не може поново применити институт условљеног опортунитета, намеће се закључак да не постоји забрана покретања кривичног поступка према истом окривљеном у погледу истог кривичног дела, већ само забрана поновне примене условљеног опортунитета. Поред тога, испуњење наложених обавеза какве су уплата ночаног износа у хуманитарне сврхе, надокнада штете оштећеном, идр., немају карактер кривичне санкције, па не би требало да постоји сметња за покретањем новог кривичног поступка поводом истог догађаја. Чак се може рећи да је процесуирање и кажњавање истих осумњичених пожељно, посебно ако се пође од тога да се у пракси условљени опортунитет не примењује само год багателних кривичних дела, већ све чешће код оних где

²⁶ *Marguš v. Croatia*, (Vv), no. 4455/10, ECHR 2014.

²⁷ *Smirnova and Smirnova v. Russia*, no. 46133/99 and 48183/99, 2002.

²⁸ *Narutyunyan v. Armenia*, no. 34334/04, 2006.

²⁹ Judgment of the Court of 11 February 2003. Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok (C-187/01) and Klaus Brügge (C-385/01). European Court Reports 2003 I-01345.

³⁰ Одлука Врховног касационог суда Кзз 1359/16 од 15.12.2016. године.

је репресивно деловање неходно.

Слична је ситуација код консесуалне кривичнопроцесне форме каква је споразум о признању кривичног дела. Премда суд није странка у закључењу споразума, он овде за разлику од пређашње ситуације (условљени опортунитет) своју активност испољава управо на пољу које му и прапада, пољу пресуђења. Пресуда којом суд прихвата постигнути споразум између јавног тужиоца и окривљеног уједно је и пресуда којом се окривљени оглашава кривим, а изриче му се санкција у мери и врсти о којој су странке постигле нагодбу. Као таква, она има статус пресуђене ствари, па ће повреда начела *ne bis in idem* постојати уколико се по њеној правноснажности покрене кривични поступак поводом истог кривичног дела које је било предмет споразума.³¹

2.4. Тест довољно уске повезаности

Критеријум довољно уске повезаности није нормативно уобличен, већ је изграђен кроз праксу ЕСЉП. Претпоставља се да је успостављен као последица потребе да се појединим добрима не ускрати кривичноправана и прекршајноправна заштита, већ да се уједначи када су за то створени законом прописани услови. Један животни догађај може имати истовремено и обележја кривичног дела и обележја прекршаја, а да би се та одговорност спровела у пракси потребно је да не постоји ниједан сегмент који би указивао на повреду забране двоструке угрожености.

Као допунски критеријум, такозвани тест довољно уске повезаности подразумева да два поступка чине јединствену целину тиме што су и садржински и временски довољно блиски, да се њима обухватају различити аспекти противправног понашања, да се у оба поступка избегло дуплирање у прикупљању и оцени доказа и да је казна изречена у поступку који је први правноснажно окончан узета у обзир приликом изрицања санкције у другом поступку, и то тако да свекупан износ/висина изречених санкција буде сразмерна тежини извршеног дела.³² Ови су критеријуми заживели у пракси ЕСЉП 2016. године у случају А и Б против Норвешке³³, где је утврђено да кривични и порески поступак чине јединствену целину, те да нема дуплирања поступка у светлу повреде начела *ne bis in idem*. Уважавајући овакву праксу, белгијско законодавство је 2019. године увело значајне измене,

³¹ Кнежевић, С. С., *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012, стр. 263.

³² Vetzo, M., "The Past, Present and Future of the *Ne Bis In Idem* Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of *Menci, Garlsson and Di Puma*", *Review of European Administrative Law*, 2/2018, p. 61.

³³ A and B v. Norway, (Vv), no. 24130/11 and 29758/11, CEDH 2016.

те наместо некадашње потпуне раздвојености пореских и кривичних истрага, пореских и кривичних поступака, сада их под одређеним условима прихвата као јединствену целину у којој се систем вредности штити са различитих аспеката.³⁴ Такође је дошло до њихове примене у случају Ривар против Швајцарске³⁵, где је утврђено јединство кривичног и управног поступка. Подносилац представке је због прекорачења дозвољене брзине моторним возилом кажњен у кривичном поступку новчаном казном, а у управном поступку који је уследио непосредно по правноснажном окончању кривичног, одузимањем возачке дозволе. Утврђено је да се не ради о дуплирању поступка, већ да оба представљају два аспекта једног система, садржински и временски довољно блиска.

3. ЗАКЉУЧАК

Забрану двоструке угрожености у елементарном смислу наговештавају документи још из периода важења римског права. Још више добија на значају када је настала потреба за хуманизацијом кривичног поступка и заштитом основних права учесника у кривичном поступку, првенствено окривљеног, као процесно осетљивије стране у односу на носиоца функције оптужбе. Премда је сваки сегмент начелне забране детаљно регулисан међународним и националним документима, судска пракса упућује на неуједначене ставове правосудних органа. Они су последица не само у једном делу различите националне и међународне регулативе, већ и немогућности да се по појединим питањима изграде јединствени ставови услед сложености предметне материје. Идентично чињенично стање у оба поступка је у неким одлукама било меродавно при оцени да постоји повреда начела *ne bis in idem*, док се у неким одлукама оно занемарује и у први план ставља различити заштитни објекат, што окривљене доводи у неједнак положај. Ако већ исти животни догађај може истовремено имати обележја и кривичног дела и прекршаја, требало би избегавати искључивост по питању постојања само прекршајне или само кривичне одговорности, тако што ће се у сваком од поступака утврђивати чињенично стање које потпада под сферу кривичноправне и под сферу прекршајноправне заштите. Чини се да у ову сврху као ефикасан може послужити новоуспостављени критеријум довољно уске повезаности.

Одлука јавног тужиоца о обустави поступка наилази на различит третман тако што у иностраној пракси нема статус пресуђене ствари, док јој

³⁴ Francis, D., "Ne bis in idem and Tax Offences", *The European Criminal Law Associations Forum*, 2/2019, p.135.

³⁵ *Affaire Rivard c. Suisse*, (Requête no 21563/12), 2016.

се у домаћој пракси тај статус признаје. Са друге стране, тужиочева одлука о одбацивању кривичне пријаве којој је претходила примена установе условљеног опортунитета, има статус пресуђене ствари и у иностраној и домаћој судској пракси, на који начин се субјекту који је искључиво носилац функције оптужбе обезбеђује задирање у сферу која му начелно не припада, сферу пресуђења. Овим свакако не доводимо у питање сврху постојања поменутог института, већ чињеницу да се подједнаки значај придаје тужиочевим и судским одлукама на пољу примене начела *ne bis in idem*. Одлуке тужиоца сада имају формални карактер, што је један од сегмената реформисаног кривичног поступка.

Mirjana Đukić, LL.D.

Assistant Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

PRINCIPLE NE BIS IN IDEM IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

The prohibition of double endangerment is one of the fundamental principles that protect the rights of the accused in criminal proceedings. It has been established to cover precisely those procedural situations in which the rights of the more sensitive party in criminal proceedings may be endangered or violated. As a complex whole that cannot be simply characterized, it deserves a more detailed analysis of each component individually. The paper discusses the basic elements of the *ne bis in idem* principle given in the international and national legislative frameworks, and on their occasion the unequal positions of foreign and domestic judicial instances on the issue of delimitation of criminal and misdemeanor responsibility. The basic postulates of criminal procedural law require that court decisions be taken into account when determining the violation of the said prohibition. As the reformed criminal procedure provided broader powers to the public prosecutor, there was a need to establish in one part of the work what status is given in practice to the decisions of this procedural subject.

Keywords: *ne bis in idem, criminal liability, misdemeanor liability, court decisions, public prosecutor decisions.*

ЛИТЕРАТУРА

- Affaire Rivard c. Suisse, (Requête no 21563/12), 2016.
- Bockel, B., *Ne Bis in Idem in EU Law*, Cambridge University Press, 2016.
- Charter of fundamental rights of the European Union (2000/C 364/01), https://www.europarl.ropa.eu/charter/pdf/text_en.pdf, посећено: 27.09.2021.
- European Convention on Extradition, European Treaty Series - No. 24, Paris, 13.XII.1957, <https://rm.coe.int/1680064587>, посећено: 30.09.2021.
- European Court Reports 2003 I-01345, Judgment of the Court of 11 February 2003. Criminal proceedings against Hüseyin Gözütok (C-187/01) and Klaus Brügge (C-385/01).
- Francis, D., “Ne bis in idem and Tax Offences”, *The European Criminal Law Associations Forum*, 2/2019, 135-141.
- Narutyunyan v. Armenia, no. 34334/04, 2006.
- International Covenant on Civil and Political Rights Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200A (XXI) of 16 December 1966 entry into force 23 March 1976, in accordance with Article 49, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>, посећено: 01.09.2021.
- Kremzow v. Austria, no. 16417/90, 1990.
- Marguš v. Croatia, (Vv), no. 4455/10, ECHR 2014.
- Protocol no. 7 to the Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, Council of Europe, ETS - No. 117, Strasbourg, 22. XI.1984, https://www.echr.coe.int/Documents/Library_Collection_P7postP11_ETS117E_ENG.pdf, посећено: 03.09.2021.
- Sergey Zolotukhin v. Russian (Vv), no. 14939/03, ECHR 2009.
- Smirnova and Smirnova v. Russia, no. 46133/99 and 48183/99, 2002.
- Toth v. Croatia, no. 49635/10, 2012.
- Vetzo, M., “The Past, Present and Future of the *Ne Bis In Idem* Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights: The Cases of *Menci*, *Garlsson* and *Di Puma*”, *Review of European Administrative Law*, 2/2018, 55-84.
- A and B v. Norway, (Vv), no. 24130/11 and 29758/11, CEDH 2016.
- Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2008.
- Димић, С., Ђукић, М., “Одлагање кривичног гоњења код пореских кривичних дела”, *Зборник радова „Право у функцији развоја друштва“*, Том II, *Научни скуп са међународним учешћем*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2019, 201-212.

Димић, С., *Савремени трендови у опорезивању дохотка физичких лица*, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, Косовска Митровица, 2021.

Ђурђић, В., *Кривично процесно право, Општи део*, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш, 2014.

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/2013, 13/2016, 98/2016 - одлука УС, 91/2019 и 91/2019 - др. закон.

Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021-одлука УС и 62/2021-одлука УС.

Илић, П. Г., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А., *Коментар законика о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2013.

Илић, П. Г., “Начело *Ne Bis In Idem* у пракси Европског суда за људска права”, *Страни правни живот*, 61 (3), 2017, 21-34.

Кнежевић, С. С., *Основна начела кривичног процесног права*, СКЦ, Ниш, 2012.

Коларић, Д., Марковић, М. С., “Начело *Ne Bis In Idem* у пракси Уставног суда Србије и Европског суда за људска права”, *Српска политичка мисао*, 2/2017, год. 24. vol. 56, 263-280.

Одлука Апелационог суда у Београду, Кж1 4512/12 од 01.10.2012. године.

Одлука Врховног касационог суда, Кзз 1359/16 од 15.12.2016. године.

Одлука Уставног суда, Уж 7014/2014 од 29.03.2019. године.

Одлука Уставног суда, Уж бр. 1285/2012 од 26. марта 2014. године, *Сл. гласник РС*, бр. 45/2014.

Поповић, Д., *Европско право људских права*, Службени гласник, Београд, 2012.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Кж1-По1 32/2015(1) од 23.6.2016. године.

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу, Кж1 5409/2013 од 11.12.2013. године.

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

Устав Савезне Републике Југославије, *Службени лист СРЈ*, бр. 1/92.

ЈАВНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Владан МИХАЈЛОВИЋ*

342.8(497.11)

РЕФОРМА ИЗБОРНОГ СИСТЕМА КАО УСЛОВ ЕФИКАСНОГ ОСТВАРИВАЊА ПАРЛАМЕНТАРНОГ СИСТЕМА ВЛАСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Успостављање и успешно функционисање представничког система тражи и адекватан изборни систем. Избори представника у представничка тела треба да се спроведу на начин, применом изборних радњи и процедура које ће да омогуће бирачима да изразе своју политичку вољу и при кандидовању, самом избору и расподели мандата. Већина држава представничке демократије се опредељује између два изборна система: већинског и пропорционалног. Већински погодује појединачном гласању док пропорционални уводи гласање за листу и он више одговара потребама вишестраначке демократије. Но, и један и други систем имају својих предности и слабости, врлина и мана. Већински систем је добар јер се ту гласа појединачно и за конкретну личност а гарантује и чврсту, стабилну парламентарну већину. Његова слабост је у томе што је искључив: победнику даје све (све мандате) а побеђеном ништа.

Пропорционални систем је правичан, задовољава и већину и мањину бирача јер свако добија део мандата у парламенту сразмерно добијеним гласовима. Његова слабост је што се ту гласа за листу а не конкретну личност (која је видљива са свим својим врлинама и манама) и што онемогућава стварање стабилне парламентарне већине у парламенту. Зато је пожељно и добро да се комбинују и један и други изборни систем и тако се добија онај мешовити. Тај мешовити систем узима оно што је добро и од већинског и пропорционалног па тако задовољава интересе и странака и грађана као актера политичког живота.

И у Србији треба размишљати о промени важећег (пропорционалног) изборног система и заменити га мешовитим системом који би поред страначког афирмисао и грађански интерес и у Србији ојачао грађанску демократију.

Кључне речи: *избори, изборни систем, изборне јединице, реформа, парламентарни систем.*

* Редовни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, vladan.mihajlovic@pr.ac.rs

УВОД

Демократија је једна од оних великих и ретких идеја која од свог настанка до данас изазива бројне неспоразуме и контроверзе. Од обожавања и величања за неке је предмет презира и одбацивања; од претераног хвалисања и истицања идеала слободе и једнакости она се данас профинисала и претворила у поредак који ни приближно не може да се дичи тиме да је постигао највећи домет у освајању људске слободе и једнакости. Зато морамо да будемо трезвени, да се хладимо од претераног заноса, одушевљења са демократијом. То тражи и да се вратимо њеним почецима и оним великим (античким) политичким узорима који су се обазриво односили према њој. Треба стално да се подсећамо да је за античке великане циљ најбољег политичког уређења постизање општег добра коме треба тежити у друштву. За Платона најбоље политичко уређење је оно у коме се влада по законима који су отелотворење ума.¹ Њему је близак и Аристотел који је више нагињао владавини мудро састављених закона него и најбољих људи јер су ови подложни страстима док је закон правило људи без страсти.² При томе Аристотел разликује добре од лоших и изопачених политичких уређења при чему уочава и опасност од претварања једних у друге, оних добрих у лоше и изопачене. Као и други антички великани ни Аристотел није нагињао демократији. Док је Платон отворено презирао демократију и тврдио да она није ништа друго до божанско право незналица да владају рђаво дотле је Аристотел само изузетно био склон владавини већине као узорном облику државе.³ Он је допуштао да је *politea* најближа идеалу државе као заједнице слободних људи али и да је то тешко одрживо и остварљиво уређење јер се претвара у демократију као изопачени поредак у коме побеђује демагогија и владавина сиромашне гомиле.⁴ Заслугом Перикла демократија је од античког чуда које се није поновило до данас постала узор политичког поретка коме тежимо али не успевамо да му се приближимо, остваримо га. На крају и та атинска демократија ма колико да се приближила владавини већине није значила остварење некакве њихове апсолутне политичке слободе да раде, одлучују онако како желе. Тачно је да се у демократији од увек видела њена предност у томе што пружа највеће могућности за остваривање слободе али се у томе и претеривало јер таква очекивања нису испуњена. Та слобода у

¹ Коста Чавошки, Увод у право, I, основни појмови и државни облици, „Драганић“, Београд, 1996. год. стр. 175

² Коста Чавошки, Могућности слободе у демократији, Истраживачко-издавачки центар ССО Србије, Београд, 1981. год. стр. 197

³ Видети: М. Матић, М. Подунавац, Политички систем, Факултет политичких наука, Београд, 1997. год. стр. 45

⁴ Видети Аристотел, Политика, БИГЗ, Београд, 1975. год. стр. 64, 89, 127-128

демократији је апсолутизована и преувеличавана јер она (слобода), по Монтескијеу је уствари право да се не чини шта се хоће већ само оно што закони дозвољавају.⁵ И за демократију као и сваки други облик политичког уређења остаје основни проблем и изазов како да оствари, постигне опште добро које одговара интересу свих односно већине у друштву. То што је демократија по дефиницији поредак у коме влада већина не значи да се тиме а' priori постиже опште добро, остварују интереси свих или већине у друштву. Баш у томе Аристотел налази загонетку и велику замку демократије која се лако претвара у демагогију у којој демагози обећавају народу апсолутну власт и слободу, ону која им не припада по закону, која је изнад њих.

Иако од античких времена демократија није постала узоран политички поредак она то као да игнорише и данас се самоуверено нуди као политички стереотип или решење које нема праву алтернативу. Уствари у животу демократије учачамо велике осцилације – њено уздизање до небеских висина а онда падање и срозавање у приземну политичку свакодневицу у којој су се изгубила велика обећања и очекивања. Како добро примећује Слободан Јовановић, демократија се од почетка ширила са амбицијом да постане нова вера, али се временом како је губила божанску привлачност, све више профанисала, да би на крају, код људи изазвала потпуну равнодушност.⁶

Од велике идеје и Периклове атинске демократије данас је остало бледо издање представничке (политичке) демократије која ни по чему не може да се упоређује са дOMETИМА античке демократије. Но, и такву демократију са свим њеним слабостима и манама је модерно грађанско друштво пригрлило и не намерава да је на неки начин усавршава или мења неким бољим, напреднијим политичким поретком. Стагнирање (па и назадовање) демократије отвара питање њене перспективе, да ли на њу треба и даље рачунати или не, да ли треба поново отворити расправу о томе ко треба да влада, који је облик уређења најбољи: онај где влада један човек, богата и утицајна мањина која чини елиту друштва или већина у којој се истичу просечни, сиромашни и некомпетентни појединци и групе.

I

Док је политичка пракса доказала да је у модерном смислу идеја непосредне демократије тешко (или никако) остварљива дотле се представнички (политички) систем демократије почев од настанка грађанске

⁵ Шарл Монтескије, О духу закона, том I, „Филип Вишњић“, Београд, 1989. год. стр. 174

⁶ Слободан Јовановић, Из историје и књижевности, књига 2, Сабрана дела, том 12, БИГЗ СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1991. год. стр. 158

капиталистичке државе са више или мање успеха примењује и данас. Ова представничка демократија је замишљена да буде адекватна замена непосредној демократији тако да власт коју је народ (или сваки појединац у њему) успешно вршио сам (непосредно) сада, у представничком систему врши преко изабраних представника. По квалитету вршења власти и једна и друга демократија би требало да буду изједначене мада је политичка пракса недвосмислено показала да грађани ефикасније врше власт непосредно него преко изабраних представника. То опет значи да по квалитету свог функционисања представничка демократија заостаје за непосредном демократијом. Иако је тако, представнички систем је данас нужен и незаобилазан и у његову корист се истичу два аргумента: први, технички, да је тешко (или немогуће) организовати да грађани непосредно врше власт у многољудним и територијално распрострањеним и великим државама, и други, који се везује за елитистичко вршење власти и Монтескијево учење о представљању и по коме народ нема моћи да сам, непосредно врши власт већ да је у његовој моћи и способности само да бира представнике који ће ту власт ефикасно да врше у његово име.⁷ Модерна држава је данас неодојива од представничког система (демократије) и он је уствари облик остваривања суверености нације или, другачије речено, то би био механизам у коме нација врши власт преко изабраних представника којима додељује овлашћења у вршењу те власти. У овом механизму власти, представничком систему се јасно разликује титулар власти нација и њени представници који врше власт у њено име. Зато претпоставку постојања представничког система (демократије) чине слободни и демократски избори у којима народ (нација) може слободно да изрази своју вољу и изабере оне који ће га представљати у вршењу власти. Дакле у представничком систему грађани не врше непосредно власт већ представљају бирачко тело које бира своје представнике који ће ту власт вршити у његово име. Главни проблем представничке демократије је како обезбедити контролу бирачког тела над изабраним представницима. Теоретски гледано представнички систем треба да омогући да се изрази права воља бирача и да они изаберу најбоље представнике који ће доследно да следе његову вољу. Таквим представницима који би доследно тумачили вољу народа не би била потребна контрола но пракса је показала да је то утопија и да често долази до размимоилажења између бирача и изабраних представника. Зато представници морају да на неки начин подлежу контроли да се не би отуђили од оних који их бирају но у томе је и највећи проблем представничке демократије. Она почива на доктрини о слободном (не императивном мандату) представника што значи да те контроле нема. Та

⁷ Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год. стр. 257

контрола постоји само у моменту избора представника у представничком телу док се након тог изборног чина губи па постоји реална опасност да представници злоупотребе свој мандат и изневере и отуђе се од оних којима треба верно да служе. Истина ограниченост представничког мандата и жеља представника да буде поново биран на представничку функцију га нагони да добро размишља о томе како поступа у вршењу те своје функције и да ли или не остварује вољу својих бирача. Иако представнички систем поједини аналитичари и његове присталице величају као идеалан, најбољи, он то у стварности никада не може да буде, или постане. Чињеница је да се у доследно изведеном представничком систему учешће народа у вршењу власти своди само на избор његових представника. Тај утицај народа на власт се ипак оцењује као недовољан због чега се с правом упућују критике овом систему. Неки чак у тој критици су толико радикални и иду дотле да тврде да је представнички систем у свом чистом облику апсурдан и недемократски. Иако су оваква гледања на представнички систем претерана чињеница је да се овај чист представнички систем власти (демократије) данас модификује или боље рећи комбинује са елементима непосредне демократије. Тако се отклањају оне очигледне слабости представничког система због којих се с правом критикује да заостаје за системом непосредне демократије.

Да би се успоставио и функционисао представнички систем власти мора да постоји одређени механизам помоћу кога се врши избор представничких тела, а нарочито централног представничког тела – парламента. Овај механизам је правно регулисан и састоји се од бројних поступака мера техничких радњи али пре свега права и гаранција и једним именом се назива изборни систем.⁸

Изборни систем је део или још тачније подсистем представничког политичког система и његова функција је да омогући успостављање тог система или боље рећи конституисање његових највиших представничких институција. За тај изборни систем као механизам представничке демократије постоје неколико питања која се правно уређују и међу њима су најважнија: ко може да буде биран, ко предлаже кандидате, ко врши избор и како се врши избор органа, како се додељују мандати, да ли се евентуално врши опозив изабраних представника и др. Пошто је у функцији политичког система демократије и изборни систем мора бити тако уређен да се остварује и буде демократски. Но, то не значи да и он не може да буде недемократски и да поједина његова законска решења не воде напредовању представничке (парламентарне) демократије него чак и њеном назадовању. Но, какав год био: демократски или мање демократски изборни систем представља срж

⁸ Ибид, стр. 265

представничког система. Он као такав може да се дефинише као скуп правила која се тичу изборног поступка – од бирачког права до организације избора или још прецизније то је начин на који грађани гласају за поједине странке и кандидате односно поступак по коме се бирачки гласови претварају у посланичке мандате.⁹

Избори и изборни систем пре свега треба да служе остваривању политичких права грађана, да омогуће њихово учешће у политичком процесу па су тиме они и важан инструмент грађанске демократије. Но, како грађани нису једини и главни субјекти политичког живота представничке демократије већ су то данас и политичке странке можемо да закључимо да су избори (изборни систем) данас више у функцији страначке него грађанске демократије. Како каже проф. Драган М. Стојановић, гласа се за партију а не за личност¹⁰ но и такви избори који су ближи страначкој а не грађанској демократији су нужни да обезбеде легитимитет власти и да обезбеде пренос друштвене моћи у легитимну политичку моћ.¹¹

II

Постојећи изборни систем у Србији (као и у већини држава парламентарне демократије) је до краја демократизован и прилагођен потребама већинског одлучивања и парламентарне вишестраначке демократије. Његову највећу тековину представља демократско бирачко право које је опште и једнако, појављује се као активно и пасивно право свих пунолетних грађана да бирају представнике у представничка тела или да у њих буду бирани.¹² Овакво бирачко право одговара демократији, оличење је једнакости и равноправности грађана и одговара захтеву да сви грађани подједнако учествују у политичком процесу и остваре могућност да бирају или буду бирани у представничке институције власти. Овакви избори и изборни систем који велича демократско бирачко право свуда па и код нас омогућује избор парламента који фаворизује интересе већине на рачун мањине чланова друштва. Како добро примећује Слободан Јовановић, опште право гласа спушта ниво парламента јер је у његовом саставу мање угледних људи, даље овакви парламенти су склони да зарад класних и локалних интереса занемаре државне и у целини такви парламенти произашли из општег бирачког права

⁹ Дарко Симовић, Владан Петров, Уставно право, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014. год. стр. 149

¹⁰ Драган М. Стојановић, Уставно право, књига II, „Свен“, Ниш, 2003. год. стр. 109

¹¹ Ибид, стр. 109

¹² Видети чл. 52 Устава Републике Србије из 2006. год. „Службени гласник РС“ бр. 98/2006

немају довољно политичке способности иако имају ауторитета¹³ (легитимитет). Због таквих избора и изборног система заснованог на општем и једнаком бирачком праву грађана наше скупштине у овој постсоцијалистичкој ери нису постале ништа напредније и успешније од оних претходних социјалистичких. У ствари управо заслугом изборног система који фаворизује странке а не грађане наше скупштине су у овој парламентарној ери постале више страначка него грађанска представничка тела. Скупштине су постале затроване страначким утицајем и диктатом њихових шефова који толико дисциплинују посланике да се ови претварају у следе поданике и извршиоце партијске воље и налога њеног вођства. Шта више тај партијски политички миље наших скупштина је задње деценије постао толико једноличан и све више једностраначки. Имамо апсурдну ситуацију да у вишестраначком демократском систему који примењујемо добијамо на изборима скупштине које су претежно једностраначке. Сведоци смо да се у парламенту наши посланици не понашају по својој политичкој савести него као извршиоци партијских налога и наредби својих партијских шефова. Овакви посланици изабрани по важећем изборном систему и законодавству показују низак ниво политичке културе и толеранције према својим неистомишљеницима. То само унижава, руши углед наших скупштина у очима грађана када посматрају јавне преносе скупштинских седница и зграђавају се над подривањем угледа и достојанства ове најважније демократске политичке институције. Због оваквог срозавања угледа, наше скупштине све више подсећају на оне извикане револуционарне, бунтовничке скупштине из времена озлоглашене конвентске диктатуре. Овакав низак политички и интелектуалне ниво скупштина тражи да се нешто промени у начину њиховог избора а тиме и у њиховој структури и физиономији. Најлогичније би било да се скупштина подели тако да у њој осим демократских обележја треба да се истичу, дођу до изражаја и она посебна која им дају елитистички па донекле и аристократски карактер. Тиме би скупштине постале угледна тела јер у њима постоји механизам који ће да их одбрани од необузданог и неразумног деловања већине посланика који уживају демократски легитимитет. Овакав парламент подељен на два дела или дома би постао чинилац континуитета и стабилности друштва¹⁴ јер би се у њему сучељавање две супротстављене тенденције и снаге (она која тежи променама и она која тежи очувању традиције) које би се међусобно кочиле и одржавале у равнотежи. Горњи дом би постао дом разума, оличење умерености с циљем да спутава, обуздава

¹³ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублнк, Београд, 1990. год. стр. 293-294

¹⁴ Ратко Марковић, Уставно право и политичке институције, „Службени гласник са п.о. Београд, 1995. год. стр. 353

доњи дом у његовом необузданом и неумереном деловању. Оваквом поделом парламента на два дома који се међусобно ограничавају и коче би се би се допринело политичкој стабилизацији друштва. Тиме би се спречила претерана партијска хомогенизација и концентрација страначке моћи која долази до изражаја у постојећем устројству и саставу наших скупштина. У новом устројству скупштине би постале дводомне и то би био и даље демократски бикамерализам само што би овај други дом позајмио нешто од оног аристократског, добио би „аристократију“ али не ону која почива на богатству него на личним вредностима својих чланова.¹⁵ Овај други дом парламента би се разликовао од оног првог како по начину свог избора, тако и по представницима који се у њега бирају, њиховом броју, трајању мандата, могућности распуштања (или не) и др.

Са овако промењеним саставом и физиономијом наш парламент би повећао свој политички утицај и ауторитет а ни на који начин не би угрозио своју уставну позицију и надлежност која му припада.

Овакав дводомни парламент се до сада показао као добро организационо решење јер поред дома који се бира општим правом гласа има смисла да постоји, устроји се и други дом изабран ограничен гласањем (и посредним путем) и са представницима који имају личне квалификације, својства која им подижу углед у односу на посланике изабране у доњем дому општим правом гласа.

Слободан Јовановић добро уочава предност дводомног парламента када констатује да се са суженим изборним правом грађана и квалификованим представницима у другом дому избегавају рђаве последице изборног система који се примењује за и због простог (једнодомног) парламента.¹⁶ Тим путем се нижи друштвени редови не искључују из парламента јер се доњи дом бира општим правом гласа али зато што се горњи дом бира неједнаким правом гласа парламент се не спушта у целини на нижи ниво.¹⁷

III

Образовање изборних јединица је важан услов да изборни процес буде демократски и праведан и да се у њему изрази политичка воља бирача када бирају своје представнике у представничка тела. Избор најбољег решења за формирање изборних јединица подразумева да се на основу

¹⁵ Владан Петров, Парламентарно право, Београд, 2010. стр. 60

¹⁶ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 332

¹⁷ Ибид стр. 332

уставом утврђених критеријума посебним законом уреди образовање конкретних изборних јединица.¹⁸

У духу демократских и правичних избора је да се обезбеди једнакост бирача а то значи да би било идеално да једнак број бирача бира једнаки број представника па би тако изборне јединице требало да буду једнаке. Ако су изборне јединице неједнаке то доводи до неједнакости бирача и до тога да се један представник бира на неједнак број бирача. Но, тешко (или немогуће) изборне јединице могу да буду једнаке због тога што се углавном формирају према административно-територијалном принципу, подели земље на неједнаке по величини административно-територијалне јединице. Томе треба додати да су у изборној пракси честа и манипулације у виду прекрајања изборних јединица. Томе је често склона актуелна власт која спроводи изборе и на тај начин покушава да оствари своје политичке интересе – сачува и продужи своје позиције. Због оваквих манипулација и злоупотреба које диктирају интереси актуелне власти добијају се веће или мање изборне јединице разних геометријских облика и симболике што се изборним језиком назива изборном геометријом. У интересу правичности и демократије треба избегавати овакве злоупотребе са изборним јединицама и настојати да се оствари изборни систем који је у интересу политичке већине (грађана) а не политичке мањине која жели да се очува на власти. Зато парламентарној и грађанској демократији погодује изборни систем који фаворизује грађанина и омогућује му да активно учествује у политичком животу, слободно бира или буде биран у представничка тела и на јавне функције. Но, свуда па и код нас (у Србији) грађанина потискују странке постају важнији актер политичког живота па се грађанска демократија све више претвара у ону страначку (вишестраначку). Управо због моћних странака, њиховог монополисања политичким животом и у Републици Србији се изборни систем мењао и прилагођавао интересу странака а не грађана. Уствари, како примећује проф. Драган М. Стојановић, уочи сваких избора у Србији се мењао и број изборних јединица.¹⁹ На првим вишестраначким изборима 1990. год. је образовано 250 изборних јединица (по већинском систему) да би на ванредним парламентарним изборима од 1992. год. установљено 9 изборних јединица (по пропорционалном систему) да би се 1996. год. тај број изборних јединица повећао на 27.²⁰ И то није остао коначни број наших изборних јединица јер је изборним законом од 2000. год. цела територија Републике Србије постала једна изборна јединица.²¹ Овакво законско

¹⁸ Маријана Пајванчић, Уставно право I, Нови Сад, 1998. стр. 327

¹⁹ Драган М. Стојановић, Уставно право, књига II, „Свен“, Ниш, 2003. год. стр. 119

²⁰ Ибид, стр. 119

²¹ Видети: члан 4. Закона о избору народних посланика“, „Службени гласник РС“ бр. 35/2000

решење је нанело велику политичку штету нашим грађанима и грађанској демократији а фаворизовало је интересе странака и страначке демократије. Зато би га требало променити у предстојећој реформи изборног законодавства и применити решење по коме би било више изборних јединица. Те изборне јединице не би биле монолитне већ би било и оних већих али и мањих како би се задовољили и политички интереси странака али и политички интереси грађана као актера политичког живота. То значи да треба размишљати и о промени чистог пропорционалног изборног система и његовом комбиновању са елементима већинског изборног система. Са тим иновираним изборним системом бисмо добили другачију ситуацију у погледу броја и величине изборних јединица. То би било правично решење и у духу демократије које би обезбедило једнакост бирача, да глас сваког бирача има исту вредност. Комбиновањем пропорционалног и већинског система бисмо у будућим српским изборима добили и велике и мале изборне јединице што би било правично и логично законско решење. Велике изборне јединице више погодују странкама (пропорционални систем) које ту доминирају, воде главну реч у кандидовању и гласању за листу.²² Мале изборне јединице више погодују већинским изборима и појединачном гласању, иду на руку грађанину који је самосталан у кандидовању и гласању и не подлеже утицају великих и моћних странака.²³

IV

Идеја о систему или поретку који није чист већ састављен комбиновањем, мешањем елемената разних система је прастара. Она се везује за угледне античке: грчке и римске политичке мислиоце који су је подстицали, заносили се њоме. То је откривење римског историчара Полибија и великог оратора Цицерона али се приписује и Аристотелу и много векова касније (у XVI веку) Жану Бодену који се наслањао на политичку традицију софиста али и Аристотела.²⁴ У избору између три могућа политичка уређења (базилеје, аристократије и демократије) Полибије закључује да је најбоље оно уређење у коме су сва три поменућа облика помешана.²⁵ Идеју мешовите власти је заступао и Цицерон, велики протагониста римске републиканске владавине. И он је сматрао да је најбоље оно државно уређење које разумно сједињује сва три облика владавине:

²² Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 310-311

²³ Ибид, стр. 310-311

²⁴ Милован Марковић, Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998. год. стр. 31

²⁵ Андрија Крешић, Радислав Вујичић, Држава и политика, „Глас Славоније, Осијек, 1997. год. стр. 36

краљевски, аристократски и демократски.²⁶ Овој идеји мешовитог државног облика је био близак и Аристотел. Иако је био највише склон краљевству (монархији) направио је поделу чистих система на добре и лоше. Он је добро уочио и истакао закон кварења, изопачења политичких режима, претварања доброг у лош облик (нпр. монархије у тиранију и др.) па је предлагао као најбољи облик живота онај који се држи средине и у коме су помешани и спојени слобода, богатство и врлина.²⁷ Уствари Аристотел је као лек од чистих политичких режима који су склони кварењу и изопачавању нашао у мешовитом систему и уређењу и то оном монархијско-аристократском.²⁸ Много векова касније Жан Боден, модерни теоретичар државе и политике оживљава идеју мешовитог система. Он добро разликује облик владавине од политичког режима када уочава различите варијације и мешовите облике и системе. Тако по њему монархистичка држава може да буде демократска ако развија демократски политички режим или обрнуто да се у демократском режиму успостави монархијска владавина.²⁹

Мешовити систем власти је актуелан у многим модерним државама (Француска, Португалија, Ирска и др.) па и у нашој Србији. И Србија (као и те поменуте државе) комбинује елементе председничког и парламентарног система да би добила најбоље решење, најефикаснији облик власти. Намера је да се у мешовитом систему узме и споји оно што је најбоље од сваког система понаособ. Истина главни проблем мешовитог система је како спојити оно што је на изглед неспојиво. Ови посебни системи спојени и помешани у мешовитом систему настоје да се остваре у потпуности, да превладају једни над другим па се јавља тешкоћа њиховог усаглашавања, успостављања равнотеже међу њима. У недостатку те равнотеже отварају се дисфункционалности и блокаде унутар система, сукоб између ових посебних система а то квари, ремети нормално функционисање самог мешовитог система власти.

Ова размишљања о мешовитим системима и облицима државе су корисна и у расправама око одабира најбољег изборног система. У изборној пракси модерне државе представничке парламентарне (вишестраначке) демократије се истичу, доминирају два главна изборна система (остварени чисто или у комбинацији) и то: већински и пропорционални систем.

²⁶ Јован Комшић, Теорије о политичким системима, Институт друштвених наука, Београд, 2000. год. стр. 103

²⁷ Видети: Аристотел, Политика, 1266. год. БИГЗ, Београд, 1975.

²⁸ Др Рајко Кузмановић, Упоредни политички систем, „Нови глас“ Бања Лука 1991. год. стр. 196

²⁹ Професор Јован Ђорђевић, Политички систем, Савремена администрација, Београд, 1988. год. стр. 171

Већински систем је старија форма изборног система,³⁰ најпре је почео да се примењује и он је најпрактичнији јер је природно и логично да буде изабран онај кандидат који добије највише гласова. Овај систем је погодан онда када се бира један представник између више кандидата и то су униноминални или избори са појединачним гласањем, где се бира конкретна личност. Он није погодан за изборе где се гласа за листу јер код гласања за листу се примењује другачији односно пропорционални изборни систем. Већински систем тражи већину гласова бирача и појављује се у облику апсолутне и релативне већине. Код апсолутне већине (строжији или блажи облик) се тражи 50% +1 или од укупно уписаних бирача или од оних који су изашли на изборе у изборној јединици и њен главни проблем је како остварити ту већину. Због непостојања те натполовичне већине (или њеног тешког постизања) по овом систему се често иде у други (или наредни) круг гласања па се он назива и вишекружним гласањем. Једноставнија варијанта већинског система је систем релативне већине или једнокружног гласања. Овде се за победу на изборима не тражи да кандидат освоји апсолутну већину гласова (половину више један глас у изборној јединици). У систему релативне већине побеђује кандидат који освоји релативну већину гласова односно који освоји највећи број гласова у односу на остале кандидате. Зато се назива и системом исподполовичне већине јер по њему може да буде изабран неко за кога је гласало мање од половине бирачког тела³¹ што му је велика мана. Сем што има проблем са обезбеђивањем потребне већине гласова, већински систем има и ту ману што је неправичан. По њему победник добија све а поражени губи све, испада из политичке утакмице и учешћа у раду представничког тела.

Данас се у земљама вишестраначке демократије као реакција на већински систем примењује пропорционални изборни систем (сразмерно представништво). Он је подесан за изборе где се бира више представника у изборној јединици и када се гласа за листу на којој постоји више кандидата. Пропорционални систем примењује већина демократских држава и он је подесан за изборе где су велике изборне јединице и где је већи број кандидата или кандидатских листа. Захваљујући њему посланички мандати се додељују и већини и мањини па се сматра да је правичан јер по њему свака листа добија у парламенту број мандата сразмерно броју добијених гласова у изборној јединици. Дакле, сразмерно снази коју има у бирачком телу, свака странка је претстављена у парламенту па је он тако слика у малом политичког живота земље. Овај систем величају његове присталице

³⁰ Драган М. Стојановић, Уставно право, књига 2, „Свен“, Ниш, 2003. год. стр. 131

³¹ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублнк, Београд, 1990. год. стр. 315

(пропорционалисти) и доказују да је он у духу демократије³² али и он није без мана. Његовом применом се у парламенту уводи много странака а то онда отежава постизање парламентарне већине и стабилност владе. Но и поред тога сматра се да су његове предности и врлине веће од његових мана и недостатака па је данас примењен у већини земаља вишестраначке парламентарне демократије. У његову корист се истиче да додељује мандате и већини и мањини што је демократски јер је у изборном резултату изражена и воља већине али и воља мањине. Истина, воља већине је јаче изражена него воља мањине али ни ово није занемарена и потрпа³³ па је тако задовољена равноправност бирача као велика тековина и успех политичке представничке демократије.

У Републици Србији је данас у примени пропорционални изборни систем и то почев од ванредних парламентарних избора 1992. год. Само су први избори за посланике Републичке скупштине (1990) одржани према већинском систему с тим да је већински систем важио и за локалне изборе све до 2002. год.³⁴ Пошто и већински и пропорционални систем имају и својих мана и врлина може се као компромисно решење за избор најбољег изборној система предложити и прихватити мешовити систем. То је систем који комбинује елементе већинског и пропорционалног система и као такав је добар и прихватљив јер узима оно што је добро из оба система, комбинује њихове добре стране а избегава њихове слабости и недостатке. Мешовити систем захваљујући сразмерном представништву задовољава идеал правде а заслугом већинског система обезбеђује формирање стабилне парламентарне већине која је услов стабилне владе и стабилног функционисања парламентарног система власти. Мешовити изборни систем примењује Немачка (за избор у Бундестаг) а примењен је у Русији на првим вишестраначким изборима за Државну Думу Руске федерације 1993. год.

Пошто се применом мешовитог изборног система гласа и за листу и појединца (појединачним гласањем) то се, рецимо, као у Немачкој (у избору за Бундестаг) цела земља дели на мале изборне јединице (где се гласа појединачно и мандати деле према систему релативне већине) и велике изборне јединице где се гласа за листе а мандати деле по пропорционалном систему у варијанти изборног количника.

Бирачи тако два пута узастопно гласају – један глас дају једном од кандидата у изборној јединици а други глас дају једној од земаљских листа које истичу политичке странке. Тако се чланство у немачком Бундестагу (доњем дому Парламента) стиче униноминалним изборима у изборном округу или добијањем мандата са земаљске листе тако да у појединачном

³² Ибид, стр. 320

³³ Ибид, стр. 320

³⁴ Видети: Закон о локалним изборима, „Службени гласник РС“ бр. 33/2002

гласању мандат припада кандидату са највећим бројем гласова, док се код земаљских листа мандати деле између странака које су освојиле више од 5% важећих гласова.³⁵

Руководећи се пре свега примером и искуством Немачке као данашњег лидера европске демократије има смисла да и у нашој Србији размишљамо о промени важећег изборног система. Увођењем мешовитог изборног система Србија би поред странака снажно афирмисала и улогу грађана као самосталних актера политичког живота. Тако бисмо наш политички живот растеретили, ослободили од превеликог притиска странака и те тзв. страначке демократије која лако може да се претвори у страначку (једностраначку) диктатуру у условима дуготрајне доминације једне водеће и снажне политичке странке каква је данас Српска напредна странка.

Јачањем улоге грађана у изборном процесу путем униноминалних избора дајемо шансу нашем политичком животу да се опорави од диктата политичких странака и јаче ослони на иницијативу и самосталност грађана који треба да поврате и оснаже своју улогу главног носиоца, актера грађанске демократије. Без јаког, способног и независног грађанина као политичке индивидуе ми у Србији не можемо да развијамо демократију. Сведоци смо да странке више штете него што користе, помажу демократији. Оне испољавају јаке амбиције за политичком доминацијом, гушењем здравих и слободних снага које настоје да делују демократски, бране своју слободу и достојанство од грубих насртаја и злоупотреба власти која не разне начине угрожава основне грађанске цивилизацијске, правне, културне и остале тековине и вредности нашег друштва.

³⁵ Драган М. Стојановић, Правни положај посланика, на примерима Француске, Аустрије, Немачке и Југославије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999. год. стр. 33

Vladan MIHAJLOVIC, LL.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

**REFORM OF THE ELECTORAL SYSTEM AS A CONDITION FOR THE
EFFICIENT REALIZATION OF THE GOVERNMENT PARLIAMENTARY
SYSTEM IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Elections are part or subsystems of the representative political system (democracy). It is a set of legal actions and procedures that must be performed in order to elect and constitute representative bodies – the parliament. According to the manner of electing representatives in the representative bodies for the electoral system, it is important which method of distribution of parliamentary seats is applied – majority or proportional system. Both majority and proportional electoral systems have their advantages and disadvantages.

It is best to combine elements of both systems, take good from both systems and thus create a mixed electoral system. A steady majority should be taken from the majority system as a condition of a constant government and a parliamentary majority. The principle of fairness and proportional participation in government should be taken from the proportional system, both those who won more and those who won fewer votes in the elections.

The Republic of Serbia should also reform its electoral system and instead of the current system (proportional system) apply a mixed system as a better solution.

Key words: *elections, electoral system, constituencies, reform, parliamentary system.*

ЛИТЕРАТУРА

Коста Чавошки, Увод у право, I, основни појмови и државни облици, „Драганић“, Београд, 1996. год.

Коста Чавошки, Могућности слободе у демократији, Истраживачко-издавачки центар ССО Србије, Београд, 1981. год.

М. Матић, М. Подунавац, Политички систем, Факултет политичких наука, Београд, 1997. год

Аристотел, Политика, БИГЗ, Београд, 1975.

Шарл Монтескије, О духу закона, том I, „Филип Вишњић“ Београд, 1989.

Слободан Јовановић, Из историје и књижевности, књига 2, Сабрана дела, том 12, БИГЗ СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1991. год.

Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997. год.

Дарко Симовић, Владан Петров, Уставно право, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014. год.

Драган М. Стојановић, Уставно право, књига II, „Свен“, Ниш, 2003. год. стр. 109.

Устав Републике Србије из 2006. год. „Службени гласник РС“ бр. 98/2006

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Ратко Марковић, Уставно право и политичке институције, „Службени гласник“ са п.о Београд, 1995. год.

Владан Петров, Парламентарно право, Београд, 2010. год. стр. 60

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела том 8. БИГЗ СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Маријана Пајванчић, Уставно право I, Нови Сад, 1998.

Драган М. Стојановић, Уставно право, књига II, „Свен“, Ниш, 2003. год. стр. 119

Закон о избору народних посланика, „Службени гласник РС“ бр. 35/2000

Слободан Јовановић, о држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Милован Марковић, Васо Меденица, Социологија, Приштина, 1998. год.

Андрија Крешић, Радислав Вујичић, Држава и политика, „Глас Славоније, Осиек, 1997. год.

Јован Комшић, Теорије о политичким системима, Институт друштвених наука, Београд, 2000. год.

Др Рајко Кузмановић, Упоредни политички систем, Нови глас, Бања Лука 1991. год.

Проф Јован Ђорђевић, Политички систем, Савремена администрација, Београд, 1988. год.

Драган М. Стојановић, Уставно право, књига 2, „Свен“, Ниш, 2003. год

Слободан Јовановић, О држави основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год.

Закон о локалним изборима, „Службени гласник РС“ бр. 33/2002

Драган М. Стојановић, Правни положај посланика, на примерима Француске, Сустрије, Немачке и Југославије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999. год.

Др Слободанка ПЕРИЋ*

331.526.8-053.4/.5

616.98:578.834

ЕЛИМИНИСАЊЕ ДЕЧИЈЕГ РАДА – изазови у условима пандемије COVID - 19

Апстракт: Забрана, окончање дечијег рада, искорењивање најгорих облика дечијег рада, односи се на рад који је ментално, физички, друштвено или морално опасан и штетан по децу, и који омета њихово школовање тако што их лишава могућности да похађају наставу, приморава да прерано напусте школовање, или захтева од њих да комбинују похађање наставе са предугим и напорним радом. Аутор у раду указује на изазове са којима се сусреће човечанство у условима пандемије изазване COVID-19, у остваривању глобалног циља да до краја 2025. године оконча дечији рад у свим најгорим облицима. У првом делу рада акценат је на обележјима, узроцима, формама дечијег рада, о историјским коренима забрани истог. Други део рада је усмерен на анализу особности пандемије и последице на тржиште рада, незапосленост, социјалну сигурност, сиромаштво, образовање. У закључним тезама истиче се неспоран допринос бројне регулативе на међународном и националном домену у циљу регулисања, препознавања и елиминисања дечијег рада, надасве, његових најгорих форми, као и негативан аспект на постигнућа у елиминисању дечијег рада услед кризе изазване пандемијом. Евидентна је преваленција пандемије на ефикасност у искорењивању дечијег рада, пре свега због појаве економске кризе којом се глобално повећава незапосленост, утицаја на социјалну заштиту/социјална давања, утицаја на образовање и сл.

Кључне речи: *дечији рад, елиминисање дечијег рада, пандемија (COVID-19), незапосленост, социјална заштита, образовање.*

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Дечији рад је историјска категорија. Можемо рећи да је у феноменолошком смислу стар колико и човечанство. Он прати најпре породично домаћинство, као форма учења од родитеља у циљу оспособљавање за преузимање сопствене улоге у друштву, осамостаљивање и слично, до оних форми рада које подразумевају експлоатацију деце и

* Редовни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, slobodanka.peric@pr.ac.rs

позивају на хитну акцију за њихово елиминисање. у савременом друштву, деца, омладина, уопштено посматрано млади људи уживају заштиту – посебну заштиту на раду. Разлог томе је њихова рањивост. Рањивост младих се везује, са једне стране, за њихову психофизичку незрелост и немогућност да препознају ризике и да се заштите од опасности и ризика различите врсте који прате сваку врсту рада и, са друге стране, њихова рањивост се везује за чињеницу да су у фази живота када стичу елементарно образовање које ће им олакшати укључивање у све сфере живота, а сваки рад у тој фази живота може да нашкоди њиховом развоју и да омета њихово школовање.¹ При том, мора се нагласити да није сваки рад деце штетан, опасан. Потребно је направити дистинкцију између оних форми рада које су пожељне од оних које треба окончати и елиминисати. Како наводи проф. С. Јашаревић, у вези са дечијим радом постоји низ питања која су отворена, почев од интернационално признате терминологије (child work/child labour), до узраста када се неко лице сматра дететом, поткатегорија унутар групе деце у вези са радом, година када се неко лице може безбедно радно ангажовати изван радног односа, „дуалног образовања“ (школовања уз рад), радног ангажовања деце у породичним домаћинствима и предузећима, облика дозвољеног – „лаког рада“ за децу, појма „опасног дечијег рада“, радне експлоатације деце, кажњавања за недозвољен дечији рад, институција и механизма за заштиту деце.² У контексту ове дилеме најпре да укажемо да када се говори о дечијем раду, забрани дечијег рада, искорењивању најгорих облика дечијег рада, под тим се подразумева рад који је ментално, физички, друштвено или морално опасан и штетан по децу, и који омета њихово школовање тако што их лишава могућности да похађају наставу, приморава да прерано напусте школовање, или захтева од њих да комбинују похађање наставе са предугим и напорним радом.³ Поред традиционалних узрока који доводе до дечијег рада, уз изазове са којима се савремена цивилизација деценијама уназад суочава на путу ка елиминисању дечијег рада, данас се средства деловања и циљеви обликују у условима пандемије изазване COVID-19. То доводи у упитност настојање и циљ да се до 2025. године искорени, оконча, дечији рад. Аутор се у анализи ослања на претходни рад који је објављен у оквиру првог циклуса истраживања дечијег рада, на нормативни аспект регулативе у заштите деце у области експлоатације дечијег рада.

¹ П. Јовановић, *Заштита младих људи на раду у смислу Директиве ЕЗ 94/33*, Доступно: [https://studia.iuridica.me/wp-content/uploads/arhiva/godina2-broj1/1-2020\(2\).pdf](https://studia.iuridica.me/wp-content/uploads/arhiva/godina2-broj1/1-2020(2).pdf)

² С. Јашаревић, *Заштита деце у вези са радом у ЕУ, Радно и социјално право*, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, Београд, бр. 2/2020, стр. 5-26.

³ Defining child labour, *Доступно*: <http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang-en/index.htm> (2.08.2021)

1. ФЕНОМЕНОЛОГИЈА ДЕЧИЈЕГ РАДА – ЕЛИМИНИСАЊЕ ДЕЧИЈЕГ РАДА

Проблем експлоатације дечијег рада је у феноменолошком смислу историјска категорија која се јавља са почетком индустријске револуције. Поједини аутори истичу да је „срамна пракса дечијег рада од почетка имала важну улогу у индустријској револуцији“.⁴ Уопштено посматрано, овај период, период од првобитне акумулације капитала карактеришу екстремно тешки услови рада, сурова експлоатација радне снаге, па и саме деце, што је и допринело обликовању негативног поимања дечијег рада. У томе је предњачила Енглеска, као колевка капитализма – посебно је викторијско доба постало озлоглашено условима у којима су деца била запослена. Многа деца су радила 16 сати дневно у екстремно тешким условима као истарији радници. Неефикасни парламентарни акти који регулишу рад деце у радним просторијама у фабрикама и млиновима донети су већ 1802. и 1819. године.⁵ После радикалне агитације, нарочито 1831. године, јављају се захтеви за десеточасовни радни дан. Краљевска комисија препоручила је 1833. да се деци од 11 до 18 година дозволи да раде највише дванаест сати дневно; деци од 9 до 11 година било је дозвољено да раде 8 сати дневно; а деци млађој од 9 година уопште више није било дозвољено да раде. Овај акт се односио само на текстилну индустрију, где су деца радно ангажована већ са 5 година, а не и на низ других индустрија и занимања као што сурудници гвожђа и угља (где су деца, и дечади и девојчице, почели да раде са 5 година, и генерално су умрли пре него што су имали 25 година), гасни погони, бродоградилшта, грађевинарство, фабрике шибица, фабрике ексера и посао димњачара, на пример где је експлоатација дечијег рада била опсежнија.⁶ Интересантно је чињеница да је ову контролу и надзор у целој Енглеској требало да спроведу укупно четири инспектора. Према подацима из 1787. године (у Енглеској и Шкотској), две трећине радника у 143 млина за памук на водени погон описано је као деца. Велики број деце бавио се и проституцијом.⁷ Већина проститутки (а само у Лондону било их је на хиљаде) имале су између 15 и 22 године. Током 19. века и почетком 20. века, многа деца узроста од 5 до 14 година из сиромашнијих породица још су радила у Европи, САД-у и различитим колонијама Европских сила. Ова деца су углавном радила у пољопривреди, фабрикама, рударству и услугама као

⁴ D. Cody, Child Labor, <https://victorianweb.org/history/hist8.html> (2.08.2021)

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ B. Daniels, Hidden Lives Revealed - Poverty and Families in the Victorian Era, March 2003, <http://www.hiddenlives.org.uk/articles/poverty.html> (15.08.2021) и <https://www.economist.com/emerging-market-indicators/2005/12/20/child-labour>

што су новинари. Неки су радили ноћне смене у трајању од 12 сати. Од деце се очекивало да помогну у породичном буџету. Често су дечаци и девојчице радили дуго на опасним пословима и у тешким ситуацијама за врло малу плату. На пример, постојали су дечаци пењачи запослени код димњачара; мала деца која су могла да се провлаче испод машина, дечаци и девојчице који раде у рудницима угља, пузећи кроз тунеле преуске и ниске могли су да замене одраслу особу. Деца су радила на улици као чистачи улица, ципела, продавали су шибице, цвеће и другу јефтину робу. Ипак, може се рећи да је пољопривреда у целом свету била и сада је највећи послодавац дечијег рада, процењује се око 70 одсто.⁸ Карл Маркс, иначе отворени противник дечјег рада, истицао је да су британске индустрије „могле да живе само крвљу и крвљу деце“, и да је амерички капитал финансиран „капитализованом крвљу деце“.⁹ Дакле, негативна конотација дечијег рада последица је историјских фактора, превасходно индустријске револуције.¹⁰ Груба експлоатацију радника коју са собом доноси првобитна акумулација капитала и касније појачава прва индустријска револуција, један су од фактора државне нормативне интервенције у радне оодносе. У том маниру је иконстатација проф. П. Јовановић: „Период индустријске револуције, у другој половини 18. века, обележила је сурове експлоатације радничке снаге, што је довело до тога да становништво постепено опада, како у бројчаном, тако и у здравственом погледу, а предузећа, односно привреда у целини, остали су без физички здраве радне снаге“.¹¹ Управо је спознаја штетности дечијег рада довела до првих норми радничког законодавства. Услед тога поједини аутори склони су да истакну да је тиме индустријска револуција, ако ништа друго, смањила исти,¹² јер је током друге половине 19. века дечији рад почео да опада у индустријским друштвима због регулисања рада, раста утицаја синдиката, економског развоја и сложености технолошких процеса. У тада развијеним земљама први прописи радног права односили су се на заштиту деце на раду и сузбијање њихове експлоатације. Први акт радног законодавства, из 1802. године, био је британски – Закон о здравственој и

⁸ B. Daniels, *Hidden Lives Revealed - Poverty and Families in the Victorian Era*, March 2003, <http://www.hiddenlives.org.uk/articles/poverty.html> (15.08.2021) и <https://www.economist.com/emerging-market-indicators/2005/12/20/child-labour>

⁹ K. Marx, *Capital: A Critique of Political Economy*, Volume 1 (1867), trans. Ben Fowkes (Harmondsworth, 1976), 598, 952. Наведено према: M. Neocleous, *The Political Economy of the Dead: Marx's Vampires*, Mark Neocleous, <http://ricardo.ecn.wfu.edu/~cottrell/OPE/archive/0604/att-0138/01-PoliticalEconOfTheDead.pdf>. (15.08.2021)

¹⁰ C. Nardinelli, *Child Labor and the Industrial Revolution*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1990, 15-17. B. Daniels, *Hidden Lives Revealed - Poverty and Families in the Victorian Era*, March 2003, <http://www.hiddenlives.org.uk/articles/poverty.html> (15.08.2021)

¹¹ П. Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 1998, 45.

¹² *Ibid*, 98.

духовној заштити ученика и других лица запослених у предioniцама и ткачницама памука и другим фабрикама (тзв. Закон о заштити дечијег рада).¹³ У периоду између 1802. године и 1819. године донесени су акти који регулишу радно време деце која радеу фабрикама и фабрикама памука до 12 сати дневно. О значајнијим нормативним активностима у том домену може се говорити тек половином XIX века, када се доносе први закони који се тичу заштите деце и малолетника током рада, али је тек крајем XX века, како истиче Нардинели (Nardinelli Clark), дошло до потпуног легислативног уређења те области, као и до коначне забране дечијег рада као таквог.¹⁴ Дакле, и саме радноправне норме имају своје ембрионалне зачетке у регулисању, забрани рада рањивије популације, тиме и у забрани дечијег рада.

Током XIX века остварен је велики напредак у вези са заштитом деце поводом рада. Деловало је да је тај проблем успешно решен. Међутим, крајем XX века проблематика дечијег рада поново долази у фокус. Наиме, и даље се широм света јављају велики проблеми у вези са радом деце (радна експлоатација, „трафикинг“, запошљавање испод дозвољеног узраста, рад деце на опасним пословима).¹⁵ Данас, свет се суочава са још једним изазовом-пандемијом изазваном COVID-19. Она прети да поништи све резултате који су глобално постигнути у настојањима да се оконча дечији рад.¹⁶ Усвајање и бројне ратификације Конвенције Међународне организације рада бр. 182 о елиминисању најгорих облика дечијег рада из 1999. године,¹⁷ довело је до сензибилизације јавног мњења. Она је бацила светло на стравичан положај ове деце, изнела на светлост дана сву суровост под којима ова деца раде. Њоме је уобличено даље деловање Међународне организације рада (у даљем тексту МОП), Уједињених нација (УН) у новом миленијуму – ангажованост кроз лобирање свих социјалних партнера,

¹³ С. Јашаревић, *оп. цит.*, 5.

¹⁴ Усвајањем закона којим се ограничава и забрањуј одређене форме дечијег рада, доступност општег образовања, пораст прихода домаћинства итд., водили су ка смањењу стопе и удела дечијег рада. Треба истаћи и то да како се технолошки процес усавршавао, постојала је већа потреба за образовним радницима. То је довело до повећања удела школованог кадра, уз евентуално увођење обавезног школовања. Побољшана технологија и аутоматизација су такође учинили да је дечији рад сувишан. С. Nardinelli, *Child Labor and the Industrial Revolution*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1990, 15-16.

¹⁵ С. Јашаревић, *оп. цит.*, 6.

¹⁶ *Деца и рад: Хоће ли због пандемије одрасли још више изабљивати децу.* <https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-53025397> (7.08.2021)

¹⁷ Конвенција Међународне организације рада бр. 182 о најгорим облицима дечијег рада из 1989. године и Препорука бр. 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада, „Службени лист СРЈ-Међународни уговори“, бр. 2/03.

праћење стања, мониторинг, финансијска помоћ и др. Под утицајем лобирања за што ширим глобалним нормирањем забране дечијег рада, као и бројне активности у циљу окончања најгорих форми рада деце, довело је до тога да је између 2000. године и 2016. године дечији рад опао широм света за 38 одсто. Према тим подацима потврђено је да има 152 милиона деце узраста између 5 и 17 година које МОП сматра „жртвама дечијег рада“. То значи да широм света постоји 94 милиона деце мање која раде.¹⁸ Међутим, Међународна организација рада и УНИЦЕФ упозоравају – због пандемије COVID-19 још девет милиона деце су у опасности од дечијег рада.¹⁹

2. ПАНДЕМИЈА ИЗАЗВАНА COVID-19 И ЕЛИМИНИСАЊЕ ДЕЧИЈЕГ РАДА²⁰

Бројна регулатива на међународном, регионалном и националном плану (о томе је било речи у претходном раду), агенде, акциони планови, лобирања, трипартитни дијалози социјалних партнера и друго, неспорно потврђују да је човечанство последњих деценија уједињено ка регулисању рада деце, у циљу забране и елиминисања најгорих облика дечијег рада. Овај глобални циљ светска заједница орочила је на 2025. годину. Студија Међународне организације рада о дечјем раду показују да је економска корист од елиминисања дечијег рада скоро седам пута већа од трошкова. Овај податак не укључује немерљивост социјалне и људске добробити од укидања ове праксе: готово три четвртине дечјег рада је ангажовано у оно што свет препознаје као најгоре облике дечјег рада, укључујући трговину људима, оружани сукоб, ропство, сексуалну експлоатацију и штетан рад.²¹ Док се суочавамо са овим изазовом, морамо имати на уму да се достојанствен/пристојан живот деце не може одвојити од достојанственог рада одраслих. Такав идејни концепт иницијално се угклапа у настојање Уједињених нација до 2030. године искорени глобално сиромаштво. Највећи

¹⁸ *Global Estimates of Child Labour – ILO*, https://www.ilo.org/publication/wcms_575541 (26.08.2021)

¹⁹ Најновији подаци МОП-а из јуна 2021. године (објављени поводом Светског дана борбе против дечијег рада 12. јуна). *World Day Against Child Labour, Child labour rises to 160 million – first increase in two decades*, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_800090/lang-en/index.htm (15.08.2021)

²⁰ Део текста је преузет из „*COVID-19 Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme*“. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms_30.08.2021

²¹ *За Светски дан борбе против дечјег рада установљен је 12. јун*, Интернет: <http://www.ilo.org/childlabour/> (1. 08 2015)

број ове деце потиче из најсиромашнијих породица. Посебно осетљива категорија су мигрантске породице, деца ромске националности, која су врло често укључена у рад од најранијег узраста и сл. Они раде јер сиромаштво њихових породица то захтева и социјалне норме њихове заједнице то сматрају прихватљивим. Неретко нису у систему здравствене, социјалне заштите, као ни у образовном систему. У том смислу, успешна елиминација дечјег рада захтева напоре како би се симултано деловало на ове комплексне факторе снабдевања и захтева за дечјим радом.

То је истакнуто и у извештају Европске комисије о примени Директиве ЕЗ 94/33 о заштити младих људи на раду.²² Главни циљ Директиве, према мишљењу Европске комисије, јесте у забрани дечијег рада, уз истовремено обезбеђивање њиховог обавезног школовања, те уз заштиту младих од економске експлоатације и било каквог рада који би могао штетити њиховој безбедности, здрављу и физичком, менталном, моралном и социјалном развоју или угрозити њихово образовање.²³ Незапосленост, сиромаштво, превасходно сиромаштво породице, недоступност образовању, уз остале придружене факторе, главни су фактори у снабдевању дечијом радном снагом. Поред традиционалних узрока са којима се савремено човечанство бори у тежњи да смањи, сузбије и потпуно искорени дечији рад као глобално крајњи циљ, изазов са којим се савремена цивилизација суочава је и пандемија COVID-19. Пандемија изазвана COVID-19 довела је до глобалне неизвесности, увукла је свет у кризу, по обиму и размери, досад без преседана. Свет се суочио са далекосежним последицама и изазовима какви нису виђени још од Другог светског рата.²⁴ Без сумње је обнављање глобалног здравља и даље први приоритет, али строге мере које су потребне резултирају великим економским и социјалним шоковима. Како се карантини, физичко дистанцирање и друге мере изолације за сузбијање преноса вируса настављају, глобална економија је пала у рецесију. Извесно је да се штетни ефекти ове пандемије неће дистрибуирати подједнако. Очекује

²² Council Directive 94/33/EC on the protection of young people at work, Official Journal — OJ L 2016, 20. 08. 1994, p. 12, amended by: Directive 2007/30/EC (OJ L 165, 27. 6. 2007, p. 21); Directive 2014/27/EU (OJ L 65, 5. 3. 2014, p. 1); Regulation (EU) (OJ L 198, 25. 7. 2019, p. 241), dostupno february 2020. na: <https://eur-lex>.

²³ О домањају Директиве више у: П. Јовановић, Рањивост деце/омладине и могућност односно забрана њиховог рада, *Радно и социјално право*, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, Београд, бр. 1/2020, 21-60.

²⁴ О томе више у: *UNDP, COVID-19 Procena socio-ekonomskog uticaja*, https://www.rs.undp.org/content/serbia/sr/home/library/crisis_prevention_and_recovery/covid-19-socio-economic-impact-assessment-.html (30. 08. 2021); и *COVID-19 Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms (30.08.2021)

се да ће највише штете бити у најсиромашнијим земљама и у најсиромашнијим четвртима, као и онима у већ неповољним или рањивим ситуацијама, као што су деца у дечијем раду и жртве принудног рада и трговине људима, посебно жене и девојке. Ове рањиве групе су више погођене шоковима прихода због недостатка приступа социјалној заштити, укључујући здравствено осигурање и накнаде за случај незапослености.²⁵ Свесна ових последица, а као одговор на кризу, Међународна организација рада спроводи свој главни међународни програм за елиминацију дечијег и принудног рада (ИПЕС+).²⁶ У току је програму 62 земље, на које све утиче пандемија COVID-19. Програм је развио планове и стратегије за континуитет активности за ублажавање ризика и настоји да додели додатна средства за подршку напорима за праћење утицаја COVID-19 на дечији рад, принудни рад и трговину људима, посебно у вези са затварањем школа, обуставама пословања, незапослености, губитком средстава за живот у погођеним заједницама и недостатком система социјалне заштите. Искуство из претходних кризних ситуација, попут епидемије еболе 2014. године, показало је да ови фактори играју посебно снажну улогу у повећању ризика за дечији рад и принудни рад.²⁷

Према програмским циљевима Уједињених нација 2021. година је Међународна година УН-а за елиминацију дечијег рада, што ће бити идеална прилика да се појачају напори на постизању циља 8.7 Агенде о одрживом развоју за окончање свих облика дечијег рада до 2025. године. Према Циљевима о одрживом развоју Агенде 2030 (садржи 17 циљева), предвиђени резултатиза циљ 8 – „Достојанствен рад и економски раст“, је окончање свих облика дечијег рада до 2025. године (8.7). У предвиђеном резултату 8.7. истакнуто је: „Преузети непосредне и делотворне мере како би се обезбедила забрана и елиминисали најгори облици дечијег рада, искоренити принудни рад и до краја 2025. окончати дечији рад у свим најгорим облицима, укључујући регрутовање и коришћење деце војника.“²⁸

²⁵ *COVID-19 Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms30.08.2021

²⁶ Услуга коју пружа ИПЕС+ биће део холистичког одговора МОП-а за ублажавање утицаја COVID-19 и за бољу обнову након кризе. Одговор ИПЕС+ налази се под 3. стубом „Заштита радника на радном месту“ политичког оквира ИЛО-а за одговор на кризу COVID-19. Деловање се такође заснива на Глобалном плану хуманитарног реаговања генералног секретара УН и Правилником УН-а о утицају COVID-19 на децу.

²⁷ *Ibid*, 3.

²⁸ Циљеви одрживог развоја (*Sustainable Development Goals*, скраћено *SDGs*) Агенда 2030, су заменили Миленијумске циљеве развоја који су престали да важе крајем 2015. године. Циљеви одрживог развоја препознатљиву су по својих 17 циљева. Циљеви

Иако се број деце која су укључена у дечији рад смањује из године у годину, још увек смо далеко од циља који је постављен у Миленијумским циљевима развоја из 2015. године и на њима заснованој Агенди о циљевима о одрживом развоју до 2030. Несумњиво да ће криза изазвана пандемијом COVID-19 утицати на дечији рад, на повећање појединих форми дечијег рада, свакако са мањим или већим уделом широм света, што је условљено степеном социо-економског, културног и другог развоја. Процена је да би 42-66 милиона деце могло, само ове године, да падне у екстремно сиромаштво као резултат кризе, увећавајући, за ту цифру, бројку од 386 милиона деце којасу већ налазила у екстремном сиромаштву 2019. године.²⁹ Такав став (може се рећи бојазан) истиче се и у извештајима МОП-а и УНИЦЕФ-а., Ако уз традиционалне узроке дечијег и принудног рада узмемо у обзир и ново, кризом произведено, сиромаштво, ограничен приступ достојанственим могућностима рада за оне у законском радном добу, социјалну маргинализацију, дискриминацију, недостатак универзалног квалитетног образовања, повећање неформалне економије и слаб социјални дијалог, повећава се и вероватност да ће се стање дечијег рада погоршати. Економска и социјална криза погодиће посебно тешко децу. Велики глобални поремећаји у образовању проузроковани мерама изолације и недостатком решења за учење на даљину у многим земљама могли би повећати обим

одрживог развоја превасходно треба да допринесу смањењу сиромаштва, као и неједнакости и неправде, уз то да утичу на узроке и минимализују последице климатских промена. Иза ових 17 циљева налази се стратегија како учинити свет бољим местом за живот, а томе би требало да допринесе и 169 специфичних циљева које треба испунити. За разлику од миленијумских циљева, Агенда 2030 није фокусирана само на земље у развоју већ на све државе, јер је глобална сарадња неопходна да би се ови циљеви остварили. Након што су све чланице ратификовале Агенду 2030, сада је на појединачним државама да имплементирају циљеве одрживог развоја у своје политике. Не постоји обавезујући механизам и све је на добровољној бази, па се већ сад учача да неки предводе, док други касне са применом ових циљева, упркос томе што је већ више од четири године прошло од њиховог усвајања. И опет је један од највећих проблема и препрека новац, тј. недостатак новца и већ је сад видљиво да је неопходно увећати фондове који би помогли остваривању циљева одрживог развоја. Европска унија усвојила је циљеве одрживог развоја и ради на њиховој примени. Србија се такође обавезала да своје политике и деловање усклади са *SDGs* циљевима. Више: https://www.bos.rs/ekz/vesti/134/7846/agenda-2030_-kako-uciniti-svet-boljim-mestom-za-zivot.html (28. 08. 2021)

О Циљеви одрживог развоја (*Sustainable Development Goals*, скраћено *SDGs*) Агенда 2030, видети: <https://sdgs.un.org/goals>

²⁹ *COVID-19 Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme*, [5.https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_30.08.2021](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms_30.08.2021)

дечијег рада“.³⁰ Домаћинства могу и самаподстицати дечји рад, истиче се у извештајима МОР-а, како би се лакшеносила са губитком посла и здравственим шокovima повезаних са COVID-19, посебно ако деца нисуу образовном систему. Деца из маргинализованих мањинских група, деца са инвалидитетом, деца улице идеца бескућници, деца из домаћинставаса самохраним родитељем или без обародитеља, деца мигранти, избеглице, интернорасељена или из подручја погођених ратнимсукобима или природним катастрофама, подложнија су дечијем раду и посебно суизложена ризицима у актуелној кризи.³¹ Деца, а посебно девојчице, осим ризика од дечијег рада, могу бити више оптерећена пословима у домаћинству и бригама заповодицу.

3. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА³²

Иако је човечанство, пре свега социјални партнери, посвећено борби на елиминисању експлоатације рада деце, спознаја последица COVID-19 на постојеће облике дечијег рада и потенцијална појава нових, још увек је непознаница. Наиме, за разлику од утицаја на здравље, утицај COVID-19 на рањиву популацију, превасходно на социјално-економски статус рањивих заједница и пораст дечијег и принудног рада, није одмах видљив. Основано се може очекивати да у регионима у којима доминира неформална економија, COVID-19 погоршава постојеће изазове повезане са недостатком социјалне заштите, ограниченим приступом образовању, неједнакости или губитком запослења и прихода, као и могућности за достојанствен живот. МОР упозорава да би економске последице корона вируса могле да приморају децу да ујош већем броју постану радна снага, често се упуштајући у опасне активности и под нездравим радним условима. Такође

³⁰ *Ibid*, 4.

³¹ Криминалне мреже могу активно користити ову глобалну кризу и искористити рањивости појединаца како би додатно ограничиле слободу жртава и повећале финансијску добит коју доноси присилни рад и трговина људима. Ограничења у кретању могу променити облике експлоатације, нпр. жене и деца могу бити сексуално искоришћена и путем друштвених мрежа чак и кад су у својим домовима. Строжа контрола на границама, такође, може повећати ризик од трговине људима. У ствари, жртве са конфискованом документацијом су изложеније ризику од злостављања, притвора и поновне виктимизације од стране безбедносних актера – полицајаца који воде карантине и управљају контролним тачкама. Жртвама којима су одузета лична документа могу се појавити додатне препреке за приступ здравственој заштити и другим услугама везаним за COVID-19. О томе: *Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme*, 5.

³² У закључним напоменама преизети су подаци из документа: *Утицај COVID-19 на дечији и принудни рад: Одговор на кризу – Монитор IPEC+ и Глобални план генералног секретара УН*, www.ilo.org/ipcc-plus

се наглашава да бифинансијске потешкоће могле да подрију законе и забране усвојене како би се заштитила деца од рада који их лишава „њиховог детињства, њиховог потенцијала и њиховог достојанства, а који је штетан и по њихов физички и ментални развој“.³³ Постоји бојазан да ће пандемија извршити притисак на породице директно или индиректно погођене болешћу. Ризикујемо да изгубимо читаву генерацију уколико то не урадимо како треба.³⁴ Како је истакнуто, МОР и УНИЦЕФ у својим извештајима упозоравају да је глобално још девет милиона деце у опасности од пада у дечији рад до краја 2022. године због пандемије COVID-19. Овај број би се могао повећати на 46 милиона ако немају приступ социјалној заштити.³⁵ Додатни економски шокови и затварање школа узроковани овом пандемијом значе да деца која већ раде на дечјем раду могу радити дуже или под погоршаним условима, док ће многи други бити присиљени на најгоре облике дечијег рада због губитка посла и прихода међу угроженим породицама.³⁶ „Губимо тло у борби против дечијег рада, а последња година ту борбу није учинила ништа лакшом“, изјавила је Хенриета Фор (Henrietta Fore), извршна директорка УНИЦЕФ-а.³⁷ С циљем ублажавања ових последица, са што мање погубних ефеката на искорењивање дечијег и принудног рада, неопходно је и успостављање одрживих система контроле и праћења постојећег стања, јачање капацитета социјалне и здравствене заштите како не би дошло до даље ерозије изгледа за достојанствену будућност младих/деце/омладине. Неспорно је дасе о достојанственом животу деце не може говорити без достојанственог живота породице. У сада већ другој години глобалних застоја, затварања школа, економских поремећаја и смањења националних буџета, породице су услед економског притиска присиљене на радикалне потезе.³⁸ Међународне организације које се баве људским правима, пре свега заштитом деце, апелују на владе и међународне развојне банке да дају приоритет улагањима у програме који могу децу извући из радне снаге и вратити у школу, те у програме социјалне заштите који могу помоћи породицама како би деца остала у систему образовања. Поред међународне сарадње, кординисаног рада са

³³ *Деца и рад: Хоће ли због пандемије одрасли још више израбљивати децу.* <https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-53025397> (7.08.2021)

³⁴ Из изјаве Бенцамина Смита, експерта Међународне организације рада за дечији рад, поводом обележавања Светског дана борбе против дечијег рада, 12. јуна 2020. године. Доступно: <https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-53025397> (7.08.2021)

³⁵ *World Day Against Child Labour, Child labour rises to 160 million – first increase in two decades*, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_800090/lang--en/index.htm (15.08.2021)

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

организацијама, агенцијама, институцијама, које су своје капацитете усмериле ка заштити деце од свих облика искоришћавања као радне снаге, затим, прикупљања података и нова знања, покренута су нова истраживања како би се расветлило утицај COVID-19 на дечији и на присилни рад, која би уз истраживања из прошлих криза помогла партнерима и постала средства за доношење квалификованих и правовремених одлука као одговор на кризу.³⁹ Елиминисање дечијег рада захтева појачену контролу инспекције рада (јачање инспекција рада за праћење дечијег рада и принудног рада), неопходан је кординисан рад социјалних партнера. Односно, трипартизам и социјални дијалог су трајно опредељење и у активностима МОП-а у тражењу одговора на утицај COVID-19, у циљу превенције стања која могу даље довести до експлоатације дечијег рада. Социјални партнери су одувек играли активну улога у борби против дечијег и принудног рада, нарочито кроз лобирање и ефикасно праћење. У решавању наведених проблема треба поменути и значајна финансијска средства која је МОП издвојила, а у координацији са својим партнерима, на реализацији светских развојних циљева. Организација рада је извршила ребаланс, од 21 милион америчких долара, свог буџета намењеног финансирању постојеће сарадње развојне Агенде (Циљеви одрживог развоја 2030) како би реаговала на постојећу пандемију. Крајњи циљ МОП-а је да повећа своју подршку Алијанси 8.7 и да уз 5 земаља у развоју подржи и 5 посебно угрожених земаља, чиме био обухваћен око милион новоугрожене деце, заједница и породица.⁴⁰ Новчани трансфери имају за циљ да олакшају економску рањивост домаћинстава пружањем подршке у кешу. Посебно у комбинацији са интервенцијама за смањење трошкова школовања и здравствене заштите и побољшање њиховог квалитета. Доказале су се као важно средство политике за елиминацију

³⁹ *COVID-19 Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme, Ibid,* 7-8. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipecc/documents/publication/wcms30082021 (30.08.2021)

⁴⁰ Алијанса 8.7 је глобално стратешко партнерство усмерено ка постизању циља 8.7 у оквиру Агенде 2030. о циљевима одрживог развоју. Агенда о Одрживом развоју 2030. и Пројектом Циљеви одрживог развоја у циљу 8 (од 17 циљева) „Достојанствен рад и економски раст“, у оквиру којег, између осталих предвиђених резултата, је и тачка 8.7, у којој је захтев и позив за међународну заједница да оконча, искорени, елиминише, дечији рад до 2025. године. У том деловању, подршка Алијанси 8.7, чији је основни циљ да се достигне Агенда циљеви одрживог развоја циљ 8.7 што подразумева позив целокупној међународној заједници на тренутну акцију која ће назначити преостале изазове са којима се савремено човечанство суочава на путу елиминисања дечијег рада у свим његовим формама. Под наведном Алијансом, МОП ради са партнерима на убрзању свих активности везаних за искорењивање, окончање рада деце, принудног рада, модерног ропства, коришћење деце војника и трговине људима.

дечијег рада. Програми попут мексичког Проспера (Prospera) и ЦЕССП (CESSP) програма стипендија Камбоџе, мерљиво су смањили дечији рад. Анализа ИЛО открила је да су такви програми за трансфер готовине један од главних покретача скоро 40-одстотног пада дечијег рада од 2000-2016. Процес је у току.⁴¹

Четврта глобална конференција о одрживом искорењивању дечијег рада из Буенос Аиреса је усвојила Декларацију која садржи кључне принципе и акције за убрзање напора да се постигне циљ 8.7. У документу се наводи готово 100 обавеза за владе, синдикате и организације послодаваца, као и обавезе цивилног друштва које се настављају.⁴² Пут до 2025. године мора де иде у неколико колосека, четири су примарна: законска регулатива, тржиште рада, социјална заштита и образовање. У погледу прве ставке, може се рећи да нормативна покривеност и адекватна законска регулатива не мањка. Бројне ретификације кључних конвенција о раду деце и елиминисању најгорих облика дечијег рада, довела је до спознаје, јачању свести и препознавању форми у којима постоји експлоатација дечијег рада. С друге стране, тржиште рада захтева већу контролу у домену неформалне економије. Управо је дечији рад сконцентрисан у том домену. Највећи број деце која раде су деца ангажована да раде неплаћено на породичним газдинствима, или да помогну у породичном бизнису. Политика тржишта рада које промовишу пристојан, достојанствен рад за одрасле и младе са законски прихватљивим годинама, затим, прелаз са неформалне на формалну економију, побољшавају услове живота у руралним срединама, утичу на приход, чиме се обезбеђује позитивна превеленција на елиминисање, и борбу против дечијег рада.⁴³ Социјални ризици као што је незапосленост, сиромаштво породице, најизвеснијису узроци који воде до рада деце. Социјална заштита, приступ програмима и средствима овог вида помоћи и интервенције, могу ублажити социјалну рањивост, тиме спречити дечији рад. Последњи фактор до елиминисање дечијег рада је образовање. Приступ квалитетном образовању, усавршавање, стицање вештина и знања, најачи је алат у борби за окончање дечијег рада. Према подацима УНИСЕФ-а од 23-септембра 2021. године, деца широм света изгубила су 1.842 билиона школских часова због короне и мера затварања. Наиме, УНИСЕФ је у

⁴¹ МОР развија документ који је објединио расправе о могућим импликацијама кризе на основна начела и права на раду, као и посебан документ о заједничком ауторству са УНИСЕФ-ом, који истражује могуће ефекте кризе на дечији рад. УНИСЕФ и МОР такође сарађују на истраживачком пројекту, чији ће резултати бити објављени у току ове 2021. године. Ibid., 9-10.

⁴² *Сто година борбе против дечијег рада*, www.nspvojvodine.org.rs. (31.08 2021)

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid.

седишту Уједињених нација у Њујорку, где се одржава Генерална скупштина УН поставио дисплеј-бројач (који броји сате изгубљеног учења) на којем се сваке секунде мењају бројеви како би упозорио и позвао владе да поново отворе школе.⁴⁴

⁴⁴УНИЦЕФ: Деца изгубила више од 1,8 милиона школских часова због короне, <https://www.danas.rs/drustvo/unicef-deca-izgubila-vise-od-18-bilion-a-skolskih-casova-zbog-korone/>(23.09.2021)

Slobodanka PERIC, Ph.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

ELIMINATION OF CHILD LABOUR - Challenges during the Covid 19 pandemic

Summary

Even though the rights of the child are guaranteed and protected on a universal level in all aspects of life and in the development of their personalities, children labour remains present with less or more success, not just in poor countries, but it is a qualm of the modern age that is present in all parts of the world. The author points out the gap in legislation and practice in the field of child labor and the problems that humanity is facing on the road to eliminating child labor during the Covid 19 pandemic, which hampers the efforts made to eradicate and end children labour by 2025. In the first part of the assignment, the emphasis is on the characteristics, causes and forms of children labor. The second part of the paper focuses on the analysis, features of the pandemic and the consequences on the labour market, unemployment, social security, poverty. The concluding theses emphasize the indisputable contribution of numerous regulations in the international and national domain in order to regulate, recognize and eliminate child labor, its worst forms and the negative effects of the existing pandemic on the achievements and efficiency in further eliminating child labor. Namely, when we add to the traditional causes of child and forced labour the new, crisis-produced poverty, limited access to decent working conditions, social marginalization, discrimination, lack of quality education, increasing informal economy and weak social dialogue, the likelihood that child labour will also increases.

Key words: *child labor, elimination of child labor, pandemic (COVID-19), unemployment, social protection, education.*

ЛИТЕРАТУРА

Daniels Barbara, *Hidden Lives Revealed - Poverty and Families in the Victorian Era*, March 2003, <http://www.hiddenlives.org.uk/articles/poverty.html> (15.08.2021)

ILO „COVID-19 Impact in child labour and forced labour: The response of the IPEC+ Flagship Programme“
https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publication/wcms (30.08.2021)

Јовановић Предраг, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, 1998.

Јовановић Предраг, *Заштита младих људи на раду у смислу Директиве ЕЗ 94/33* Интернет издање: [https://studiaiuridica.me/wp-content/uploads/arhiva/godina2-broj1/1-2020\(2\).pdf](https://studiaiuridica.me/wp-content/uploads/arhiva/godina2-broj1/1-2020(2).pdf)

Јовановић Предраг, *Рањивост деце/омладине и могућност односно забрана њиховог рада*, Радно и социјално право, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, Београд, бр. 1/2020, 21-60.

Јашаревић Сенад, *Заштита деце у вези са радом у ЕУ, Радно и социјално право*, Часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, Београд, бр. 2/2020, стр. 5-26.

CodyDavid, *Child Labor*, <https://victorianweb.org/history/hist8.html>

Nardinelli Clark, *Child Labor and the Industrial, Revolution*, Bloomington, Indiana University Press, Indiana, 1990.

Neocleous Mark, *The Political Economy of the Dead: Marx's Vampires*, Mark Neocleous, <http://ricardo.ecn.wfu.edu/~cottrell/OPE/archive/0604/att-0138/01-PoliticalEconOfTheDead.pdf>. (15.08.2021)

UNDP, *COVID-19 Процена социо-економског утицаја*,
https://www.rs.undp.org/content/serbia/sr/home/library/crisis_prevention_and_recovery/covid-19-socio-economic-impact-assessment-.html (30. 08. 2021)

World Day Against Child Labour, Child labour rises to 160 million – first increase in two decades, https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_800090/lang--en/index.htm (15.08.2021)

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Конвенција Међународне организације рада бр. 182 о најгорим облицима дечијег рада из 1989. године и Препорука бр. 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада, „Службени лист СРЈ-Међународни уговори, бр. 2/03“

Council Directive 94/33/EC on the protection of young people at work, Official Journal — OJ L 2016, 20. 08. 1994, p. 12, amended by: Directive

2007/30/EC (OJ L 165, 27. 6. 2007, p. 21); Directive 2014/27/EU (OJ L 65, 5. 3. 2014, p. 1); Regulation (EU) (OJ L 198, 25. 7. 2019, p. 241), <https://eur-lex>.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Глобални циљеви за одрживи развој и Агенда 2030, <https://sdgs.un.org/goals> (28.08.2021)

Defining child labour, <http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang-en/index.htm> (2.08.2021)

Сто година борбе против дечијег рада, www.nspvojvodine.org.rs, (31.08.2021)

Деца и рад: Хоће ли због пандемије одрасли још више изабљивати децу, <https://www.bbc.com/serbian/cyr/svet-53025397> (7.08.2021)

УНИЦЕФ: Деца изгубила више од 1,8 билиона школских часова због короне, <https://www.danas.rs/drustvo/unicef-deca-izgubila-vise-od-18-biliona-skolskih-casova-zbog-korone/> (23.09.2021)

Др Дејан МИРОВИЋ*

327(4-672EU)
323.173(497.115)

СЕЦЕСИЈА, ДИСОЛУЦИЈА И ОДНОС ЕУ ПРЕМА ПОКУШАЈУ СЕЦЕСИЈЕ КОСОВА ОД СРБИЈЕ

Сажетак: Постоји дистинкција између права на самоопредељење и сецесије, показују дефиниције из правне теорије. Сецесија је, стварање нове независне државе кроз одвајање дела територије и становништва од постојеће државе, без њене сагласности, код дисолуције постоји сагласност централних власти. Узорци за сецесију у ширем смислу су политичке, економске и верске природе. Често се дешава да је помаже нека страна сила. Синоним за сецесију је сепаратизам. Повеља УН не признаје право на сецесију. Сецесија југословенских република за коју су "награђени" чланством у УН је ипак била *sui generis* који је омогућен је специфичним међународним околностима из тог периода или "сумраком" међународног јавног права (доминацијом западне политике над правом у УН). Само десетак година касније, тај *sui generis* није био могућ јер је одбијено чланство такозваног Косова у УН пре свега захваљујући Руској Федерацији. Ову правну чињеницу није променило ни то што је већина држава чланица ЕУ признала такозвано Косово. Упркос тврдњама из најугишанијих држава ЕУ да ова међународна организација признаје сецесију Косова од Србије, то није тачно. У контексту међународног права Европска унија је регионална међународна организација. Њене одлуке не обавезују државе које нису чланице ЕУ. Такође, такозвано Косово није признало ни пет држава чланица ЕУ (Шпанија, Грчка, Словачка, Кипар и Румунија) и то одузима легитимитет члану 14 Бриселског споразума чак и унутар саме ЕУ.

Кључне речи: сецесија, дисолуција, УН, ЕУ, Србија, Косово и Метохија.

1. УЖЕ И ШИРЕ ДЕФИНИЦИЈЕ СЕЦЕСИЈЕ

Постоји дистинкција између права на самоопредељење и сецесије, показују дефиниције из правне теорије. На пример, дипломата и професор Будимир Кошутић са Правног факултета у Београду износи ужу дефиницију сецесије: " Сецесија је према том ужем схватању, стварање нове независне

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, dejan.mirovic@pr.ac.rs

државе кроз одвајање дела територије и становништва од постојеће државе , **без њене сагласности**" (подвукао Д. М.).¹ Ако постоји сагласност постојеће државе онда се ради о "деволуцији" истиче Кошутећ и наглашава да право на самоопредељење народа није исто што и право на сецесију и наводи пример из припремних радова приликом закључивања Међународног пакта о грађанским и политичким правима УН : "У расправама у Комисији УН за људска права о члану 1 Пакта о грађанским и политичким правима, представници Југославије и САД поднели су амандман о ефектима права на самоопредељење које је укључивало' право на отцепљење и установљење политички и економски независне државе' који је у Комисији глатко одбијен".²

Када анализирамо ове прецизне Кошутећеве дефиниције и примере, можемо приметити следеће :

1. Сецесија није у складу са међународним јавним правом. Држава као субјект међународног јавног права не даје сагласност отцепљеној или непризнатој творевини за њу и зато је сецесија кршење међународног јавног права
2. Деволуција јесте у сагласности са међународним јавним правом јер постоји сагласност матичне државе за одвајање сецесиониста.
3. Право на самоопредељење не укључује у себи право на сецесију . То нису синоними.

На сличан закључак указују и дефиниције проф. др Бориса Кривокапића .³ У његовом Енциклопедијском речнику међународног права и међународних односа , се наводи да реч сецесија своје порекло изводи из римског права и латинске речи *secession* (од *secedere* ,на српском; отићи , удаљавати се) која означава ;

1. Сеобу
2. Одвајање
3. Одлазак

Синоним за сецесију је сепаратизам пише Кривокапић. Затим Кривокапић наводи шире и ужезначење појма сецесије;

¹ "Сецесија са становишта унутрашњег и међународног права и њене политичке последице: Зборник радова са научног скупа одржаног 3. јула 2020. године", главни уредник Зоран Кнежевић; уредник Коста Чавошки, Српска академија наука и уметности, Београд, 2020, 27.

² Тешко не приметити да се ово олако залагање тадашње СФРЈ 60-тих година за изједначавање права на сецесију са правом на самоопредељење показало као више него неодговорно почетком 90-тих година прошлог века управо на примеру СФРЈ која се распала у крвавом грађанском рату изазваном сецесијом југословенских република .

³ Кривокапић Б. " Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа", Службени гласник, Београд, 2010, 968.

1. У ширем смислу, сецесија означава одвајање од нечега, пре свега од остататка заједнице. Пример за то је сецесија плебејаца од патриција у Старом Риму 493. године пре нове ере која је резултирала уступцима патриција на рачун плебејаца.

2. У ужем смислу, сецесија је отцепљење дела неке државе .Узорци за сецесију у ширем смислу су политичке, економске и верске природе. Често се дешава да је помаже нека страна сила и сецесије резултирају дугачким грађанским ратовима попут оних у САД или у СФРЈ

Кривокапић сматра да међународно јавно право дозвољава сецесију само када се ради о деколонијализацији. Унутрашња права је по правилу, забрањују. Кривокапић примећује да је сецесија у сукобу са основним принципом међународног јавног права, поштовањем територијалног интегритета. Зато истиче да је питање сецесије веома сложено и да" не зависи толико од правних колико од политичких чинилаца".

Дефиниције вероватно и највећег правника XX века Карла Шмита указују да је Кривокапић на правилном путу када тврди да политика утиче на право у случају сецесије. Шмит пише да се држава и право не могу одвојити од политике али и да је још од 1500 године међународно јавно право постаје "евроцентрично".⁴ Шмит наводи и да се евроцентрично међународно право ширило по целој планети уз колонијалана освајања западних држава: "⁵

На основу оваквих дефиниција Кривокапића и Шмита се могу извести следеће дефиниције када се ради о сецесији и њеној усклађености са међународним јавним правом :

1. Политички утицаји у међународном јавном праву стоје иза "рехабилитације"сецесије
2. "Рехабилитација" сецесије се врши применом начела ретроактивности
3. "Рехабилитација" сецесије се врши и применом начела доминације међународног јавног права над унутршњим (моноистичка теорија)
4. Иза политичке "рехабилитација" сецесије стоје западне силе
5. Да се ради о питању иза кога је сукоб политике и права, показује и позната реченица бившег генералног секретарта УН, У Танга из 1970 године: "Што се тиче питање сецесије посебног дела државе , став УН је неспоран. Као међународна организација , УН нису никад прихватиле , не прихватају, нити ће , ја верујем,икад прихватити принцип сецесије дела државе, чланице УН". Овај став У Танга произилази из Повеље УН из 1945. године као најважнијег међународног уговора, или једне врсте устава међународне заједнице. Повеља УН не признаје право на сецесију и она се у њој уопште

⁴ Шмит К. "Норма и одлука : Карл Шмит и његови критичари "Филип Вишњић , Београд, 2001, 8-16.

⁵ Шмит К. "Номос земље у међународном праву: Jus Publicum Europaeum", Федон, Београд, 2011, 145-147.

не помиње показује језичко тумачење текста овог вишетраног уговора.⁶

УН и ЕУ су прихватиле сецесију дела признате државе чланице када се радило о СФРЈ почетком 90 - тих година прошлог века. Сецесија југословенских република за коју су "награђени" чланством у УН је *status sui generis* који је омогућен специфичним међународним околностима из тог периода или "сумраком" међународног јавног права (доминацијом западне политике над правом у УН). Само десетак година касније, тај *sui generis* није био могућ јер је одбијено чланство такозваног Косова у УН пре свега захваљујући Руској Федерацији. Ову правну чињеницу није променило ни то што је већина држава чланица ЕУ признала такозвано Косово.

2. ТЕОРИЈА НЕГАЦИЈЕ ИЛИ ДВОСТРУКА ЗАБРАНА СЕЦЕСИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОМ И УНУТРАШЊЕМ ПРАВУ, ПОРЕЂЕЊЕ СА КЕЛЗЕНОВОМ ТЕОРИЈОМ ЧИСТОГ ПРАВА

Према овој теорији, сецесија је повреда члана 2 Повеље УН. Зато је позитивно међународно јавно право је "забрањује", ако се не ради о деколонизацији. Сецесију такође забрањује и унутрашње право или већина

⁶ На пример, у вероватно најзначајнијем, члану 2 Повеље УН, у оргиналном тексту на енглеском уопште нема помињања речи сецесија;
"The Organization and its Members, in pursuit of the Purposes stated in Article 1, shall act in accordance with the following Principles.

1. The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its Members.
2. All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfill in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.
3. All Members shall settle their international disputes by peaceful means in such a manner that international peace and security, and justice, are not endangered.
4. All Members shall refrain in their international relations from the threat or use of force against the territorial integrity or political independence of any state, or in any other manner inconsistent with the Purposes of the United Nations.
5. All Members shall give the United Nations every assistance in any action it takes in accordance with the present Charter, and shall refrain from giving assistance to any state against which the United Nations is taking preventive or enforcement action.
6. The Organization shall ensure that states which are not Members of the United Nations act in accordance with these Principles so far as may be necessary for the maintenance of international peace and security.
7. Nothing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state or shall require the Members to submit such matters to settlement under the present Charter; but this principle shall not prejudice the application of enforcement measures under Chapter VII.

устава у модерним државама је не допушта. Дакле, постоји "двострука" забрана сецесије у међународном јавном праву и унутрашњем праву односно у уставима.⁷

Зато је страно мешање и потпомагање сецесије грубо кршење члана 2 Повеље УН која гарантује територијални интегритет, сувереност и политичку независност држава чланица УН и кршење унутрашњег права већине држава чланица ове најзначајније међународне организације. Са друге стране, теорија негације не узима у обзир да ли је сецесија изведена насилно или ненасилно, да ли је било сагласности централних власти или не.

Дакле, када се на теорију негације сецесије примени систематски и историјски метод тумачења, примећује се да је она најближа духу Повеље УН и начелима међународног јавног права. Теорија негације, у суштини ставља начело територијалног интегритета и усвернитета држава изнад сецесије. Зато се може тврдити да утицај политике великих сила на њу скоро да не постоји

Оно што је слаба тачка теорији негације јесте негирање дисолуције или процеса одвајања територије уз сагласност централних власти. Односно, дисолуција ипак није исто што и сецесија, јер се изводи уз сагласност централних власти. Дакле сецесија и дисолуција нису синонимикао што се тврди у теорији негације. Такође, доказивање притиска страних сила на власти које пристају на дисолуцију је веома компликован процес. На пример, јасни елементи дисолуције су присутни у *Првом споразуму о принципима који регулишу нормализацију односа* из 2013. године (у даљем тексту: Бриселски споразум) и у Економској нормализацији из 2020. године (у даљем тексту: Вашингтонски споразум.). Са друге стране, Бриселски споразум и Вашингтонски споразум омогућавају фактичку сецесију такозваног Косова, али је веома компликовано доказати са аспекта Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године притиске страних сила, јер су српске власти више пута истакле да су ова два међународна уговора наводно велики успеси српске дипломатије и политике и да у они добровољно пристали на њих.⁸

⁷ У контексту сукоба између политичко и правног тумачења односа сецесије и међународног јавног права, научни саветник и правник са Института за међународну политику и привреду из Београда др Душко Димитријевић износи неколико доминатних ставова у међународној доктрини када се ради о сецесији Сецесија са становишта унутрашњег и међународног права и њене политичке последице: Зборник радова са научног скупа одржаног 3. јула 2020. године", главни уредник Зоран Кнежевић; уредник Коста Чавошки, Српска академија наука и уметности, Београд, 2020, 58-63.

⁸ Више о овоме „Мировић Д. Бриселски споразум из 2013. и Бечка конвенција о уговорном праву“, Национални интерес, година X, vol 18, број 3/2013, 135–154. и Мировић Д. "Поређење Бриселског споразума са уговором САД и Панаме из 1903. године у контексту терористичке Карла Шмита о празном сувернитету", Право у функцији

У правно-теоријском смислу теорија негације има бројне и упадљиве сличности са Келзеновом чистом теоријом права у којој аустријско - амерички правник тврди да да треба потпуно одвојити политику од права: " Оно што се не може наћи у садржини позитивноправних норми не може ни ући у неки правни појам" пише он.⁹ Основна опасност за право је политика "јер она није предмет науке" и зато је "необходно да се она одвоји од права". Шта више, захтев за "потпуним одвајањем од политике од права не може се искрено доводити у питање ако се уопште жели да постоји ма каква правна наука" тврди Келзен и истиче да је предмет правне науке позитивно или реално право за разлику од "идеалног права циља политике". На крају, Келзен сматра да се његова чиста теорија права мора примењивати не само у унутрашњем праву већ и у међународном јавном праву јер је чиста теорија права антидеолошка.¹⁰

Дакле, Келзен заступа оригиналну теорију по којој је остао познат у правној науци дуго након његове смрти . Он тврди да је право много ближе реалном животу од политике. Политику ставља у исти ред са теологијом ("метафизиком") и идеологијом. Несумњиво је тачно да је политика често подстакнута идеологијом. Међутим, идеологија и теологија су веома удаљене без обзира на неке сличности између марксизма и хришћанства које је приметио Николај Берђајев још пре Келзена. Ипак, руски политички филозоф Берђајев за разлику од Келзена примећује и велике разлике између идеологије (марксизма пре свега) и хришћанства . Он наглашава да је право божанског порекла за разлику од социјализма који је етатистичког порекла¹¹. Зато су људска права универзална тврди Берђајев. Дакле, Берђајев за разлику од Келзена не ставља знак једнакости између комунизма и теологије. Да је Берђајев био у праву показује пад Берлинског зида 1989 године. Он и Келзен се слажу у ставу да је у комунистичким државама политика (идеологија) била изнад права .

Дакле, Келзенова чиста теорија права се мора ставити у хладноратовски контекст. У том смислу треба тумачити и следећу дефиције Келзена о одвојености права и политике. Он дефинише (оно што је очигледно и за Берђајева пре њега) совјетску теорију међународног јавног

развоја друштва: Зборник радова, Том 1 ,Приштина/Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета, 2019.стр 425-437. и Мирковић Д. , "Вашингтонски споразум 2020", Српска правна мисао бр. 53, Бања Лука , 2020, 25-37.

⁹ Келзен Х., " Општа теорија државе и права", Правни факултет, Београд, 2010. стр 67-72.

¹⁰ "Чиста теорија је монистичког карактера... истинска правна наука баш због антидеолошког карактера... Корен је сваке политичке идеологије у хтељу, а не у сазнању, у емоционалном а не у рационалном елементу наше свести" .

¹¹Берђајев Н., "Нова религијска свест и друштвена стварност", Логос , Београд, 2001, 68, 122,160, 175, 185.

права права као идеолошко-политичку или "интер-класну".¹² Са друге стране, Келзен одбија могућност да на Западу (САД) политика или идеологија могу да утичу на право: "Изгледа према томе, да чиста теорија права не одговара данашњици, када у великим и значајним земљама под управом партијске дикатуре неки од најистакнутијих представника правне науке не знају за виши задатак него да служе својом 'науком' - политичкој власти датог тренутка. Што аутор ипак има смелости да објави ову општу теорију права и државе, то је зато што верује да се у англоамеричком свету, где се слобода науке и даље поштује и где је политичка власт боље стабилизована него игде другде, идеје више цене него власт."¹³ Дакле, политика и идеологија утичу на комунистичко схватање права, оне су присутне и у теологији само их нема на капиталистичком Западу сугерише Келзен.

Велико је питање да ли би ова дефиниција Келзен издржала пробу праксе. На пример, да је он као професор на Берклију заступао комунистичке идеје и хвалио или, неке делове Устава СССР. Сасвим је вероватно да би убрзо после тога остао без посла иако је избегао у САД из нацистичке Немачке Међутим, оно што је важније од ових хипотетичких нагађања је чињеница да његова дефиниција одвојености права и политике у САД није издржала пробу времена. Пример који то јасно показује је идеолошко партијски мотивисано понашања Врховног суда САД у време огромне изборне кризе 2020 године. У децембру 2020. године Врховни суд САД је без коментара (!?) одбацио захтев републиканских конгресмана који су довели у питање, уз навођење бројних доказа, гласање у (кључној по резултате председничких избора) америчкој држави Пенсилванији. Конгресмени су тврдили да је противуставна и противзакона одлука о проширењу гласања поштом. Овако понашање Врховног суда САД је још чудније ако се зна да је само неколико недеља после такве политичке одлуке незадовољство неправилностима у изборном процесу кулминирало упадом велике масе републиканаца у Конгрес САД, када је било и људских жртава. Овај пример јасно показује да је политика у САД чак изнад највише судске институције, симбола правног поретка или да је воља једне партије била изнад Врховног суда САД 2020 године.

Зато се може тврдити да теорија чистог права, или стриктне одвојености политике и права не важи у САД. Односно, може се тврдити да је Келезенова теорија чистог права хладноратовска и идеолошка, јер је требала да прикаже САД као идеално друштво за разлику од комунистичког. Она није издржала пробу времена показују догађаји у САД из 2020 и

¹² Kelsen H., *The Communist Theory of Law*, Prager, New York, 1955, 152.

¹³ Келзен Х., " Општа теорија државе и права", Правни факултет, Београд, 2010, 72

идеолошко партијске одлуке Врховног суда САД. Зато се може извести аналогија са негационистичком теоријом сецесије. Она не узима у обзир као и чиста теорија права политички утицај западних држава на право. Негационистичка теорија сецесије не допушта постајање нелегалних сецесија које су изведене уз помоћ и подршку западних држава. Она не може да реши проблем који се појављује у пракси. Ако је сецесија забрањена забрањена у међународном јавном праву и политика нема никакв утицај на понашање држава у случају унилателарне сецесије, зашто је западне државе на челу са САД и већина држава ЕУ подржавају, на пример у случају такозваног Косова? Ово су питања на која негационистичка теорија сецесије не може да пружи уверљиве одговоре.

3. ЕУ И ПИТАЊЕ СЕЦЕСИЈЕ КОСОВА

Упркос тврдњама из најутицанијих држава ЕУ да ова међународна организација признаје сецесију Косова од Србије, то није тачно. У члану 14 Бриселског споразума постоји на први поглед формулација која то омогућује: „Договорено је да ниједна страна неће блокирати, или подстицати друге да блокирају напредак друге стране на њеном путу ка ЕУ.“¹⁴

Међутим, то није било довољно за де јуре признање Косова, иако према Лисабонском уговору из 2007. године (највишем правном акту ове међународне организације) само државе могу бити чланице ЕУ.¹⁵ У контексту међународног права Европска унија је регионална међународна организација. Њене одлуке не обавезују државе које нису чланице ЕУ. Одлуке ЕУ не обавезују на пример Русију и Кину или муслиманске државе које не признају Косово. Такође, такозвано Косово није признало ни пет држава чланица ЕУ (Шпанија, Грчка, Словачка, Кипар и Румунија)¹⁶ и то одузима легитимитет члану 14 унутар ЕУ, односно члан 14 нема оно што Карл Шмит дефинише као „вредносно важење.“¹⁷

¹⁴ Више о овоме Мировић Д. "Вашингтонски споразум 2020: Косово -Јерусалим", *Catena mundi*, Београд, 2021, 26-43

¹⁵ На пример, у члану 17 Уговора о Европској унији (први део Лисабонског уговора) наводи се да се чланови Европске комисије бирају из „држава чланица“, у члану 30 Уговора о функционисању Европске уније (други део Лисабонског уговора) наводи се да део царинске уније могу бити само „државе чланице, итд.

¹⁶ У Бриселу би морали да осмисле, уз велике муке, квазиправно или политичко тумачење члана 236 или 238 Уговора о функционисању Европске уније којима се прописује квалификована или проста већина за доношење одлука у Европском савету или у Савету министара.

¹⁷ Шмит К., „Норма и одлука: Карл Шмит и његови критичари“, Филип Вишњић, Београд, 2001, 307.

Зато је члан 14 Бриселског споразума имао ограничено дејство не само ван ЕУ, већ и унутар те организације.¹⁸

Чињеница да члан 14 није могао да омогући ступање Косова у УН је веома важна у контексту међународног права јер би такозвано Косово тек ступањем у УН било *de iure* признато као пуноправни члан „међународноправног поретка и међународноправне заједнице.“¹⁹ (Ханс Келзен чак тврди да су државе органи међународне заједнице).²⁰ Дакле, правна софистерија је тврдња да ЕУ као правно лице признаје независност такозваног Косова. Признају је појединачне државе чланице ЕУ и то не све .

4. ЗАКЉУЧАК

Постоји дистинкција између права на самоопредељење и сецесије, показују дефиниције из правне теорије. Сецесија је, стварање нове независне државе кроз одвајање дела територије и становништва од постојеће државе, без њене сагласности, код дисолуције постоји сагласност централних власти. Узорци за сецесију у ширем смислу су политичке, економске и верске природе. Сецесија југословенских република за коју су "награђени" чланством у УН је ипак била *sui generis* који је омогућен је специфичним међународним околностима из тог периода или "сумраком" међународног јавног права. Само десетак година касније, тај *sui generis* није био могућ јер је одбијено чланство такозваног Косова у УН пре свега, захваљујући Руској Федерацији и њеном праву вета у СБ УН. Ову правну чињеницу није променило ни то што је већина држава чланица ЕУ признала такозвано Косово. Ипак, упркос тврдњама из најутицанијих држава ЕУ да ова међународна организација признаје сецесију Косова од Србије, то није тачно. У контексту међународног права Европска унија је регионална међународна организација. Њене одлуке не обавезују државе које нису чланице ЕУ. Одлуке ЕУ не обавезују на пример Русију и Кину или муслиманске државе

¹⁸ Велика економска предност ЕУ у односу на УН не мења ту правну чињеницу. Такозваном Косову не помаже чињеница да је буџет ЕУ 2019. износио око 148 милијарди евра док је буџет УН за 2020. годину износио само око 2,5 милијарде евра.

¹⁹ Ђорђевић С., „Увод у међународно право“, Правни факултет, Београд, 2007, 91; Упадљиво изостављање Резолуције 1244 СБ УН из текста Бриселског споразума, посебно из члана 14, не мења ове правне чињенице (већу правну моћ чланства у УН над оним у ЕУ). Пре свега, Република Србија (тада СРЈ) није била страна уговорница Резолуције 1244. Резолуција 1244 зато не може бити дерогирана од стране уговора ниже правне вредности као што је Бриселски споразум. Вучићева власт може да потпише било коју врсту уговора са сецесионистима у Приштини, чак и да их посредно призна као државу као у члану 14 Бриселског споразума, али са аспекта међународног јавног права то ће увек имати мању снагу од Резолуције 1244.

²⁰ Келзен Х., „Чиста теорија права“, Правни факултет, Београд, 2007, 98.

које не признају Косово. Такође, такозвано Косово није признало ни пет држава чланица ЕУ (Шпанија, Грчка, Словачка, Кипар и Румунија) и то одузима легитимитет члану 14 Бриселског споразума унутар ЕУ, односно члан 14 нема оно што Карл Шмит дефинише као "вредносно важење". Дакле, правна софистерија је тврдња да ЕУ као правно лице признаје независност такозваног Косова. У Бриселу би морали да осмисле, уз велике муке, квазиправно или политичко тумачење члана 236 или 238 Уговора о функционисању Европске уније којима се прописује квалификована или проста већина за доношење одлука у Европском савету или у Савету министара када се ради о признању такозваног Косово. Тренутно нема ни назнаке да је тако нешто могуће због противљења 5 држава чланица.

Dejan MIROVIĆ, PhD

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

SECESSION, DISSOLUTION, AND THE EUROPEAN UNION'S STANCE ON KOSOVO'S ATTEMPT TO SECEDE FROM SERBIA

Summary

There is a distinction between the right to self-determination and secession, as shown by definitions from legal theory. Secession is the creation of a new independent state by separating a part of territory and population from an existing state without its consent, whereas, in case of dissolution, there is consent given by the central authorities. In a broader context, the reasons for secession are political, economic and religious in nature. It often happens that secession is supported by a foreign power. A synonym for secession is separation. The UN Charter does not recognize the right to secession, and secession is not even mentioned in it, as shown by the linguistic interpretation of the text of this multilateral agreement. The secession of Yugoslav republics, for which they were “rewarded” with membership in the United Nations, was nevertheless *sui generis*, and it was made possible by the specific international circumstances of that period, or the “twilight” of public international law (the domination of Western politics over law in the UN). Just ten years later, that *sui generis* scenario was not possible because UN membership of the so-called Kosovo was rejected, primarily owing to the Russian Federation. This legal fact cannot be changed even by the fact that the majority of EU member-states have recognized Kosovo. Despite the fact that the most influential states of the European Union claim that this international organization recognizes Kosovo, this is not true. In the context of international law, the European Union is a regional international organization. Its decisions do not bind the states that are not members of the European Union. For instance, EU decisions do not bind Russia and China, nor do they bind the Muslim states that do not recognize Kosovo. In addition, the so-called Kosovo has not been recognized by five EU member-states (Spain, Greece, Slovakia, Cyprus, and Romania), and this nullifies the legitimacy of Article 14 of the Brussels Agreement within the EU.

Keywords: *secession, dissolution, UN, EU, Serbia, Kosovo and Metohija.*

ЛИТЕРАТУРА

Аврамов С, Крећа М. " Међународно јавно право' 'Правни факултет, Београд, 2008.

Anderson, G ., "Unilateral Non-Colonial Secession in International Law and Declaratory General Assembly Resolutions: Textual Content and Legal Effects", *Denver Journal of International Law & Policy*, Volume 41, Number 3, 2013.

Берђајев Н., "Нова религијска свест и друштвена стварност", Логос, Београд, 2001.

Бордман, Ц., Грифин Ц., Озвин М., "Оксфордска историја римског света", Слио, Београд, 1999.

Етински Р. " Међународно јавно право", Службени гласник, Београд, 2010.

Kelsen H., *The Communist Theory of Law*, Prager, New York, 1955.

Келзен Х., " Општа теорија државе и права", Правни факултет, Београд, 2010.

Koptev A.V. The Making of Plebeian Secessions in Roman Historiography. *Vestnik of Saint Petersburg University. History*, 2018, vol.63, issue 3.

Крећа М. " Међународно јавно право ", Правни факултет, Београд, 2012.

Кривокапић Б. "Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа", Службени гласник, Београд, 2010.

Мандела Н. "Писма из затвора" Мiba books, Београд, 2018.

Милисављевић Б. "Међународно обичајно право", Правни факултет , Београд, 2016.

Мировић Д. Бриселски споразум из 2013. и Бечка конвенција о уговорном праву“, Национални интерес, година X, vol 18, број 3/2013.

Мировић Д., Зашто се од Србије тражи да призна Косово или упоредни примери Бангладеша и Турске Републике Северни Кипар“, Зборник Матице српске за друштвене науке, Свеска 1494/2014, Нови Сад, 2014.

Мировић Д., „Босна против Србије и Међународни суд правде“, Национални интерес, Београд, година XI, vol 22, број 1/2015, Нови Сад, 2015.

Мировић Д. "Поређење Бриселског споразума са уговором САД и Панаме из 1903. године у контексту терорије Карла Шмита о празном сувернитету", *Право у функцији развоја друштва: зборник радова*, Том 1 ,Приштина/Косовска Митровица:Правни факултет Универзитета, 2019.

Мировић Д. , "Вашингтонски споразум 2020 ", Српска правна мисао бр. 53, Бања Лука, 2020.

Мировић Д. "Бриселски споразум : хронологија и последице" *Catena mundi*, Београд, 2019.

Мирковић Д. "Вашингтонски споразум 2020: Косово -Јерусалим", *Catena mundi*, Београд, 2021.

Станојевић О., " Римско право "Досије , Београд, 2007.

"Сецесија са становишта унутрашњег и међународног права и њене политичке последице:зборник радова са научног скупа одржаног 3. јула 2020. године ", главни уредник Зоран Кнежевић ; уредник Коста Чавошки , Српска академија наука и уметности , Београд, 2020.

Хегел Г, В. Ф., " Естетика "други део, БИГЗ, Београд, 1986.

Шмит К. "Норма и одлука : Карл Шмит и његови критичари "Филип Вишњић , Београд , 2001.

Шмит К. "Номос земље у међународном праву: *Jus Publicum Europaeum*", Федон, Београд, 2011.

Др Бојан БОЈАНИЋ*

321.01

342.1

О НАСТАНКУ, ПОЈМУ И ЕЛЕМЕНТИМА ДРЖАВЕ

Апстракт: Интересовање науке за основна питања везана за теорију државе не престаје од њеног настанка, али и поред тога још увек се трага за неким од одговора. Аутор ће се у раду, у најкраћем, осврнути на питање настанка државе, њен појам, те на три основна елемента државе – територију, становништво и државну власт.

Кључне речи: *Држава, Државна власт, Сувереност, Територија, Становништво.*

1. НАСТАНАК ДРЖАВЕ

Држави као облику људске заједнице претходиле су неке друге примитивне заједнице и друштва у оквиру којих су битисали људи. Питање које привлачи посебну пажњу свих којих се баве теоријом државе јесте тренутак њеног настанка. Прецизан одговор на питања када су се стекли услови који су проузроковали њену појаву икоји су то разлози и околности били потребан и довољан услов за настанак новог облика друштвене заједнице – државе, немогуће је добити.

Никакав правни поступак није прописанза настајање државе. Као и остале друштвене групе, држава постаје спонтано, односно независно од правног поретка.¹ Тако размишља и Вајл када каже да се држава не прави, она на просто суштински постаје, а све остало је у њој начињено.²

Поред тога што не постоје правна правила која утврђују поступак и услове настанка државе, тешко је открити и друштвене законитости њеног настанка. Пошто је држава историјска категорија, логично је да бројни чиниоци који доводе до њеног настанка имају различит значај, они су мање или више релевантни, што зависи и од временског фактора. У различитим историјским епохама они имају различиту снагу. Понекад један исти чинилац има претежан, а понекад само периферан или никакав значај.

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, bojan.bojanic@pr.ac.rs

¹ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, Том 8, Београд 1990, 32.

² Ерик Вајл, *Политичка филозофија*, Београд 1982, 190–191, према: Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Београд 2000, 70.

Слободан Јовановић закључује да, ако се не могу једном засвагда одредити чиниоци државног стварања, могу се бар наслутити они чиниоци који су у једној одређеној епохи од пресудног утицаја, па наводи „народну свест“ као најважнији чинилац у стварању државе, од Француске револуције надаље.³ Ово, наравно, не значи да је народна свест била једини чинилац који доводи до настанка државе. Потребно је још много других услова који у једном тренутку могу довести до стварања конкретне државе.

Као што смо већ констатовали, држава је историјска категорија, па се њен настанак може објаснити одређеним историјским претпоставкама. Пошто су држави претходиле природне заједнице као што су породица и племе, логично би било закључити да се држава, у ствари, развила из њих.

Међутим, за разлику од природних заједница у којима су њихови чланови повезани крвним сродством, међу члановима државе постоји правна веза. Стога је неприхватљиво гледиште да је држава последица квантитативног раста племена. Дакле, разлика између племена и државе је квалитативне природе. Реч је о потпуно новој и суштински различитој творевини.⁴

Пошто суштину настанка државе није успео да објасни органским растом племена, Слободан Јовановић објашњење тражи у извесним спољашњим утицајима. Тако, по њему, држава настаје оног тренутка када се два племена међусобно сукобе. Резултат тог сукоба је потчињавање једног племена другом. Тако настаје нова заједница у којој чланови нису повезани родбинском везом, већ принудом.⁵

Ово, наравно, није једини могући сценарио повезивања више племена у једну заједницу. Могуће је и да се различита племена уједине у циљу стварања одбрамбеног савеза, како би се одупрли заједничком непријатељу. И у овом случају, реч је о принудној, неприродној заједници. Нова заједница има карактер правног односа. Такође је вероватно да у једном таквом природном стању где влада рат свих против свих и где *homo homini lupus est*,⁶ у већим племенима где полако слаби заједнички дух и где се стварају поједине мање заједнице, ипак, не долази до цепања племена, већ их на окупу одржава опасност да буду потчињени од других, јачих племена. Ту престаје крвно сродство као главни интегративни фактор и њега замењује правни однос. Овде имамо државну заједницу као државну организацију. У

³ Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 32.

⁴ Видети: Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 32–36.

⁵ Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 34.

⁶ Томас Хобс, *Левијатан – или материја, облик и власт државе црквене и грађанске*, Београд 1961, према: Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд 1995, 181.

овом случају, када држава настаје у оквиру једног племена, она је последица опасности од могућих сукоба.

Држава је у овој почетној фази била искључиво војна организација заснована на принципу јасне хијерархије, где су млади чланови заједнице били потчињени старијим, а ови војним старешинама. Међутим, спајањем више племена у једну државну заједницу настаје хетерогена скупина. Свако племе има своје обичаје, а постоје и други антагонизми. Зато се овде јавља потреба за новом улогом државе јер је она само на почетку могла препустити појединцима да сами реше међусобне конфликте.

Посебна опасност састојала се у чињеници да је сукоб између појединаца прерастао у прави рат између појединих делова ових хетерогених заједница. Последице ових ратова биле су много озбиљније него што нам се на први поглед чини. Оне се нису заустављале само на лошим међусобним односима и сталним нетрпељивостима, већ су се негативно одражавале на спремност и способност државе да се супротстави спољашњем непријатељу. Држава се, стога, морала постарати да спречи ове сукобе и тиме успостави унутрашњи мир.⁷ Она се у овој својој мисији мора поставити једнако према свима. То не сме бити дискриминација према припадницима једне, нити могу бити привилеговани чланови друге групе.

Поредак који држава успостави морају поштовати сви, а држава га обезбеђује поштујући већ постојећа обичајна правила или установљавајући нова. Остваривањем своје нове улоге, држава која је до тада постојала као искључиво војна организација добија потпуно нов квалитет. Она постаје правна установа. Њен циљ није више био вршење насиља над спољашњим непријатељем, него сузбијање насиља у њеној унутрашњости – каже Јовановић.⁸

Ако питање настанка државе посматрамо са социолошког аспекта, тада ће нам бити најважнији однос који се рађа потчињавањем једног племена другом. За разлику од племена, где сваком породицом влада породични старешина и где су сви чланови равноправни, у заједници насталој потчињавањем, као хетерогеној групи, имамо групу која влада и потчињену групу. По Јовановићу, господарска група се бави војним, а потчињена привредним пословима.⁹ Вероватно је тачна и претпоставка да је сточарско племе најчешће излазило као победник у племенском сукобу. Земљорадници који су везани за једно место највећи део времена проводе радећи, тако да су код њих ратничке вештине на много нижем нивоу него код сточара-номада.

⁷ Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 37.

⁸ Исто.

⁹ Исто, 35.

У почетку међу члановима заједнице постоје бројни антагонизми. Заједнички живот, међутим, с временом брише племенске разлике тако да се власт полако почиње вршити у интересу целе заједнице, чиме се ставља у службу права.

Улога и задаци државе мењају се током времена. Док у периоду свог настанка има искључиво војну улогу, она с временом прераста у правну установу, да би касније своје деловање знатно проширила и развила као веома важну културну функцију. Ова њена улога с временом је постајала све значајнија тако да је савремена држава незамислива без ње.

2. ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ ДРЖАВЕ

2.1. Појам

За што боље разумевање суштине сваке појаве веома је значајно њено име. У конкретном случају, када је у питању држава као историјска категорија, посебно је важна историја имена која су употребљавана у различитим историјским епохама. Јелинек (*Jellinek*) је, не без основа, закључио да је историја терминологије једне науке уско повезана са историјом саме науке.¹⁰

Модерна држава настала је у XV и XVI веку код германских народа. Управо тада је настао термин *Stato*, који је за означавање државе први употребио Макијавели. Од њега су касније настале речи *State* (енглески), *Staat* (немачки), *Etat* (француски). По Слободану Јовановићу, реч *Stato* раширила се међу германским и романским народима јер је била погодна за употребу и означавање различитих држава.¹¹ У немачком језику је речи *Staat*, која је и данас у употреби, претходила реч *Land*. Управо је ова реч, по свом изворном значењу, ближа нашем значењу речи држава, која је настала пре италијанске речи *Stato*. Наиме, она је забележена још у Душановом законнику. Термин *Land* и даље је у употреби и он данас означава немачке федералне јединице.

Стари Грци су за означавање колективитета који би одговарали данашњој држави користили термин *Polis* из којег је изведен термин *Politeia*. По Аристотеловом схватању, држава (*Polis*) је заједница која има за циљ срећан живот породица и родова, живот потпун и економски независан.¹² За обележавање римске државе користе се термини као што су *Res publica*, *Civitas* и *Regnum*. Они у средњем веку добијају посебна значења – означавају

¹⁰ Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд 2000, 31.

¹¹ Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 29.

¹² Аристотел, *Политика*, Београд 1970, 87–88.

различите творевине. Наша реч држава, која је у употреби од XIV века, изведена је од речи држати, што значи поседовати, имати у својој власти, чинити, вршити, чувати. Њоме је означавана земља коју држе појединци или заједнице. Власт коју су заједница или појединац поседовали или вршили над осталим припадницима заједнице произлазила је из власништва над том земљом. Исто би се могло рећи и за руску реч государство, који има исти корен као и наш термин држава.

2.2. Територија

Држава се, у складу са традиционалном концепцијом, може одредити као политичка заједница која поседује интерно и екстерно признату суверену власт на одређеном територијом и становништвом.¹³ Традиционална теорија државе разликује, дакле, три њена елемента, а то су: територија, становништво (народ) и власт. Држава је, наиме, представљена у власти која се мора простирати (примењивати) на њену територију и на њене људе (становништво).¹⁴ Државна територија је тродимензионални простор на коме се простире државна власт. Пошто је земља лопта, геометријска форма тог простора – државног простора – јесте извртута купа. Врх те купе је у Земљином средишту, где се коначни простори такозване територије свих држава сусрећу.¹⁵ Државну територију, осим видљивог дела земљине површине ограниченог државним границама, дакле, чини и простор испод и изнад те површине, и то све докле се простире ефикасност државног поретка. Колика је ефикасност државног поретка, то пре свега зависи од њеног техничког напретка и могућности да користи простор испод и изнад своје површине. Чињеница да су у време мира државе дужне да дозволе слободу мирољубивог пролаза ваздухоплова изнад своје територије и територијалних вода не умањује њихову сувереност.

Територија државе може бити интегрална, у једном комаду, или је чини више делова који су међусобно одвојени територијом друге државе.¹⁶ Најпознатији је пример источног и западног дела Пакистана који су били раздвојени територијом Индије. Међутим, цепањем Пакистана и

¹³ Зоран Стојиљковић, *Карактер и функција државе*, Савремена држава: структура и социјалне функције (Зоран Стојиљковић, Вукашин Павловић, ур.), Београд 2010, 50.

¹⁴ Берислав Перић, *Држава и правни састав*, Загреб 1985, 151.

¹⁵ Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд 1951, 211–212.

¹⁶ Радомир Лукић, *Теорија државе и права, I. Теорија државе*, Сабрана дела, Том 2, Београд 1995; Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутин, Драган М. Митровић, *Цит. дело*, 62.

формирањем Бангладеша као независне државе, овај пример је престао да постоји.

Као постојећи, сада можемо навести пример Килињинградске области која припада Руској Федерацији, а налази се на крајњем западу Русије. Она представља енклаву на југоистоку Балтика између Пољске и Литваније. Осим овог, случај са распарчаном територијом једне државе постоји онда када њој припадају и колоније које могу бити удаљене хиљадама километара од своје матице, али ово данас можемо посматрати само као историјски куриозитет.

Постоји веома важно питање када се говори о територији државе, а то је питање њених граница на – језеру, реци, мору (ако их има). Тада део мора уз обалу – обално или прибрежно море припада дотичној држави. Осим површине тог мора, држави и овде припада ваздушни простор који се налази изнад ње, морско дно, као и подморје (простор испод мора све до средишта земље). Ширина овог простора није увек иста, а Међународна конвенција о праву мора ширину обалног мора лимитира на 12 наутичких миља. О значају овог дела државне територије најсликовитије нам говори пример Норвешке, земље која је у не тако давној прошлости била сиромашна. Проналаском нафте у њеном подморју, а захваљујући развоју техничких достигнућа, она је данас земља економског благостања.

Територија сваке државе омеђена је њеним границама које су државне, а не административне. Оне могу бити природне – реке, мора, планински венци или вештачке. Унутар тих граница, држава је та која је једино надлежна да примењује правне норме. Она их примењује како на својим држављанима, тако и на свима онима који се затекну на њеној територији. Закони државе важе и на пловилима која у међународним водама носе њену заставу, а екстериторијалност важи и на простору где се налазе дипломатска представништва у иностранству.

2.3. Становништво

Следећи елемент државе је становништво. Јасно је да нема државе без становништва јер се власт односи на појединце.¹⁷ Становништво, у ствари, чини персоналну сферу важења државног правног поретка, као што закључује Келзен.¹⁸ Овај елемент можемо посматрати у ужем и ширем смислу. У ужем, њега чине држављани њене државе. Под држављанством подразумевамо везу јавноправног карактера која постоји између државе и појединца. Захваљујући држављанству, појединац ужива најшира предвиђена

¹⁷ Берислав Перић, *Цит. дело*, 159.

¹⁸ Ханс Келзен, *Цит. дело*, 226.

правним поретком што, наравно, намеће и одређене обавезе. У ширем смислу, под становништвом, осим држављана, подразумевамо и апатриде и бипатриде, као и странце који се налазе на територији једне земље. Држављанство се може стећи на неколико начина, а на европском континенту најчешће се стиче по пореклу. Примењује се принцип *ius sanguinis*. Деца дакле, захваљујући крвној вези стичу држављанство својих родитеља. Држављанство се може стећи и путем припадности тако што дете стиче држављанство по месту рођења. У овом случају реч је о такозваном принципу *ius soli*, тако да држављанство родитеља нема утицаја. Такође, може се десити да се држављанство стекне на основу личног захтева појединца, за шта је потребно испунити одговарајуће услове, а овај начин је карактеристичан за лица која дужи период проведу у некој земљи. Овај начин је познат као „натурализација“.

Као што смо већ поменули, из чињенице држављанства за његовог имаоца проистичу одређена права и обавезе. Држављанин ужива политичка права, права да учествује у раду одређених институција, као и право на заштиту, што је дужна да му пружи држава. Од обавеза, на првом месту треба истаћи обавезу учествовања у одбрани земље.

Овде ваља изнети мишљење Слободана Јовановића о овом елементу државе за који он користи термин „народ“. Под народом он подразумева скуп људи који живе у истој држави.¹⁹ Ти људи чине заједницу, јер су сви потчињени једној власти, али међу њима могу постојати и извесне врсте веза. Он наглашава да треба правити разлику између термина „народ“ и „народност“. Под народношћу подразумева једну врсту духовног сродства која се одражава путем психолошког наслеђивања. Исти језик, религија, политичка прошлост, крвна заједница – све су то фактори који могу имати за последицу стварање истог моралног типа, заједничку свест која се као наслеђена јавља код свих њених чланова. Народ, пак, претпоставља једну заједничку власт којој су сви његови чланови потчињени. Док су чланови народности спојени духовним везама изнутра, дотле су чланови народа спојени спољашњом механичком везом. Видимо да он појам „народност“ користи за означавање нације (националности), а народ означава онај елемент државе који ми називамо становништвом.

2.4. Власт

Трећи елемент државе по класичној доктрини јесте власт. Под појмом власти подразумева се однос између два субјекта где један од њих наступа као наредбодавац – неко ко издаје заповести и чијој се вољи има повиновати

¹⁹ Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 113–118.

овај други – потчињени. Један субјект издаје заповести, а други их извршава. Предмет нашег интересовања је државна власт која је, за разлику од свих других власти, оригинерна. Она је та из које су све друге власти изведене. Као таква, она је највиша у оквиру граница једне државе. Да би обезбедила остварење правног поретка који прописује, који је обавезан за њене органе и наравно појединце, она може употребити принуду.²⁰ Употреба принуде је у овом случају легитимна јер је у складу са правним поретком. Зато многи теоретичари управо у монополу физичког насиља виде главну карактеристику државе, тј. државне власти.²¹ Државну власт карактерише то да је независна од сваке друге власти, наравно, у оквиру својих граница. Ту нема мешања, уплитања неке друге власти. Њој су сви подређени и нема никога ко јој је надређен. Она, дакле, не зависи ни од кога. Као таква, по Јовановићу, мора бити и неограничена.²² Чим над њом нема више и од ње надмоћније власти, самим тим нема ни могућности да се ограничи. Он доказ за ове тврдње види у законодавном органу који, за разлику од других државних органа који су дужни да поштују закон и спроводе га, мења правни поредак и самим тим доказује неограниченост. Недељивост је још једно важно обележје државне власти. Шта заправо подразумевамо под овом њеном особином? Недељивост никако не значи да је она сва концентрисана код једног органа. Напротив, њу врши више државних органа у оквиру поделе надлежности коју добијају од једне и недељиве највише власти.

Непрекидност државне власти још је једно обележје које Ратко Марковић наводи поред независности и недељивости.²³ Непрекидност значи континуитет државне власти без обзира на промену њених носилаца.

У могућности државе да располаже монополом оружане моћи на својој територији, Радомир Лукић види основ најважнијег обележја државне власти – суверености, а то је својство државне власти чије смо елементе размотрили – независност, недељивост, неограниченост, односно супрематију, како на унутрашњем, тако и на спољашњем плану.

Сувереност у модерној политичкој и правној теорији, онако како је данас схватамо, први је означио Боден (*Bodin*). Он сувереност означава као највишу, апсолутну и трајну власт над грађанима и поданицима државе.²⁴

Када говоримо о суверености, увек имамо на уму два начина на која се испољава. Један је према унутра, у односу према другим властима и институцијама у оквиру њене територије, што је унутрашњи елемент

²⁰ Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 129.

²¹ Радомир Лукић, *Цит. дело*, 247.

²² Слободан Јовановић, *Цит. дело*, 130.

²³ Ратко Марковић, *Цит. дело*, , 178.

²⁴ Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошуткић, Драган М. Митровић, *Цит. дело*, 69.

суверености како га означава правна теорија.²⁵ То значи да је државна власт највиша у оквиру својих граница. Држава сама прописује правни поредак којем се сви морају повиновати и у стању је да обезбеди његову ефикасност ако је потребно и силом. Други начин испољавања суверености је према споља, у односима са другим државама. Она се огледа у независности државне власти од било ког мешања споља у њене унутрашње ствари. По Хинслију, сувереност није чињеница, већ појам који су људи у одређеном тренутку применили на политичку моћ коју су они или други људи упражњавали, а изражава идеју да постоји коначна и апсолутна власт у политичкој заједници.²⁶ Да је сувереност обележје државне власти, општеприхваћено је међу савременим теоретичарима државе и права. Проблем настаје када затражимо одговор на питање: ко је носилац суверености од кога потиче та највиша власт, где је њен извор? На то питање најчешће се нуде два одговора.

Док је по једнима народ извор највише власти, по другима је то нација. Када се говори о народној суверености, онда под народом подразумевамо скуп свих грађана, где сваки од њих има своју сопствену вољу, а под појмом „нација“ у смислу теорије о националној суверености подразумевамо нацију као колективитет који не представља прост збир свих грађана, већ једну целину која је састављена различитих елемената и има своју сопствену вољу различиту од воље сваког грађанина појединца.

Извор обе теорије о суверености представља учење теоретичара друштвеног уговора настало као последица тежњи да се ограничи свемоћ монархијског апсолутизма. Према теорији народне суверености, сваки грађанин као део народа и сопственик једног малог дела суверености може изабрати свог представника. То је право које припада сваком грађанину и опште право гласа је његова логична последица. У духу ове теорије лежи идеја непосредне демократије и императивни мандат. Ако се, пак, грађани одлуче да своја овлашћења пренесу на своје изабранике, не значи да их се одричу, већ да их у сваком тренутку могу поново себи вратити, опозивајући своје представнике.

По теорији националне суверености, сувереност припада нацији, једној недељивој целини, која као таква има јединствену, једну и недељиву вољу. Овде је представништво неминовност, па се једино поставља питање: како и на који начин одредити представнике националне суверености – њене извршиоце? Бирајући своје представнике, бирачи не врше право, већ функцију, сматрају представници ове теорије.²⁷ Њу могу вршити сви (опште право гласа) или део грађана. Када једном изаберу своје представнике, они

²⁵ Исто, 70–72; Радомир Д. Лукић, *Цит. дело*, 261.

²⁶ Френсис Хинсли, *Сувереност*, Београд 2001, 13.

²⁷ Ратко Марковић, *Цит. дело*, 185.

их више не могу опозвати, могу им само ускратити поверење на следећим изборима. Данас су разлике између представника ове две теорије готово превазиђене, а разлог је опште право гласа које је општеприхваћено. Овим двома теоријама о носиоцу суверености претходиле су теократска и легитимистичка теорија.

Бог је носилац суверености, били су изричито представници теократске теорије. Владалац је по њима божји изасланик. Он само извршава његову вољу. Легитимистичка теорија сувереност сматра искључивим својством једне династије која има право да га очува и пренесе на своје потомке.²⁸

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Овом приликом остало је по страни једно важно питање, али нам природа рада не дозвољава да се њиме детаљније бавимо. Наиме, уз све специфичности битних елемената државе, долази се до специфичних правних поредака који имају неке заједничке карактеристике па је у зависности од критеријума, а у циљу њиховог изучавања, могуће извршити одређена разврставања. Тако се, у зависност од тога да ли у њиховом настанку учествују они на које се односи дати правни поредак, они над којима се влада, или у његовом настанку учествују само они који владају, могу разликовати аутократски и демократски правни пореци. Уколико је државна власт подељена на различите носиоце, а грађанима су гарантована права и слободе, реч је о уставној држави, док у случају одсуства ових елемената може бити говора о апсолутној држави. У зависности од тога у којој мери су прописана правила људског понашања, да ли задиру у све сфере људског понашања или само онолико колико јето нужно у циљу функционисања ефикасног правног поретка може се говорити о тоталитарној или либералној држави. О правној држави може бити говора искључиво уколико су остварена два основна начела, начело слободе и начело законитости.

²⁸Исто, 180–181.

Bojan BOJANIĆ, Ph.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

ON THE ORIGIN, CONCEPT AND ELEMENTS OF THE STATE

Summary

The modern state emerged in the 15th and 16th centuries among the Germanic peoples. It was then that the term *Stato* was coined, which Machiavelli was the first to use to denote the state. The words State (English), *Staat* (German), *Etat* (French) were later derived from it. In German, the word *Staat*, which is still in use today, was preceded by the word *Land*. Precisely this word, in its original meaning, is closer to our meaning of the word state, which originated before the Italian word *Stato*. Namely, it was recorded in Dušan's Code. The term *Land* is still in use and today it means German federal units. The ancient Greeks used the term *Polis* from which the term *Politeia* was derived to denote a collective that would suit today's state. Terms such as *Res publica*, *Civitas* and *Regnum* are used to denote the Roman state. Our word state, which has been in use since the 14th century, is derived from the word hold, which means to possess, to have in one's power, to do, to perform, to keep. It signified a country held by individuals or communities. The power that a community or individual possessed or exercised over other members of the community arose from the ownership of that land. The same could be said for the Russian word *gosudarstvo*, which has the same root as our term *država* (state).

The state, in accordance with the traditional conception, can be defined as a political community that has internally and externally recognized sovereign power in a certain territory and population. The traditional theory of the state distinguishes, therefore, its three elements, namely: territory, population (people) and state power.

Key words: *State, State power, Sovereignty, Territory, Population.*

ЛИТЕРАТУРА

Аристотел, *Политика*, Београд, 1970.

Ерик **Вајл**, *Политичка филозофија*, Нолит, Београд, 1982, 190–191, према: Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000.

Слободан **Јовановић**, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990.

Ханс **Келзен**, *Опита теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951.

Јован **Комшић**, *Теорије о политичким системима*, Београд, 2000.

Радомир **Лукић**, *Теорија државе и права, I. Теорија државе*, Сабрана дела, Том 2, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд, 1995.

Радомир Д. **Лукић**, Будимир П. Кошутић, Драган М. Митровић, *Увод у право*, Београд, 2000.

Ратко **Марковић**, *Уставно право и политичке институције*, ЛП „Службени гласник“, Београд, 1995.

Берислав **Перић**, *Држава и правни сустав*, Загреб, 1985.

Зоран **Стојиљковић**, *Карактер и функција државе*, Савремена држава: структура и социјалне функције (Зоран Стојиљковић, Вукашин Павловић, ур.), Београд, 2010.

Френсис **Хинсли**, *Сувереност*, Филип Вишњић, Београд, 2001.

Томас **Хобс**, *Левијатан – или материја, облик и власт државе црквене и грађанске*, Београд, 1961.

Невена МИЛЕНКОВИЋ*

351.942(497.11)

ПРЕДМЕТ УПРАВНОГ СПОРА У ДОМАЋЕМ УПРАВНОПРОЦЕСНОМ ПРАВУ

Апстракт: У овоме чланку пажња аутора усмерена је ка нормативној регулативи предмета управног спора. Предмет управног спора - најучинковитијег механизмасудске заштите појединачних права и обавеза странака из управног поступка али и објективне законитости, дефинисан је матичним - Законом о управним споровима. (И) Поред тога, *de facto* (пре)уређењу овог питања приступио је нови Закон о општем управном поступку. Како од начина на који је дато питање решено умногоме зависе домет и квалитет управно-судске заштите, са превасходним ослоном на догматски метод али, не занемарујући ни друге у праву релевантне, аутор подробно анализира норме посвећене датоме питању у наведеним важећим законским актима. Полазећи од тезе о суштинској интегралности управне и управно-судске заштите - утемељене законима који их уређују, аутор сматра да на нормативном нивоу - међу регулама које се у поменутиим правним актима баве предметном проблематиком, нема неопходне и довољне усаглашености премда, нема ни колизије. Предочавајући могуће консеквенце таквог стања ствари у пракси, аутор се у раду залаже за измену *status quo-a*.

Кључне речи: ЗУС, ЗУП, предмет управног спора.

1. ОПРОЦЕСНОЈ ВЕЗАНОСТИ(СУКЦЕСИВНОСТИ)УПРАВНЕ И УПРАВНО-СУДСКЕ ПРОЦЕДУРЕ¹ И ТЕЛЕОЛОШКОМ ЈЕДИНСТВУ ЗАШТИТЕ КОЈА СЕ У ЊИМА ПРУЖА

Управни поступак јесте процесноправни однос јавноправног карактера, чију садржину чини одлучивање органа власти о правима, обавезама или интересима странака². Јавноправна компонента управног

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

¹ Опширније о сукцесивности управног и управносудског поступка: З. Р. Томић, „Сукцесивност управне и управносудске заштите“, *Правни живот*, бр.10/2007, 535-546.

² Према чл. 44. Закона о општем управном поступку Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење, у наставку ЗУП): “Странка у управном поступку јесте физичко или правно лице чија је управна ствар предмет управног поступка и свако друго физичко или правно лице на чија права, обавезе или

поступка извире из чињенице да у њему орган јавне власти одлучује (решава) о појединачним правима и обавезама странака заступајући при томе јавни интерес. Потреба заштите јавног интереса у поступку одлучивања о појединачним интересима, детерминисала је природу овога односа као неегалитарног – односа неједнакоправности воља његових учесника. Та неједнакоправност садржана је у више компонената, а једна, уједно и кључна, огледа се у томе да одлука - као финални продукт управног поступка, није резултат сагласности воља, већ израз објективне воље искључиво једне стране – органа поступка. На другој страни је само да ту вољу, као законску истину прихвати.

Међутим, није ретка појава да се странке о чијим се индивидуалним правним ситуацијама одлучивало у управном поступку, са таквом одлуком „не мире“ – сматрајући је супротном закону³. Тада настаје потреба за заштитом од – према држању странака, неправилног (незаконитог или нецелисходног) (не)деловања управе. У управном поступку, заштита се остварује по правним лековима – редовним и/или ванредним, од стране другог, и, по правилу, органа вишег степена. Но, како се та заштита остварује „у крилу“ управе, није искључена могућност да се и при њеном пружању испољи добро познати „менталитет“ управе или, да управа у поступку пружања заштите просто погреша.

Сходно изнетом, потреба за заштитом у овом стадијуму управне процедуре нужно не престаје, иако фаза по правним лековима представља њено окончање. Наставак пута правне заштите, поред субјективног елемента - осећаја неостварене заштите са аспекта незадовољних странака, трасирала је и објективна спознаја ограничености чисто управне заштите, чинећи нужним да се она (заштита) са чисто управног „пресели“ на неуправни (изван управе) терен. Могуће решење виђено је у поверавању улоге „чуvara законитости управе“ - што би уједно био и јемац заштите појединачних интереса неостварених у поступку управне контроле, суду као независном и од управе (и њених интереса) у сваком погледу одвојеном органу.⁴ Трагом

правне интересе може да утиче исход управног поступка. Странка у управном поступку може да буде и орган, организација, насеље, група лица и други који нису правна лица, под условима под којима физичко или правно лице може да буде странка, или кад је то законом одређено. „ (ст. 1. и 2.)

³ Већ је давно спозната нарав (неки су рекли „урођени менталитет“) управе да се као заступница јавног интереса олако уме да оглуши о појединачне интересе странака, једноставо их превиди, само када је то „у корист општу“. Нарав (карактер) одређују навике, а учестало понављање датог обрасца понашања даје основа да се исто назове навиком.

⁴ Са чисто организационог аспекта, системи судске контроле управе могу се разврстати у две основне групе: једну, у којој је таква контрола поверена редовном судству и другу, у којој спадају они који су искључиво за потребе контроле управе основали

тих размишљања рођена је судска контролаправилности рада управе. Поступак по коме је судови остварују претежно је законски кодификован⁵ и представља процедуру решавања управних спорова.

Закон о општем управном поступку и Закон о управним споровима⁶ као темељи на којима почива сукцесивност управне и управно-судске заштите

Корене(по)везаности управне и управносудске процедуре треба првенствено тражити у законима који их уређују.

ЗУС вели да се управни спор може покренути „против управног акта који је донет у другом степену“⁷, као и „против првостепеног управног акта против кога није дозвољена жалба у управном поступку“⁸.

Дефинишући објекат управносудске заштите, ЗУС имплицитно, али врло јасно потврђује тезу о процесној интегралности управне и управносудске процедуре када као предмет управног спора одређује продукт претходно вођене управне процедуре - управни акт. У прилог изнетом сведочи и тачка 2. ст. 1. чл. 26. ЗУС-а, у којој се као разлог одбацивања управносудске тужбе наводи „да акт који се тужбом оспорава не представља акт о чијој се законитости одлучује у управном спору (чл. 3)“, дакле, да сходно ст. 1. чл. 3. ЗУС-а није посреди управни акт⁹. Санкционисање

специјализоване, тзв. управне судове. Вид. З. Р. Томић, *Коментар закона о управним споровима са судском праксом*, Друго допуњено издање, Београд, 2012, 68 -72. Наша држава има богату историју управног судовања које се, током времена, приближавало како појединим огранцима европскоконтиненталног, тако англосаксонском систему, у зависности од тога које је право у датом историјском тренутку вршило претежнији утицај на домаће.

⁵ Има и држава у којима за вршење судске контроле управе нема посебног поступка, већ се контрола обавља према редовној судској процедури од стране редовних судова. Вид. И. Борковић, „Контрола управе путем редовних судова (тзв. англоамерички систем контроле)“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. XVI/78, 13-25; С. Поповић, „Англосаксонски систем судске контроле над актима управе“, *Зборник радова Правно-Економског факултета у Нишу*, Ниш, 1967, 35-51. О потреби да се у нашој земљи контрола управе повери посебним – управним судовима вид.: С. Поповић, „О потреби увођења посебних управних судова у наше право“, *Анали Правног факултета у Београду*, 4/1995, Београд, 1995, 338-349.

⁶ Закон о управним споровима (“Сл. Гласник РС”, бр. 111/2009, даље ЗУС).

⁷ Вид. чл. 14. ЗУС-а.

⁸ Вид. чл. 15. ЗУС-а.

⁹ Поред управних аката, ЗУС као предмет управног спора одређује и друге коначне појединачне акте којима се решавало о праву, обавези или на закону заснованом интересу у погледу којих није одређена другачија судска заштита, као и друге коначне појединачне акте за које је то законом предвиђено. Детаљније о томе у наставку.

управносудске тужбе којом је спор био заподенут противу неког другог, а не управног (или другог ЗУС-о њему уподобљеног) акта, јасно сведочи о везаности управносудске процедуре и управне (а не неке друге) процедуре.

Одређивањем као предмета управног спора и тзв. „ћутање управе“ - ситуацију у којојповодом захтева или уложене жалбе странке, управни поступак није окончан првостепеним, односно другостепеним управним актом - редовним (уобичајеним) предметом управносудске заштите, ЗУС потврђује телеолошку везу између њиме и ЗУП-ом регулисане процедуре, будући да оваквим решењем омогућава да се у управном спору накнадно остваре интереси (циљеви) у погледу којих то није било могуће реализовати у управном поступку¹⁰. Дакле, оно што странке нису успеле да остваре током управног поступка, управни спор би требао да им надомести.

На темељу напред изнетог, има места закључку да је управни спор својеврсни продужетак чисто управне процедуре, те да се у њему правна заштита коју странке нису оствариле (или је нису оствариле у задовољавајућој мери) у управном поступку наставља од стране специјализованог - управносудског органа и по особеном - управносудском поступку.

2. НОРМАТИВНИ НЕСКЛАД ЗУС-а И ЗУП-а ПО ПИТАЊУ ПРЕДМЕТА УПРАВНОГ СПОРА?

Горе изнета констатација да продукт свршеног управног поступка (као и започета а несвршена управна процедура услед које странке нису у могућности да остваре своја законска права) представља повод и узрок за пружање управносудске заштите - услед чега смо управносудску заштиту означили као својеврсан наставак претходно окончаног (или неокончаног) управног поступка, могла би навести назакључивање да све оно што је на самоме концу управног (као и (не)оправдан изостанак истога) стоји на прагу управносудског поступка- чинећи његов почетак и предмет, захтева подробнију анализу. У суштини, ваљало би потражити одговор на питање: **Да ли сваки продукт управног поступка, речју сваки облик управног рада који је резултат управног поступка, представља предмет управног спора?** Постављено питање добија на значају ступањем на снагу ЗУП-а из

¹⁰Уколико Управни суд утврди да разлог изостанка првостепеног или другостепеног акта од стране органа управе није оправдан, он има овлашћење да својом пресудом сам реши управну ствар (чл. 44. ЗУС-а). Могућност да непосредно реши управну ствар - у ситуацији када сматра да би поводом тужбе спорни акт требало поништити а природа ствари и утврђено чињенично стање му то дозвољавају, Управни суд има и поводом реално постојећег, тужбом нападнутог (у)правног акта (чл. 43 ЗУС-а).

2016. будући да се њиме прописује спровођење управног поступка и за неке друге облике управне активности изузев класичне форме решавања управне ствари – доношењем управног акта.

2.1. Предмет управног спора према ЗУС-у

Локацијски, предмету управносудске заштите посвећен је најпре чл. 3. ЗУС-а, у коме се каже да у управном спору суд одлучује о законитости:

- 1) управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита;
- 2) коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу, у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита;
- 3) других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено.¹¹

¹¹ У односу на свог претходника (Закон о управним споровима из 1996. године - "Службени лист СРЈ", бр. 46/96), актуелни битно проширије предмет спора тиме што у исти осим управних аката, што је било претходеће решење, уврштава и : 1. друге коначне појединачне акте којима се одлучује о правима, обавезама и на закону заснованим интересима у погледу којих није предвиђена другачија судска заштита; 2: друге коначне (нерешевајуће) појединачне акте када је то законом предвиђено. Проширењем предмета управног спора шире се границе судске контроле управе. Њоме се захвата више "управне делатности" па је логично да је мањи део који јој измиче. Такво стање ствари погодује странци из управног поступка јер је на линији свеобухватније и потпуније заштите њених права и интереса. У циљу објективнијег сагледавања „ширине“ објекта управносудске заштите у домаћем правном систему, осврнућемо се на пар компаративноправних решења. У немачком систему управног спора под судску контролу спадају не само акти управних органа, него и акти које доносе законодавни и судски органи у вршењу управне функције. М. Стојановић, *Судска контрола аката управе* - Аустрија, Енглеска, Француска, Италија, Савезна Република Немачка, Сједињене Америчке Државе -, Београд 1963, 95-96. У чл. 40. ст. 1. немачког Закона о управном судству из 1960. године (Verwaltungsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt I, s. 102/2003. и 718/2004) наводи се да је управно-судска заштита могућа: " ...у свим јавно-правним споровима, који нису уставно-правног карактера, уколико савезним законом решавање тог спора није стављено у надлежност неког другог суда." Као пример екстензивно постављеног објекта управносудске заштите може се узети и хрватски Закон о управном спору ("Народне новине", бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16 и 29/17) који као предмет управног спора предвиђа: „оцјену законитости појединачне одлуке којом је јавноправног тјело одлучило о праву, обавези или правном интересу странке у управној ствари (управни акт) против које није допуштено изјавити редовити правни лијек; оцјену законитости поступања јавноправног тјела из подручја управног права којим је повређено право, обавеза или правни интерес странке против којег није допуштено изјавити редовити правни лијек; оцјену законитости пропуштања јавноправног тјела из подручја управног права да у законом прописаном року одлучи о праву, обавези или правном интересу или редовитом правном лијеку странке односно да

У чл. 3. ЗУС-а, премда ословљеном са „Предмет управног спора“, предмет домаћег управног спора ипак није у целости садржан. Поткрепљење за изнету констатацију налазимо у садржини одељка IV, насловљеног једнако са „Предмет управног спора“ у коме сепредмет дат у чл. 3. ЗУС-а¹² допуњује са:

а) “ћутањем управе - кад надлежни орган о захтеву односно жалби странке није донео управни акт, под условима предвиђеним овим законом (чл. 15.) и б) захтевом за повраћај одузетих ствари и накнаду штете која је тужиоцу нанета извршењем акта који се оспорава (чл. 16).

2.2. Предмет управног спора према ЗУП-у (*de facto*)

За разлику од ЗУС-а као матичног, ЗУП не садржи директне норме о предмету управног спора. Међутим, околност да у односу на важећи ЗУС суштински другачије уређује поједине институте - иначе стубове управно-процесног права, није без утицаја на објекат управносудске заштите. У наставку, изложићемо солуције важећег ЗУП-а чија релевантност на предмет управног спора није упитна.

Према ст. 1. чл. 2. ЗУП-а: *”Управна ствар, у смислу овог закона, јесте појединачна ситуација у којој орган, непосредно примењујући законе, прописе и друге опште акте, правно или фактички утиче на положај странке тако што доноси управне акте, доноси гарантне акте, закључује управне уговоре, предузима управне радње и пружа јавне услуге.”* Са становишта важећег ЗУС-а: *“Управна ствар је појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди.”*¹³

поступи према пропису;оцјену законитости склапања, раскидања и извршавања управног уговора. „ У аустријском систему управног спора предмет је одређен видно уже у поређењу са наведеним система. Према чл. 132. Аустријског федералног Устава спору тужбом је могуће побијати управни акт и пропуштање јавноправног тела да га у предвиђеном року донесе.

¹² Упоредивањем садржинеодредбичл. 3. и оних из чл. 14., 15. и 16., није најјасније због чега је у ЗУС-у дошло до својеврсног “дуплирања” норми које одређују предмет спора. Ако је чл. 3. одређен предмет управног спора (због чега је тако исти члан и именован) остаје дилема у погледу сврхе поновног одређивања предмета спора у засебном одељку(IV) у коме се чл. 3. понавља али не потпуно већ само делимично! (вид. чл. 14.) али и допуњује новим, њиме необухваћеним врстама предмета. Чему та конфузност? Није ли правнотехнички било исправније, а и са становишта процесне економичности закона оправданије, да се предмет целовито, у потпуности одреди на једноме месту? Држимо да не би било згорег послушнути ове сугестије при реформисању постојећег или евентуално доношењу новог закона.

¹³ Вид. чл. 5. ЗУС-а.

Између цитираних дефиниција очита је разлика, како квалитативне тако квантитативне природе¹⁴. За нас је нарочито интересантна ова друга, а опет, она је реперкусија прве. Речју, у ЗУС-овом одређењу, апострофира се као једно од кључних, обележје ауторитативности управне ствари. Консеквентно њему, продукт решене управне ствари је само акт ауторитативног (и решавајућег) карактера- управни акт. Управо тај и такав - управни акт, чини главнину предмета управног спора према правилима важеће управносудске процедуре.

Дефиниција ЗУП-а међутим, изоставља ово обележје управне ствари. Ине само да га изоставља (не спомињући га) већ га прећутно деградира превиђајући као управну ствар и ситуацију у којој “...орган правно¹⁵ или фактички утиче на положај странке”¹⁶.

Изостављањем ауторитативности као конститутивног елемента бића управне стваривишеструко је нарастао обим управних ствари. Ово, стога што карактер истих по ЗУП-у више немају само “појединачне неспорне ситуације од јавног интереса у којима непосредно из правних прописа произалзи потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди”. Неутралисањем ауторитативности¹⁷ као битног обележја управне ствари,

¹⁴ Наспрам домаћег, више усаглашености између стубова управно-процесног права, налазимо у црногорском праву. Према чл. 2. Закона о управном спору Црне Горе (“Сл. лист ЦГ”, бр. 54 од 15. августа 2016): “У управном спору суд одлучује о законитости управног акта, као и друге управне активности којом се утврђује или на други начин утиче на права, обавезе и правне интересе физичког или правног лица...” а, према чл. 2. Закона о управном поступку (Закон о управном поступку (“Сл. лист ЦГ”, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017): „Управна ствар је свака конкретна ситуација у којој јавноправни орган управним актом одлучује или другом управном активношћу утврђује или на други начин утиче на права, обавезе или правне интересе физичког лица, правног лица или друге странке...”.

¹⁵ У погледу управног уговора - управне активности којом се правно утиче на положај странке, упитно је постојање ауторитативности, бар оне схваћене у класичном смислу. Искрпније о управном уговору у домаћем правном систему, вид: З. Р. Томић, „Управни уговори, елементи правног режима у Србији“ *Правни живот*, бр. 10/2017, 249-265.

¹⁶ Као пример фактичког утицаја на положај странке може се навести управна активност пружања јавних услуга. При њеној реализацији никако не може бити реч о ауторитативности на страни органа који је пружа.

¹⁷ Тубљење ауторитативности као конститутивног елемента управне ствари у складу је са измењеним схватањима о улози управе. Она се већ дужи временски период не посматра искључиво као инструмент власти (који заповеда, забрањује, овлашћује,...), већ више као систем јавних служби који дела у функцији општег благостања (добробити) заједнице. О преображају улоге управе вид. више у : Л. Диги, *Преображају јавног права*, Београд, 1929. Такође, оно је у складу са реформским процесима јавне управе који теже савременој “клијентно оријентисаној” управи насупротој крутој, на потребе грађана неосетљивој, бирократској, управи која је сама себи била циљ. Више о концепту

карактер управне ствари попримио је већи број управних активности (делатности) појединачне али махом неауторитативне природе. Тако је нови ЗУП управном ствари крстио активност органа приликом доношења гарантног акта¹⁸, закључивања управног уговора¹⁹, предузимања управних радњи²⁰ и пружања јавних услуга^{21,22}.

Неподударање ЗУП-а и ЗУС-а, или, боље речено, својеврстан раскорак међу њима у дефинисању једног од кључних института управног права -

услужно оријентисане управе: С. Лилић, *Државна управа –инструмент власти или јавна служба*, Упоредна искуства државних управа, Београд, 2003, 45.

¹⁸Гарантни акт је писани акт којим се орган обавезује да, на одговарајући захтев странке, донесе управни акт одређене садржине (чл. 18. ЗУП-а). Опширније о институту гарантног акта: З. Р. Томић, Ђ. Блажић, *Коментар закона о општем управном поступку Црне Горе*, Подгорица, 2017, 179-183.

¹⁹ Управни уговор је двострано обавезан писани акт који, кад је то посебним законом одређено, закључују орган и странка и којим се ствара, мења или укида правни однос у управној ствари (чл. 22. ЗУП-а). Теорија управног права обилује схватањима института управног уговора. Из тог обиља, понудићемо само нека: У питању је посебна категорија правних аката која, „...идејно вуче свој корен из уалистичке деобе права на јавно и приватно, те да би управни уговор имао бити на подручју јавног права, оно што је уговор на подручју приватног права.” И. Крбек, *Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, 1959, 382; “Административни уговор (<<contrat administratif>>) је онај средњи пут којим би требале бити изражене предности и мањкавости управног акта и уговора, али пут који је смјештен у сферу јавног права.” В. Иванчевић, *Институције управног права*, Књига I, Загреб, 1983, 242.; ”Постоје сложени друштвени односи у којима учествује управа а који се не могу у целини правно регулисати ни управним (ауторитативним) актом, ни уговорним (неауторитативним) актом, па је у том циљу потребно комбиновати оба акта да би се дошло до финалне сврхе. Реч је о <<интерференцији>> ауторитативних и неауторитативних аката у сложеним друштвеним односима, односно о ситуацији када управни акт и уговор делују на исти предмет и тако утичу један на други.” П. Димитријевић, *Управно право – општи део*, Ниш, 2014, 297.

²⁰ Управне радње су материјалне радње органа који утичу на права, обавезе и правне интересе странака, као што су вођење евиденција, издавање уверења, пружање информација, примање изјава и друге радње којима се извршавају управни акти (чл. 27. ЗУП-а).

²¹ Под пружањем јавних услуга сматра се обављање привредне и друштвене делатности, односно послова за које је законом утврђено да се врше у општем интересу, којима се обезбеђује остваривање права и правних интереса, односно задовољавање потреба корисника јавних услуга, а који не представљају други облик управног поступања (чл. 31. ЗУП-а).

²² Према.: Н. Миленковић, *Правна средства у управном спору* (докторска дисертација), Ниш, 2020, 80-81.

појма управне ствари²³, нужно ствара низ импликација на терену управног спора, превасходно при одређивању његовог предмета. Ако се пође од раније изнете тезе да је предмет управног спора акт донет у решавању управне ствари, то би имплиците подразумевало да шире одређена управна ствар по логици ствари упућује на шире постављен предмет управног спора²⁴. Да ли је то у важећем управно-процесном праву случај?

Како се по слову ЗУП-а поступањем у управној ствари сматра (и) фактички (неправни) и правни утицај на положај странке лишен својства ауторитативности, а према ст. 1. чл. 3. важеће управне процедуре: „*Овај закон примењује (се) на поступање у свим управним стварима*“, следило би, имплиците, да је о решавању управних ствари према правилима управне процедуре, реч не само онда када је орган као резултат спроведеног поступка донео управни акт, већ једнако, и када је донео гарантни акт, закључио управни уговор, предузео управну радњу или пружио јавну услугу. Све су то управне активности предузете у управним стварима²⁵. Питање које неминовно следи јесте: ДА ЛИ ЈЕ У СВИМ ТИМ, ОДНОСНО ПОВОДОМ СВИХ ТИХ УПРАВНИХ СТВАРИ, МОГУЋЕ ПОВЕСТИ УПРАВНИ СПОР? Речју, могу ли све оне (управне активности) сматрати предметом управног спора? Уколико је одговор на постављено питање потврдан, из тога би се следило да је ЗУП „проширио“ предмет управног спора. У томе случају, нужно је осврнути се на основ тог проширења.

Став ЗУС-а по овом питању чини се, бар на први поглед, недвосмислен. Предмет управног спора одређен је јасно, и премда није дата исцрпна листа свих аката²⁶ противу којих би се могла активирати управносудска заштита, децидно је одређена форма управног рада која има одредницу предмета управног спора - управни акт. Изузев управног акта, домаћи законодавац не предвиђа ни један други вид управног рада као објекат управносудске заштите²⁷. На надлежном управносудском органу је само да утврди има ли акт који се тужбом настоји побити квалификатив

²³ О утицају који одређење појма „управне ствари“ има на друге појмове управног права, вид.: Н. Бачанин, „Закон о управним споровима и управна ствар“, *Правна мисао у срцу Шумадије*, Крагујевац, 2012, 435-448.

²⁴ *Ibid.*, 77.

²⁵ Вид. ст. 1. чл. 2. ЗУП-а.

²⁶ Мисли се на коначне појединачне акте којима је решавано о праву, обавези или на закону заснованом интересу странке у погледу којих није предвиђена другачија судска заштита, односно на друге коначне појединачне акте у погледу којих је то законом предвиђено.

²⁷ За разлику од примерице француског права у коме се у управном спору могу поред појединачних једнако оспоравати и општи подзаконски акти управе. Могућност побијања подзаконских аката управе познаје и хрватско право.

управног²⁸ или другог, са њимеуподобљеног. Уколико се утврди да има, управносудска тужба је правоваљана, уперена против правом признатог објекта и заштита се у управном спору не може одбити. У случају пак, да се од надлежног органа спорни акт не оквалификује као управни, а ни као акт из ст. 2. и 3. чл. 3. ЗУС-а, заштита се сходно т. 2. ст. 1. чл. 26. одриче.

Када бисмо се на анализи предметнога питања овде задржали, одговор на горе постављено питање био би са аспекта норми ЗУС-а свакако одричан.

Међутим, уколико подробније анализирамо акте из ст. 2. и 3. чл. ЗУС-а - као управном акту једнаке елементе предмета управног спора, покушавајући да их доведемо у везу са решењима важећег ЗУП-а, исход би могао бити и другачији.

Како је већ речено, ЗУС као предмет управног спора признаје и друге коначне појединачне акте којима је одлучивано (решавано) о праву, обавези или законском интересу, као идруге коначне појединачне акте. ЗУС те - коначне и појединачне акте, истина не именује. У погледу њих видљиво је *prima facie* само то да су посреди решавајући (из ст. 2. чл. 3), односно нерешавајући (из ст. 3. чл. 3) коначни и појединачни акти који немају квалификатив управних аката. Крију ли, иза тих другихаката (из ст. 2. и 3. чл. 3. ЗУС-а)ЗУП-ом новоуведене управне активности изван управног акта - будући да су посредством приговора нападљивежалбом, а потом -како је одлука донета по жалби у управном поступку коначна (другостепена) - и управносудском тужбом?

Заштиту странака од неправилности приликом предузимања управних активности изван управног акта („управна поступања“) законодавац је обезбедио увођењем новог средства заштите - приговора. Према ст. 1. чл. 147. ЗУП-а: *“Приговор може да се изјави због неиспуњења обавеза из управног уговора (чл. 25. овог закона), због управне радње (чл. 28. овог закона) и због начина пружања јавних услуга (чл. 32. овог закона), ако не може да се изјави друго правно средство у управном поступку“*. Решење донето по уложеном приговору представља класичан првостепени управни акт на који се, у складу са чл. 150. по правилу, може изјавити редован правни лек - жалба²⁹. Против решења по жалби - како је у питању класичан другостепени управни акт, могуће је повести управни спор³⁰.

²⁸ Поред законског одређења појма управног акта (чл. 4. ЗУП-а), велики доприноси управносудским органима у расветљавању његова појма у практичном раду, дали су теоретичари управноправне науке апстраховањем конститутивних елемената које управни акт мора поседовати. Илустрације ради, издвајамо.: С Поповић, Управно право општи део, Београд, 1989, 408- 490; В. Бачић, З. Р. Томић, *Коментар закона о управним споровима, Београд, 1989, 77.*

²⁹ Овде је посреди дуплирање редовне управне заштите будући да се приговор, премда свакад ремонстративне (не деволутивне) природе, иначе не својствене класичном

Summa summarum, новоуведене управне активности (поступања) ЗУП није директно учинио директним предметом управног спора, већ је управносудску заштиту поводом њих успоставио „заобилазним путем“ - путем приговора³¹. Имајући у виду да је до ширења предмета управносудске заштите дошло под утицајем норми друге - управне процедуре, овде је неизоставно поставити питање правног основа таквога (про)ширења. Два су могућа правна основа таквог проширења³².

Највиши и уједно најопштији правни основ (извор) тог проширивања, бар у погледу гарантних аката као појединачних, и управних уговора као појединачних двострано обавезних правних послова/аката, назире се у ставу 2. чл. 198. Устава РС³³ који предвиђајући да: “Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на законом заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита.” омогућава ширење предмета управног спора (ван ЗУС-овог одређења) на сваки решавајући појединачни акт лишен друге, односно другачије судске заштите Уистину, питање “решавајућег дејства” гарантног акта спорно је и дискутабилно³⁴.

редовном правном леку - жалби (не само у управном поступку), законом квалификује као редовно средство с позивом на чињеницу да се изјављује против управне активности која нема (не може имати) својство коначности.

³⁰Упор. З. Р. Томић, *Коментар закона о општем управном поступку са судском праксом и регистром појмова*, Друго преправљено и знатно допуњено издање, Београд, 2019, стр. 600.

³¹ Тиме је значајно проширена област управног рада која подлеже управносудској контроли - што са позиције странке као неравноправног учесника управног поступка има предности. Такође, овакво решење је на линији препорука за унапређење управносудске заштите. Вид.: Recommendation Rec (2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805db3f4>

³² *Ibid*, 388 и даље.

³³ Устав Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 98/2006).

³⁴ Он ће се тек издавањем управног акта на основу његове (гарантног акта) садржине оплеменили “решавајућим дејством” но, то је заправо дејство следећег управног а не њему претходећег гарантног акта. Непосредно решавајући карактер има тек управни акт а не и сам гарантни акт на темељу кога је овај првонаведени донет. Може се само условно и са резервом говорити о његовом “будућем решавајућем дејству” чије је оваплоћење условљено: 1. испуњењем законских услова за стицање (признање) конкретног права и 2. подношењем благовременог захтева странке за издавање управног акта. Сажетије, о решавајућем правном дејству гарантног акта могуће је говорити у смислу да је њиме унапред одређена садржина (начин решавања управне ствари) будућег управног акта. Детаљније о овој теми: Н. Миленковић, *op. cit.*, 81.

Законски правни основ ЗУП-овог проширења дат је у упућујућој одредби става 3. чл. 3. ЗУС-а која каже да: “Суд у управном спору одлучује и о законитости других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено.” Језичком интерпретацијом цитиране законске одредбе, увиђамо да нижи, законски основ, за разлику од вишег, уставног, не инсистира на “решавајућем дејству” коначног појединачног акта, те пружа могућност релаксиранијег проширивања предмета управно-судске заштите. Следом реченог, чини се да је управо он био *ratio legis* новоме ЗУП-у у начињеном проширењу предмета управног спора³⁵.

3. ПОТЕНЦИЈАЛНИ ЕФЕКТИ НОРМАТИВНОГ РАСКОРАКА У ПРАКСИ КАО УЗРОК НЕУЈЕДНАЧЕНЕ И АРБИТРЕРНЕ ПРАКСЕ

Очито је, из претходног поглавља, да значајно квантитативно проширење³⁶ предмета управносудске заштите учињено актуелним ЗУП-ом, није лишено правног основа. Штавише, утемељено је на правна извора. Међутим, до таквог закључка дошло смо тумачењем, а тешко је оспорити чињеницу да, свако тумачење, колико год поуздани и научно проверени били методи на којима почива, није ослобођено субјективне компоненте тумача. Ако се изнето примени на оне који у пракси примењују ЗУС, прецизно и недвосмислено нормативно уређење питања предмета управног спора – разуме се, матичним законом, било би од велике користи: 1) за странке, особито оне невичне праву, које, иако можда оштећене неком од „посредно новоуведених врста предмета управног спора“ исти не покрећу не знајући да за то имају правну могућност³⁷; 2) за постизање што уједначеније праксе у раду судија и одељења Управног суда, нарочито, имајући у виду да су у питању новитети који тек имају да заживе на терену домаћег управносудског процесног права.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА (Прилог реформи)

На темељу извршене анализе релевантних одредби ЗУС-а и ЗУП-у, које се директно односе или посредно тангирају предмет управног спора, закључујемо да међу њима нема колизије. Ово стога што одредбе ЗУП-а

³⁵ У вези са раније реченим по питању „решавајућег дејства“ гарантног акта, ценимо да ово посебице вреди управо у погледу њих.

³⁶ Суштински проузроковано квалитативним узроком - суштински измењеном концепцијом управне ствари у важећем ЗУП-у.

³⁷ Речено додатно вреди ако се обзир узме чињеница да у домаћем праву није обавезно заступање у управном спору.

којима је објекат управносудске заштите несумњиво проширен нису без правног утемељења, већ напротив, имају извориште у највишем правном акту, као и у самоме ЗУС-у. Ипак, једно питање таквог правног и социјалног значаја, какво је питање одређивања објекта једне врсте правне заштите, ценимо захтева далеко више усаглашености свих норми које се на њега, директно или индиректно односе.

Особито имајући у виду обим ЗУП-ом постигнутог ширења управносудске заштите, сматрамо да то проширење - упркос чињеници да се предмет управносудске заштите управо по ЗУС-ом одобрењу може ширити унапред неограниченим бројем закона, те на то надовезујућој чињеници да би правно-техничка економија ЗУС-а уношењем свих тих потенцијалних ширења предмета у њему, поприлично претрпела (ако не и била озбиљно доведена у питање) - завређује да се нађе у одредбама матичног закона посвећеним питању одређења предмета управног спора.

Сходно реченом, ценимо да би било корисно да у будућој реформи управносудске процедуре питање предмета управног спора буде редефинисано, у складу са фактичким стањем чије је темеље (ус)поставио ЗУП.

Имајући у виду раније изнете напомене у вези са „дуплирањем“ чланова у којима се дефинише предмет управног спора, ценимо да би у новом или реформисаном ЗУС-у, на место чл. 3., 14., 15. и 16. важећег закона, у једноме члану на свеобухватан начин требале бити обухваћене све врсте предмета. Такав члан могао би да гласи:

У управном спору суд одлучује о законитости:

1) коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита;

2) коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на законом занованом интересу у погледу којих законом није предвиђена другачија судска заштита;

3) гарантних и других коначних појединачних аката, када је то законом предвиђено;

4) склапања, извршења и раскида управних уговора;

5) предузимања управних радњи и пружања јавних услуга а којима се правно или фактички утиче на положај странке;

6) пропуштања надлежног јавноправног органа да у предвиђеном року одлучи о захтеву односно редовном правном леку странке, односно, поступи по пропису³⁸.

³⁸ Упор. Н. Миленковић, *op. cit.*, 82-83.

Nevena MILENKOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

SUBJECT OF ADMINISTRATIVE DISPUTE IN DOMESTIC ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW

Summary

In this article, the author's attention is intent towards the normative regulation of the subject of administrative dispute. The issue of an administrative dispute - the most effective mechanism of judicial protection of individual rights and obligations of the parties from the administrative procedure, but also objective legality, is defined by the main - the Law on Administrative Disputes. (And) In addition, the de facto (re)arrangement of this issue had started by the new Law on General Administrative Procedure. As the scope and quality of administrative-judicial protection largely depend on how the given issue is resolved, with primary reliance on the dogmatic methods although, without neglecting other relevant ones, the author analyzes in detail the norms dedicated to the given issue at the mentioned valid legal acts. Starting from the thesis on the essential integrity of administrative and administrative-judicial protection - based on the laws governing them, the author believes that at the normative level - among the rules that deal with the issue in the mentioned legal acts, there is no necessary and sufficient harmonization, although there is any conflict. Presenting the possible consequences of such a state of affairs in practice, the author advocates a change in the status quo.

Keywords: *Law on Administrative Disputes, Law on Administrative Procedure, subject of administrative dispute.*

ЛИТЕРАТУРА

Бачанин Н., „Закон о управним споровима и управна ствар“, *Правна мисао у срцу Шумадије*, Крагујевац, 2012, 435-448.

Бачић В., Томић З. Р., *Коментар закона о управним споровима*, Београд, 1989.

Борковић И., „Контрола управе путем редовних судова (тзв. англоамерички систем контроле)“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. XV/78, 13-25.

Диги Л., *Преображају јавног права*, Београд, 1929.

Димитријевић П., *Управно право – општи део*, Ниш, 2014.

Иванчевић В., *Институције управног права*, Књига I, Загреб, 1983.

Крбек И., *Основи управног права ФНРЈ*, Загреб, 1959.

Лилић С., *Државна управа – инструмент власти или јавна служба*, Упоредна искуства државних управа, Београд, 2003.

Миленковић Н., *Правна средства у управном спору* (докторска дисертација), Ниш, 2020.

Поповић С., „Англосаксонски систем судске контроле над актима управе“, *Зборник радова Правно-Економског факултета у Нишу*, Ниш, 1967, 35-51.

Поповић С., „О потреби увођења посебних управних судова у наше право“, *Анали Правног факултета у Београду*, 4/1995, Београд, 1995, 338-349.

Стојановић М., *Судска контрола аката управе - Аустрија, Енглеска, Француска, Италија, Савезна Република Немачка, Сједињене Америчке Државе -*, Београд 1963.

Томић З. Р., „Сукцесивност управне и управносудске заштите“, *Правни живот*, бр.10/2007, 535-546.

Томић З. Р., *Коментар закона о управним споровима са судском праксом*, Друго допуњено издање, Београд 2012.

Томић З. Р., „Управни уговори, елементи правног режима у Србији“, *Правни живот*, бр. 10/2017, 249-265.

Томић З. Р., Блажић Ђ., *Коментар закона о општем управном поступку Црне Горе*, Подгорица, 2017.

Правни извори

Устав Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 98/2006).

Закон о општем управном поступку Републике Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 18/2016 и 95/2018 - аутентично тумачење).

Закон о управним споровима Републике Србије (“Сл. Гласник РС”, бр. 111/2009).

Закон о управним споровима СРЈ из 1996. године - “Службени лист СРЈ”, бр. 46/96).

Закон о управном спору Хрватске (*“Народне новине”*, бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16 и 29/17).

Закон о управном судству Немачке из 1960. године (Verwaltungsverfahrensgesetz, Bundesgesetzblatt I, s. 102/2003. и 718/2004

Закон о управном спору Црне Горе (*“Сл. лист ЦГ”*, бр. 54 од 15. августа 2016).

Закон о управном поступку Црне Горе (*“Сл. лист ЦГ”*, бр. 56/2014, 20/2015, 40/2016 и 37/2017).

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

Recommendation Rec (2004)20 of the Committee of Ministers to member states on judicial review of administrative acts <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016805db3f4>

Јована ПЕТРОВИЋ*

3.072.1(4)

ЕВРОПСКИ ПРИНЦИПИ ЈАВНЕ УПРАВЕ И НАЧЕЛА ДОБРОГ ЈАВНОГ УПРАВЉАЊА (GOOD GOVERNANCE)

Апстракт: Без добре управе нема транспарентних и одговорних грана власти, као ни независних институција. Побољшање интегритета и ефикасности јавних управа један је од основних циљева. Адекватно вођена и професионална јавна управа, уз планирање и координацију политика, поуздане административне процедуре и унапређено финансијско управљање у јавном сектору од пресудног су значаја за функционисање државе. Добро управљање и функционална јавна управа кључни су за изградњу и одржавање поверења у владу, као и за стварање неопходних структурних реформи којима се побољшавају животни стандарди у друштву. Принцип добре управе је принцип рада савремене јавне управе којим се тежи да се грађанима пружи већа сигурност у њиховим односима са државом и њеном управом, односно њеним функционерима и службеницима, кроз успостављање додатних правила и принципа њиховог понашања према грађанима и јавности уопште. Принципи јавне управе почивају на стратешком оквиру реформе јавне управе, изради и координацији политика, јавној служби и управљању кадровима, одговорности, пружању услуга и управљању јавним финансијама. Модернизација управе, усвајање и увођење у живот европских принципа, вредности и стандарда, ради примене комунитарног права, један је од кључних задатака за нашу земљу. Стога предмет анализе овог рада су управо европски принципи и вредности, као и начела доброг управљања, изложена у наставку.

Кључне речи: *добра управа, управно деловање, добро управљање, принципи добре управе, право на добру управу.*

1. КОНЦЕПТИ ДОБРОГ УПРАВЉАЊА И ДОБРЕ УПРАВЕ, ГЛАВНИ АСПЕКТИ И ЕЛЕМЕНТИ

Од настанка савремене правне државе до данас, управа је као динамичка појава која се стално мења и развија, прошла неколико фаза. Од концепта „управе као власти“ који је полазио од односа надређености

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, jovana.petrovic@pr.ac.rs

државних органа према грађанима до преображаја концепта јавног права који је довео до схватања да се управа посматра као „сервис грађана“ и јавна служба, а касније и регулатор друштвених процеса. Овај „преображај“ је подразумевао да јавна управа обавља своје послове првенствено вршењем одговарајућих услуга и делатности од интереса за све грађане, старањем о стању у одређеним областима, односно подстицањем и усмеравањем развоја у њима и обликовањем јавних политика у интересу грађана.¹ То је подразумевало и значајно ширење „организације“ јавне управе. Овај преображај, довео је и до потребе да управа „као сервис грађана“, обавља управне послове у складу са правилима о добром и уредном вршењу управе, а неправилност понашања која су супротна тим правилима односно све оно што се подразумева под „лошом управом“ мора да буде елиминисано и спречено. Лоше поступање, не мора нужно да значи да је оно и незаконито. Међутим, развој демократије је захтевао, да рад управе буде не само законит (легалан) већ и легитиман са становишта друштвене оправданости. Зато се у савременој правној држави тражи не само законитост поступања јавне управе већ и правилност, односно пракса праведног, пристојног и доброг поступања управе, која је антипод њеног лошег поступања. Велики значај у контроли правилности рада органа управе и искорењивању лоших пракси поступања према грађанима, као и у формулисању принципа доброг и правилног поступања, њиховој афирмацији и указивању на њихово кршење, има Омбудсман. Ова институција се показала као орган који ефикасно „продире“ у зачаране бирократске кругове и ефекти рада овог независног државног органа у искорењивању пракси лоше управе постају све значајнији.²

Good governance, као појам и принцип, не пружа јединствену дефиницију нити има универзално значење, овај флексибилни модел за унапређење привредне, управне ни друге организације објашњава се контекстуално у области у којој се примењује. Принцип доброг управљања је свакако организацијски појам, применљив на елементе организације јавне управе, усмерен на јачање управљачке политике и отклањање слабости у функционисању јавне управе³. Примена принципа “good governance” не значи реорганизацију јавне управе, већ редизајнирање метода рада постојеће организације у циљу унапређења њене целокупне функционалности.

¹ Д. Миленковић, *Савремене теорије и модерна управа*, Факултет политичких наука у Београду, Чигоја штампа, Београд, 2019, стр. 178.

² М., Давинић, *Европски омбудсман и лоша управа (maladministration)*, Докторска дисертација (необјављено), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008, стр. 110.

³ *The Independent Commission for Good Governance in Public Services, The Good Governance Standard for Public Services*, OPM&CIPFA, 2004, стр. 1

Појам добро управљање односно добра владавина данас нарочито промовишу велике организације, као што су Уједињене нације⁴, Европска Унија, и друге организације. Најпре је, као једно од основних права грађана Уније признато Повељом о основним правима Европске уније⁵ (right to good administration). На основу члана 41. ове Повеље закључује се да принцип добре управе подразумева непристрасност, правичност и благовременост приликом обављања послова које су у надлежности институција и органа Европске уније. Право на добру управу укључује и право сваког грађанина ЕУ да буде саслушан пре него што било какве мере буду спроведене над њим, право на приступ информацијама и обавезу органа да образложи сваку своју одлуку. Европска унија је 2000. године прогласила реформу управљања једним од своја четири стратешка циља. Резултат рада на том приоритету Европске комисије, била је Бела књига о европском управљању, објављена 25 јула 2001. године. Овај документ предлаже следећу дефиницију појма доброг управљања: „Појам управљања означава правила, поступке и понашања који утичу на вршење власти на европском нивоу, посебно у смислу отворености, учествовања, одговорности, ефикасности и кохерентности.“⁶ И Комисија УН за људска права бави се унапређивањем јавног управљања у смислу постизања добре владавине и поштовања владавине права.⁷

2. ЕВРОПСКИ АДМИНИСТРАТИВНИ ПРИНЦИПИ

Мера у којој европске вредности и принципи инспиришу домаће законодавство показује колико је земља способна да ефективно примењује комунитарно право и тиме испуни основни услов за прикључење ЕУ. Стога је један од задатака за нашу земљу, прихватање и имплементација

⁴ Економска и социјална комисија УН за Азију и Пацифик – *UNESCAP* објашњава добру владавину као јавно управљање које имао сам главних одлика: 1. подстиче учешће (партиципаторно); 2. усмерено ка стварању сагласности; 3. одговорно; 4. јавно; 5. реагује на различита мишљења; 6. делотворно и ефикасно; 7. равномерно и неискључиво; *United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific*, <http://www.unescap.org/>.

⁵ Повеља о основним правима Европске уније усвојена је 2000. године (Ничанска повеља). Постоје два текста Повеље о основним правима – из 2000. и 2007. године. Прва верзија објављена је у О.Ј.2000 С 364/01, а друга О.Ј. (С 303) 2007.

⁶ Тзв. Бела књига је документ Европске комисије који садржи предлоге будућих активности Заједнице. Бела књига понекад следи Зелену књигу, коју Комисија објављује да би почела процес саветовања о одређеним питањима. Документ доступан на интернет адреси:

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf, 04. 08. 2021.

⁷ Видети: Commission on Human Rights resolution 2000/64, *The role of good governance in the promotion of human rights*, 6th meeting, 26 April 2000.

заједничких управних вредности, принципа и стандарда. Скупних вредности, критерија, стандарда и регулаторних инструмената чини Европски управни простор. Доношење закона и других прописа и њихова примена без дискриминације по ма ком основу ускладу са нашим правним и културним окружењем које чини не само домаћа традиција и култура већ и Европски управни простор, услов је за стварање савремене, професионалне државне управе, способне да служи ефикасно свим грађанима.⁸ Европски административни простор не замењује домаће управно право, већ настаје као наднационална структура са којом конкретни национални систем и управног права треба да се ускладе.⁹

Када говоримо о Европском административном (управном) простору, важно је истаћи да је сам појам развијен као последица програма помоћи под називом СИГМА (*SIGMA—Support for Improvement in Governance and Management in Central and Eastern European Countries*). Овај програм представља заједничку иницијативу Европске уније и ОЕЦД, а превасходно се финансира од стране Европске уније. СИГМА је агенција, која у име Европске уније обавља одређене задатке који се превасходно тичу професионализације и модернизације јавне управе, а чине је тимови стручњака из разних земаља. СИГМА у документу бр. 27 под називом „Европски принципи за јавну управу“ издваја сет општих принципа¹⁰ који су се као „производ националних уставних уређења, законодавне активности националних парламената, одлука националних надлежних управних органа и пресуда националних судова „традиционално дефинисали и редефинисали

⁸ F.Cardona, *Civil services for the European Administrative Space*, Public Management Forum, Vol No. 2, 1999, стр. 4.

⁹ Д. Миленковић, „У потрази за везом између принципа добре управе и појма интерне ревизије“, у: Д. Шупут (ур.): *Добра управа и интерна ревизија*. Институт за упоредно право, Удружење овлашћених интерних ревизора у јавном сектору, Београд, 2012, стр. 11–12.

¹⁰ СИГМА документ (*SIGMA, European Principles for Public Administration*, SIGMA papers: No.27, 1999) издваја опште принципе: а) поузданости и предвидљивости; б) отворености и транспарентности; в) одговорности; г) ефикасности и делотворности – и наводи, али не ограничава, низ посебних принципа (законитости, пропорционалности, заштите легитимних очекивања, једнакости, благовремености поступања, недискриминације, заштите података, доступности информација и др.) којима се дати општи принципи могу конкретизовати и реализовати у пракси њиховом уградњом у уставне и законске акте држава чланица, односно кандидата за чланство ЕУ. И. Лазовић, „*Специфичности државне управе и управљања људским ресурсима у Европској Унији - осврт на републике СФРЈ у ЕУ*“, Администрација и јавне политике, год. IV бр. 3/2018, стр. 20; С. Медар, „*Скица за промишљање општих начела Европске Уније*“, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 71, год. LIV, Ниш, 2015, стр. 179-181.

унутар граница суверених држава"¹¹, а које је као заједничке свим државама чланицама издвојио Европски суд правде. СИГМА је спровела наведену класификацију како би указала кандидатима за чланство у ЕУ којим општим европским принципима би требало да се руководе при спровођењу управних реформи ради ступања у Европски управни простор.¹² СИГМА је основана 1992. године и функционално делује као засебна јединица у оквиру Службе за јавно управљање ОЕЦД. Основна подручја деловања СИГМА су: осмишљавање и примена реформе јавне управе; спољна ревизија; финансијска контрола; законски оквир, јавна служба, правосуђе; осмишљавање мера политика и координација; управљање јавним расходима; систем јавног интегритета; јавне набавке; регулаторне политике боља регулација¹³.

Административни принципи нису само идеје засноване на доброј вољи јавних службеника и њиховој слободној интерпретацији правних норми. Уграђени су у опште и посебне управне поступке и административну процедуру на свим нивоима управе. Начела и стандарди Европског управног простора, немају карактер *ius cogens*, нити су обавезни. Међутим, од великог су значаја за сваку земљу чланицу или претендента на чланство. Пресудну улогу у формулисању административних принципа Европске Уније, има Европски суд правде, који је током дугогодишњег рада прихватио велики број општих правних принципа односно норми, чија је повреда основ за покретање спорова пред судовима ЕУ.¹⁴ Тумачењима Европског суда правде поводом обраћања националних судова, формирају се и развијају заједнички принципи и правна схватања. Јуриспруденција овог суда је главни извор „европског управног права,¹⁵ који, *stricto sensu*, не постоји. Постоје само

¹¹ SIGMA, *European Principles for Public Administration*, SIGMA papers: No.27, 1999, стр.11.

¹² С. Лилић, К. Голубовић, *Европско управно право*, Београд, 2011, стр. 64-65.

¹³ Видети „Activity Areas“, Доступно на: http://www.sigmaweb.org/pages/0,3417,en_33638100_33693506_1_1_1_1_1,00.html (07. 08. 2021.)

¹⁴ Европски суд правде је орган који је задужен за спровођење комунитарног права. Решава у споровима између земаља чланица, између органа Европске Уније и физичких лица (грађана) и Уније. Такође, даје тумачења одредби комунитарног права, везаних за спорове који се воде пред судовима земаља чланица. Униформно тумачење комунитарног права се обезбеђује тумачењима (Preliminary Ruling) која су обавезујућег карактера. Опширније, К. D. Borchardt, *The AB Cof Community Law*, Brussels, 2000, стр.27-31.

¹⁵ Опширније, J. Schwarze, *European Administrative Law* Видети С. Nizzo, *National Public Administrations and European Integration*, стр. 6, Sigma Paper, www.oecd.org/puma/sigmaweb, Sigma Paper No. 23, *Preparing Public Administrations for the Europe-an Administrative Space*, OECD, Paris, 1998, стр. 16-19, *Administrative Capacities for EU membership*, Public Management Forum, Paris, OECD, 2000.

контуре европског система управног права који неки аутори сматрају основом на којој се ствара европски управни простори (European Administrative Space).¹⁶ Европски суд правде је дефинисао велики број административних принципа, који су преузети из развијених управних система земаља чланица¹⁷ и реформулисани радом Европског суда правде.¹⁸ Европски суд правде се, дакле, ослања на принципе управног права у националним правима, редифинише их формулише административне принципе Европске Уније, који онда имају обавезујући карактер за све државе чланице и њихове грађане.

Програм Уједињених нација за развој у документу „Управа за одрживи људски развој“ дефинише принципе на којима почива добра управа.¹⁹ Да би било речи о доброј управи неопходно је да буду испуњени следећи принципи:

Прву групу чине принципи управног права, који се могу подвести под принцип правне сигурности и предвидивости (Legal Certainty and Predictability Principles), који произилази из принципа владавине права, односно начела законитости. Начело законитости се одређује као обавеза управе да делује у сагласности са законом и супротстависе арбитрарном доношењу одлука. Имајући у виду ово основно начело управног права, од националних државних администрација се очекују поузданост и извесност у доношењу управних аката и предузимању управних радњи; произвољност у поступању није дозвољена. Принцип предвидивости захтева да прописи буду јасни и недвосмислени.

Принцип професионализма и професионалног интегритета (Professionalism and Professional Integrity) у државној управи такође подупире принцип правне поузданости и предвидивости и односи се на непристрасан и независан рад органа управе. Сукоби интереса и неједнако поступање према странкама, лични афинитети у доношењу одлука, примање мита, неконтролисана политичка амбиција, прејака жеља за напредовањем, неки су од разлога који могу угрозити професионалан и независан рад.²⁰

Принцип пропорционалности (Principle of Proportionality), у складу са којим управа може грађанима наметати обавезе само до границе која је

¹⁶ Слично у: Sigma Paper, No. 23, „Preparing Administration for the European Administrative Space“ OECD, 1998, стр. 14.

¹⁷ Опширније J. Schwarze, *European Administrative Law*, London, 1992, pp. 3-24.

¹⁸ Опширније, K.D. Borchardt, *The ABC of Community Law*, *op. cit.*, стр. 97.

¹⁹ Програм Уједињених нација за развој: „Управа за одрживи људски развој“, Њујорк, 1997, доступан на: <http://mirror.undp.org/magnet/policy/chapter1.htm> (приступљено: 1.2.2021.)

²⁰ Sigma Paper No. 27, *op. cit.*, стр. 11.

неопходна да би се постигла сврха дате мере,²¹ односно мере које предузима држава морају бити пропорционалне циљевима који се желе постићи, произилази из принципа правне сигурности. У вези са овом групом принципа, требало би поменути и принцип процедуралне правде (Principle of Procedural Fairness),²² који гарантује прецизну и непристрасну примену права, поштовање странке и њеног достојанства.

Принципи отворености и транспарентности (Openness and Transparency) омогућавају да свако на кога се односи неко административно поступање, зна основу таквог поступања (одлуке) и чини контролу над радом управе лакшом. Ови принципи имају два специфична циљана заштиту јавног интереса и смањење злоупотреба и корупције у управи, као и заштиту индивидуалних права. Отвореност јавне управе подразумева јавну управу која је видљива и доступна грађанима и која поседује механизме који подстичу активно ангажовање цивилног друштва.²³ Доступност информација од јавног интереса које су везане за доношење одлуке, олакшава странкама да ефикасно остварују своја права пред управним и судским органима. Принципи отворености и транспарентности изражавају се као обавеза органа управе да информишу грађане о правима и обавезама, оструктурама управе, одговорностима, пословима које поједини органи управе обављају, међусобним односима између органа управе, коришћењу буџетских средстава и омогућавају странкама да се упознају са током и свим детаљима поступка. Принцип отворености и транспарентности²⁴ односи се на могућност јавности и грађана да дођу до информација о деловању јавне управе. У многим земљама право на јавну информацију има статус уставом заштићеног права и разрађено је посебним законом. Принцип отворености јавне управе обухвата и обавезу управе да омогући партиципацију цивилног друштва у фази

²¹ А. Рабреновић, Начела квалитетне управе управу Европске Уније, часопис „Јавна управа“, бр.1/2002, Београд, стр. 156.

²² J. Schwarze, *The Procedural Guarantees in the recent Case law of the European Court of Justice*, in *Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Vol. II, Boston, London, 1994, стр. 487.

²³ П. Ђурман, *Еуропеизација јавне управе и начело отворености*, годишњак Академије правних знаности Хрватске, Vol. VII, No. 1, Загреб, 2016, стр. 342-343.

²⁴ Према начелу транспарентности, грађани морају бити упознати са радом управе. Управа би требало да се развија у правцу који обезбеђује отвореност у раду, доступност службених информација, директну изложеност критици. Један од предлога је доношење „Информационог акта“, који ће на најбољи, најтачнији начин информисати грађане о раду управе, висини трошкова, услугама које се пружају, лицима одговорним за одређене послове. Доступност службених информација, независни медији и организовање интересних група, указују на то да државна управа постаје отворена за директну критику и контролу. Опширније Е. Vigoda, *The Responsiveness of Public Administration to Citizens Demands*, Часопис Public Administration, Vol. 78, No 1, 2000, стр. 165-191.

припрема прописа и других политичких докумената путем јавне расправе. Тиме се побољшава квалитет, смањује број грешака, са садржином упознају грађани на које се прописи односе и тиме олакшава имплементација.

Принцип одговорности (Accountability) подразумева да сваки органу праве мора бити одговоран за своје поступање другим управним, законодавним или судским органима, односно подвргнут процесу контроле од стране других органа, институција и тела као што је омбудсман.²⁵ Принцип одговорности најбоље указује да ли се принципи законитости, отворености, транспарентности и независности поштују уједном правном систему. У управном праву, одговорност мора бити конкретна и обезбеђује се путем сложене формалне процедуре, што се своди на поштовање административних принципа од стране државних службеника и органа управе, са једне стране и придржавања поступка доношења одлука, са друге стране.

Принципи ефикасности и ефективности (Efficiency and Effectiveness) су типични принципи менаџмента. Принципи ефикасности се остварује равнотежа између уложених средстава и остварених резултата, док се принцип ефективности се односи на успешно остваривање циљева управе и решавање проблема од јавног интереса и углавном је везан за анализу и евалуацију управне политике.

Ови принципи постоје у управном праву сваке земље чланице Европске уније. Познато је да се прописи ЕУ уводе у национална законодавства путем уредби (*regulations*) које се непосредно примењују (обједињавање законодавства) и упутстава/директива (*directives*), које се преносе у домаће законодавство (усклађивање законодавства) и на тај начин га мењају и усавршавају. Поред поменутих европских принципа постоје и други, веома примењиви демократски принципи који се могу применити на јавну управу: непристрасност, лојалност, материјална незаинтересованост, дискреција, једноставност и јасноћа, стално пружање јавних услуга, доступност²⁶. Измене Закона о државним службеницима²⁷ обликоване су

²⁵ Dwivedi и Jabbara праве разлику између следећих категорија: административне, правне, политичке, професионалне и моралне одговорности. Dwivedi, J. G. Jabbara "Public Service Responsibility and Accountability", у Dwivedi, J. G. Jabbara *Public Service accountability – A Comparative perspective*, Kumarian Press, Inc. 1989, стр. 5-7. Romzek и Dubnick идентификују хијерархијску, персоналну, друштвену, професионалну и грађанску одговорност. B. S. Romzek, M. J. Dubnick, *Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy*, Public Administration Review, 1987, стр. 227-238.

²⁶ Н. Шимац, *Европски принципи јавне управе: од владања до служења грађанима*, Удруга за демократско друштво, Загреб, 2002, стр. 98-104.

²⁷ „Службени гласник РС“, бр. 79 /2005, 81 / 2005 - исправка, 83 /2005 - исправка, 64 / 2007, 67 / 2007 - исправка, 116 / 2008, 104 / 2009, 99 / 2014, 94 /2017, 95/2018, чл. 5а-11.

сходно препорукама Европске комисије и ревидираним SIGMA стандардима из 2017. године за развој јавне управе у „добру управу“.²⁸

3. ОДСТУПАЊА ОД ПРИНЦИПА ДОБРЕ УПРАВЕ У ПРАКСИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

У Србији, поступања и праксе органа јавне управе којима се одступа од принципа добре управе су још увек веома чести. Лоша управа се у пракси манифестује на различите начине. Један од најчешћих „аката“ лоше управе је „ћутање администрације“. Са овом манифестацијом лоше управе сусрео се велики број грађана Србије. Реч је о ситуацији када орган управе не донесе решење којим се одлучује о праву одређеног лица у року који је предвиђен законом. Правдање органа лошом организацијом посла такође је „лоша управа“. Карактеристично обележје „лоше управе“ је правдање пропуштања органа управе и службених лица да се баве суштином управне ствари, услед лоших процедура, неодговарајуће унутрашње организације посла и других тешкоћа и нерешених питања у оквиру администрације. Неизвршење правноснажних и коначних одлука од стране органа управе, било сопствених, било других надлежних органа, такође се сматра „лошим поступањем администрације“. Оно што се често као пример апострофира јесте непоступање органа локалне самоуправе у случајевима у којима је надлежни орган донеорешење о рушењу објекта изграђених без грађевинске дозволе или објеката који су грађени на основу грађевинске дозволе, али је током градње дошло до одступања. Ова решења се нису спроводила ни након више година, или су извршавана крајње спорадично и селективно, без јасно утврђених критеријума за спровођење извршења односно рушења објеката. Одсуство међусобне сарадње између различитих органа у поступку остваривања или заштите права грађана је лоше поступање. У више случајева, правилност, а преко ње ни принцип добре управе, нису били остварени услед недостатка сарадње између органа управе и/или установа, чиме су пропустили да обезбеде брзо и квалитетно решавање проблема грађана и отклањања пропуста у раду.²⁹

Недоследно и неједнако поступање према грађанима у истој или сличној ситуацији, јесте акт „лоше управе“, јер су органи управе дужни, да у оквиру својих законских надлежности, поступају по захтевима грађана на

²⁸ Д. Вучетић, З. Вукашиновић Радојичић, И. Крстић Мистрицеловић, “Развој службеничког законодавства и образовања у Србији – историјске и савремене тенденције”, ТЕМЕ, бр. 1, јануар-март 2019, стр. 125.

²⁹ Трбовић, А., Ђукановић, Д., Кнежевић, Б., *Јавна управа и европске интеграције Србије*, Факултет за економију, финансије и администрацију Универзитета Сингидунум, Београд, 2010, стр. 120.

доследан начин, односно једнако према свим грађанима који су у истој или сличној ситуацији.³⁰ Бројни су случајеви када „лоша администрација“ не може да се „подведе“ у претходну типологију и категорију. Разлог за то јесу бројне и различите области јавне управе, за које се „везују“ специфични случајеви „лоше управе“. На пример, неадекватна заштита података о личности пацијената, па се у здравственим установама још увек често дешава да се дијагнозе, налази и лекарски извештају о пацијенту, буду доступни широком круга лица као и да се из здравствене установе прослеђују различитим субјектима, који на то немају право. Синдром „ниског шалтера“ још један је веома чест случај манифестације „лоше управе“ са којим се суочавају грађани Србије. Ова ситуација постоји када пријемне службе органа управе и установа одбијају да приме захтеве грађана, при чему службеници писарнице, иако за то нису овлашћени, одбијање пријема захтева образлажу правним недостацима поднеска грађана.

У искорењивању пракси „лоше управе“, треба поменути и Кодекс понашања државних службеника. Професионални, политички неутрални и едуковани државни службеник, морао би, ради заштите интереса саме професије поступати по овим етичким стандардима, јер поступање по њима афирмише и принцип добре управе.

4. ЗАКЉУЧАК

Свака земља, која је не европском путу, мора да испуни принципе Европског административног простора и то тако што ће усвојити адекватан правни оквир којим ће се ови принципи гарантовати, али и да осигура такву политичку климу и стабилне институције које могу да омогуће доследну примену постављених принципа. С обзиром да је наша земља на том путу, може се закључити да је процес реформе јавне управе тесно повезан са процесом евроинтеграција. Наша земља има дужност и обавезу да својим грађанима обезбеди „добру управу“ и квалитетне јавне услуге, који су и прописани европским стандардима. У том смислу наша земља чини велике напоре и покушава да одговори на све изазове који се тичу евроинтеграција у тежњи ка томе да домаће законодавство синхронизује са стандардима, принципима и вредностима европског управног простора, како би се грађанима Републике Србије пружио једнак (или бар приближно једнак) квалитет јавних услуга који уживају грађани држава чланица Европске уније у својим земљама. Наша земља предузима значајне активности на усклађивању свог правног система са европским правним системом, који подразумева и увођење нових правних институција и изградњу посебног

³⁰ Исто, 122.

институционалног оквира за спровођење нових прописа. Добра управа заснива се и ослања, између осталог, на професионализам и висококвалификовану службу, а основни предуслов да они добро функционишу су професионализација, деполитизација и департизација државне управе. Службеник који је запослен у доброј управи се одликује добром обученошћу за посао који обавља, што подразумева разумевање суштине рада у управи, понашање које мора бити усклађено са условима функционисања управе, али мора бити аполитичан при обављању свог посла, лојалан прописима и држави, личност која препознаје општи интерес и опште добро. Дакле, да добра управа не би (п)остала само на папиру, потребно је наставити са реформским процесом управе наше земље, за чији успех одговорност имају управо они који су у њој запослени. „Добра управа“ је увек на услузи грађанима и заједници, и представља израз поверења друштва у извршну власт, а такође доприноси политичкој стабилности и истовремено, подстиче економију али и друштвено благостање. Дакле, циљ добре управе јесте да грађанима пружи већу сигурност у њиховим односима са управом. Основни задатак добре јавне управе треба да буде да своје послове обавља у складу са правилима о добром и уредном вршењу управе, односно да буде „сервис грађана“. Такође је битно да „добра управа“ ефикасно и стручно одговара на захтеве грађана и да, у том смислу отклони све неправилности у понашању која су супротна правилима, као што су неблаговремено поступање и спорост, непредузимање мера, пристрасност, различите ситне или друге неправде, шиканозно понашање и друге некоректности у односима према грађанима. Дакле, све оно што се подразумева под „лошом управом“ треба елиминисати и спречити, како би се елиминисали сви облици корупције и других облика лошег управног поступања.

Упоредним истраживањем, и коришћењем искустава других долази се до решења која оптимално задовољавају захтеве нашег правног амбијента и омогућавају усклађивање са управном регулативом Европе. Доношење закона и других прописа и њихова примена без дискриминације по ма ком основу ускладу са нашим правним и културним окружењем које чини не само домаћатрадиција и култура већ и Европски управни простор, услов је за стварањесавремене, професионалне државне управе, способне да служи ефикасносвим грађанима. Прихватање и имплементација заједничких управних принципа, један је од задатака за нашу земљу која намерава да укључи у савремене европскетокове. Јавна управа мора бити ефикасна како би одговорила на све изазове и захтеве савременог друштва.

Jovana PETROVIĆ

Teaching Assistant

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

EUROPEAN PRINCIPLES OF PUBLIC ADMINISTRATION AND PRINCIPLES OF GOOD GOVERNANCE

Summary

Without good governance, there are no transparent and accountable branches of government, nor independent institutions. Improving the integrity and efficiency of public administrations is one of the basic goals. Adequately managed and professional public administration, along with policy planning and coordination, reliable administrative procedures and improved financial management in the public sector are crucial for the functioning of the state. Good governance and a functioning public administration are key to building and maintaining trust in government, as well as creating the necessary structural reforms to improve living standards in society. The principle of good governance is the principle of modern public administration which seeks to provide citizens with greater security in their relations with the state and its administration, ie its officials and employees, through the establishment of additional rules and principles of their behavior towards citizens and the public in general. The principles of public administration are based on the strategic framework of public administration reform, policy making and coordination, public service and human resource management, accountability, service delivery and public financial management. Modernization of the administration, adoption and implementation of European principles, values and standards, for the application of community law, is one of the key tasks for our country. Therefore, the subject of the analysis of this paper are precisely the European principles and values, as well as the principles of good governance, set out below.

Key words: *good governance, administrative action, good governance, principles of good governance, right to good governance.*

ЛИТЕРАТУРА

Borchardt, D., *The ABC of Community Law*, European Commission, Luxembourg, 2000.

Vigoda, E., *The Responsiveness of Public Administration to Citizens Demands*, Часопис Public Administration, Vol.78, No1, 2000.

Вучетић, Д., Вукашиновић Радојичић, З., Крстић Мистрицеловић, И., *Развој службеничког законодавства и образовања у Србији – историјске и савремене тенденције*", ТЕМЕ, бр. 1, јануар-март 2019.

Drucker, P., *What Makes an Effective Executive*, Collins, New York, 2006.

Dwivedi, J. G. *Jabbara Public Service accountability – A Comparative perspective*, Kumarian Press, Inc. 1989.

Ђурман, П., *„Еуропеизација јавне управе и начело отворености”*, Годишњак Академије правних знаности Хрватске, Vol.VII, No.1, Загреб, 2016.

European Code of Good Administrative Behaviour, European Parliament, 2001.

Лазовић, И., *„Специфичности државне управе и управљања људским ресурсима у Европској Унији - осврт на републике СФРЈ у ЕУ”*, Администрација и јавне политике, год. IV бр. 3/2018w, 47,1987.

Лилић, С., Голубовић, К., *Европско управно право*, Београд, 2011.12.

Медар, С., *„Скица за промишљање опитних начела Европске Уније”*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 71, год. LIV, Ниш, 2015.

Миленковић Дејан, *Савремене теорије и модерна управа*, Факултет политичких наука у Београду, Чигоја штампа, Београд, 2019.

Поповић, С., *„О начелу ефикасности као услову за остварење модерне управе”*, Правни живот, бр.10, 1998.

Romzek, B. S., Dubnick M.J., *„Accountability in the Public Sector: Lessons from the Challenger Tragedy”*, Public Administration Review, 47, 3, 1987.

Рабреновић, А. *Начела квалитетне управе у праву Европске Уније*, часопис *„Јавна управа“*, бр.1/2002, Београд, 2002.

Schwarze, J., *The Procedural Guarantees in the recent Case law of the European Court of Justice, in Essays in Honour of Henry G.Schermers*, Vol. II, Boston, London, 1994.

Schwarze, J., *European Administrative law*, London, 1992.

Трбовић, А., Ђукановић, Д., Кнежевић, Б., *Јавна управа и европске интеграције Србије*, Факултет за економију, финансије и администрацију Универзитета Сингидунум, Београд, 2010.

Flumian, M., *Citizens as Prosumers: The Next Frontier of Service Innovation*, Institute on Governance, Canada, 2009.

Cardona, F., *Civil services for the European Administrative Space*, Public Management Forum, Vol. No. 2, 1999.

Charter of Fundamental Rights of the European Union, Official Journal of the European Communities (2000/c 364/01), Article 41.

Commission on Human Rights resolution 2000/64, The role of good governance in the promotion of human rights, 6th meeting, 26 April 2000.

Шимац, Н., *Еуропски принципи јавне управе: од владања до службе грађанима*, Удруга за демократско друштво, Загреб, 2002.

ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf,

http://www.sigmaxweb.org/pages/0,3417,en_33638100_33693506_1_1_1_1_1_0_0.html

Милица МИЦОВИЋ*

349.22:331.106.27(497.11)

РАДНИ ОДНОС НА ОДРЕЂЕНО ВРЕМЕ КАО ФЛЕКСИБИЛНИ ОБЛИК ЗАПОШЉАВАЊА

Апстракт: Глобалне економске и друштвене промене условљавају да се на тржишту рада и у домену радног права појављује велики број нових, атипичних облика радног ангажовања. Иако концепт сталног радног односа и запошљавања на неодређено време јесте превиђен као правило позитивноправним Законом о раду, као његова алтернатива и изузетак од правила појављује се институт запошљавања на одређено време. Запослени који ради на основу уговора о раду на одређено време има сва права из радног односа, али су она код њега орочена на период трајања уговора о раду и престају да важе истеком времена на који је закључен. Негативна страна оваквог начина запошљавања налази упориште у чињеници да послодавци у пракси често избегавајући запошљавање за стално, сукцесивно закључују уговоре о раду на одређено време са запосленим, иако не постоји законски основ за то.

Циљ радног законодавства треба да буде заштита запослених који раде на одређено време, што, пре свега, подразумева елиминацију дискриминације због ограниченог трајања радног односа, спречавање злоупотреба сукцесивног закључивања уговора о раду на одређено време и побољшање услова рада запослених ангажованих на основу атипичних облика радног ангажовања. У циљу сагледавања важности које облик рада има за запосленог, односно предности и мана које са собом носи флексибилизација радних односа, ауторка ће у раду детаљно размотрити институт радног односа на одређено време и промене које флексибилни облици запошљавања узрокују на тржишту рада.

Кључне речи: *флексибилни облици запошљавања, радни однос, радни однос на одређено време, сигурност и стабилност запослења.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Функционисање савремене економије узрокује промене у свим сферама друштва. Те промене друштвене околности на глобалном и

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, milica.midzovic@pr.ac.rs

националном нивоу нису заобишле ни радно право, па тако светска економска криза, услед које расте незапосленост, намеће нови режим радних односа на који се адаптирају и запослени и послодавци. То подразумева да се полако напушта концепт традиционалог радног ангажовања и све више пажње посвећује флексибилним облицима запошљавања. Запослени, традиционално теже стандардном облику радног односа на неодређено време иако се послодавци, у циљу смањења трошкова производње и ангажовања радне снаге, све више опредељују за радно ангажовање запослених, флексибилним облицима запошљавања. Иако флексибилизација рада данас јесте неминовност, требало би пронаћи средину односно уравнотеженост између њених позитивних и негативних страна. Рад на одређено време као институт радног права, с једне стране јесте одступање од одредбе Закона о раду Републике Србије, којом је као правило прописано закључивање радних односа на неодређено време а са друге стране није увек и нужно нежељена појава за запослене. Она се може користити у сврху повећања запослености и пружања могућности запослења одређеним субјектима али са друге стране не сме постати средство за злоупотребу уговора о раду на одређено време или лакше отпуштање запослених.

Ауторка у раду, након навођења битних карактеристика флексибилизације рада и радног односа на одређено време, настоји да укаже на негативне и позитивне аспекте и утицај који ова атипична форма запошљавања има на запослене и тржиште рада. У Србији већ дуги низ година влада велика економска несигурност и ако се у светлу такве економске ситуације сагледа проблематика рада на одређено време, долази се до закључка да такав рад иде у прилог још већој несигурности запослених. Из наведених разлога, јако је битно проучавање института радног односа на одређено време али и постојање института преображаја радног односа, како би се спречиле злоупотребе од стране послодаваца, посебно у приватном сектору. Бројне студије показале су повезаност између овог флексибилног облика рада и анксиозности, стреса и осталих нестабилности које се јављају код запослених ангажованих на одређено време. Управо због оваквих импликација законодавства многих држава предвиђају, између осталог, институт преображаја радног односа на одређено време.

Са друге стране јако је битно сагледати позитивне аспекте ове форме рада, јер се често овакав начин ангажовања види као добар начин да се незапосленим лицима пружи могућност запошљавања. Јер, иако се радни однос на одређено време схвата као изузетак од правила, он по бројности сустиже и чак премашује број закључених уговора на неодређено време.

2. ФЛЕКСИБИЛИЗАЦИЈА РАДНИХ ОДНОСА

Измењене улоге на тржишту рада и промењене друштвене околности у последњим деценијама све више захтевају флексибилно радно ангажовање уместо стандардног. Флексибилизација рада и послова, заправо, подразумева прилагођавање у процесима рада, прилагођавање запосленом и послодавцу истовремено пратећи промене на тржишту рада.¹ Као узроци потребе за флексибилизацијом рада наводе се разни утицаји: глобализација, промене у структури друштва, економска криза, незапосленост, тренд приватизације јавног сектора и друго. Уз бројне користи које доноси, флексибилизацију прате и бројни негативни аспекти. Она може бити штетна уколико се споводи стихијски и уколико није избалансирана са мерама за очување социјалне сигурности радника у периодима промена.²

Тржиште рада у Србији одликује висока стопа незапослености, праћена ниским стопама активности и запослености становништва радног узраста. Један од основних циљева економске политике Републике Србије јесте да се убрзају економске реформе како би се пословно окружење побољшало. У реформи радног законодавства Србије, последњим изменама и допунама Закона о раду, извршена је хармонизација и усаглашавање са правом Европске уније, између осталог и у смислу проширивања флексибилних облика рада, као што су рад на одређено време, рад ван просторија послодавца, клизно и непуно радно време.³ У значајној мери је извршена флексибилност тржишта радне снаге, стога стандардне форме рада све више бивају замењене оним облицима рада који одговарају захтевима развоја науке, економије, глобалним тржишним трендовима, као и интересима организација, односно послодаваца и запослених. Флексибилан рад подразумева еластичан и прилагодљив приступ раду и свим битним питањима која се тичу организовања и одвијања рада. Код таквих облика рада посебан изазов представља обезбеђивање највишег могућег нивоа

¹ Supiot, A, *A European perspective on the transformation of work and the future of labour law*, Comparative Labour law & Policy Journal, 20, et. al. 1998-1999, стр. 624.

² С. Јашаревић, *Флексибилизација рада – решење или заблуда*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2012, стр. 173.

³ С. Јашаревић, И. Розић, А. Билић, *Хармонизација националног радног права с комунитарним радним правом уз посебан осврт на флексибилне облике запошљавања (Република Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија)*, Међународно саветовање „Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе”, Свеучилиште у Мостару – Правни факултет, Свеучилиште у Сплиту – Правни факултет, Неум, 22-24. 6. 2012, обј. у зборнику радова са Саветовања, Мостар, 2012, стр. 330.

безбедности и здравља запослених на раду, а са циљем да се све нежељене последице сведу на најмању могућу меру.⁴

2.1. Облици флексибилности

Према Организацији за економску сарадњу и развој постоје више облика флексибилности. Пре свега постоји *екстерна флексибилност*, односно усклађивање броја запослених тренутним потребама на тржишту рада кроз запошљавање и отпуштање, што подразумева предвиђање лакших процедура за смањење броја запослених код послодавца (колективно отпуштање) и флексибилних облика запошљавања (реч је о оним облицима који се разликују од стандардног радног односа на неодређено време са пуним радним временом – дакле, радни однос на одређено време, радни однос са непуним радним временом, радно ангажовање на основу уговора о привременим и повременим пословима, рад код куће, рад кућног помоћног особља, уговори о раду и обуци, самозапошљавање и др.)⁵. Затим, *интерна флексибилност* која подразумева усклађивање радног времена запослених са потребама посла без промена у броју запослених. Тада је реч о флексибилним облицима запошљавања, конкретно у овом случају радно ангажовање на основу уговора са непуним радним временом, уговори о прековременом раду, уговори солидарности и сл. *Функционална флексибилност* се односи на премештање запослених из једног одсека у други или промене садржине њиховог рада, док *сефинансијска флексибилност* односи на варирање зараде у зависности од резултата рада појединаца или пословања.⁶

За младе који први пут заснивају радни однос, флексибилни облици рада су често једина улазница на тржиште рада. Како се до првих радних искустава тешко долази, флексибилни облици рада могу често утицати на одлуку послодавца да у свој радни колектив прими младе људе без искуства. Шансу за посао кроз флексибилне облике запошљавања проналазе и особе са инвалидитетом и друге групе запослених које се неретко сусрећу са бројним предрасудама. И поред истакнутих предности флексибилног радног односа,

⁴ С. Јашаревић, *Флексибилан рад – нужност савремене економије*, Право, теорија и пракса, Нови Сад, 2001, бр. 1, стр. 48.

⁵ Б. Лубарда, *Европско радно право*, Библиотека Universitas, Подгорица, 2004, стр. 225.; Данас се појам флексибилност користи са два значења, један се односи на организацију рада а други на посебне врсте уговора. Вид. Љ. Ковачевић, *Комунитарноправна начела заштите запослених са атипичним радним односом*, Радно и социјално право, бр. 5-8/2009, стр. 676.

⁶ А. Tangian, *European flexicurity: concepts and consistent policies*, Dusseldorf: Hans Bockler Foundation, 2008, str. 4.

потребно је истражити и мане оваквог начина радног ангажовања, које несумњиво постоје. Једна од најчешће истицаних мана је она да квалитет и ефикасност запослених на овај начин опада, а самим тим и ефикасност посла код послодавца.⁷Неправилна употреба флексибилног рада обично иде на штету запослених, али и самог послодавца и целог друштва. Злоупотребе флексибилизације рада су довеле до оправдане сумње у погодност таквих мера, што је погрешно јер је генерално гледано флексибилност у области рада увек корисна, али само под условом да се правилно и добронамерно спроводи.Трендом флексибилизације баве се све структуре друштва – од државних органа, преко економиста и правника до менаџера који желе да унапреде своју компанију, покушавајући да пронађу онај облик флексибилног рада који ће и поред свих мана овог феномена резултирати профитом.⁸

Са друге стране, иако омогућава улазницу на тржиште рада, флексибилизација често није пут до сигурног запослења, већ запослени који раде флексибилно не добијају прилику да осигурају своје радно место. Повлачећи границу између стално запослених и „флексибилних радника“, потоњи често остају без места за напредовање и усавршавање. То вулнерабилне категорије које у пракси најчешће раде преко различитих облика флексибилног рада чини још вулнерабилнијим. Самим тим, ова категорија запослених је посебно на мети радне експлоатације. Уопште узев, будући да је флексибилизација супротност стабилности, флексибилни радници не могу да планирају посао, развој каријере, а смањена је и социјална сигурност, док се у теорији истиче став да у оваквим флексибилним економијама слаби утицај синдиката, што додатно појачава несигурност запослења.⁹Оно што је сигурно је да су за раст „популарности“ уговора на одређено време, заслужни послодавци, којима је овакав уговор омогућио да, између осталог, на релативно комфоран начин избегну примену законских норми о заштити у случају отказа. Послодавац орочавањем уговора о раду можеда учини нестабилним посао код кога иначе постоји трајна потреба за радом запосленог. Отуда проистиче полемика о реформи и променама које би требало заживети у области радноправног законодавства.¹⁰

⁷ Ј. Рајић Ђалић, *Флексибилизација радних односа са освртом на рад са непуним радним временом*, Страни правни живот, год LXIV, бр. 1/2020, стр. 88.

⁸ В. Готовац, *Радно право за 21. столеће: митови о флексибилизацији*, Финансијска теорија и пракса, Загреб, 2003, бр. 27, стр. 417.

⁹ С. Јашаревић, *Флексибилизација рада – решење или заблуда*, *op. cit.*, стр. 184.

¹⁰ Љ. Ковачевић, *op. cit.*, стр. 677.

3. РАДНИ ОДНОС НА ОДРЕЂЕНО ВРЕМЕ

Радни однос на одређено време у последње време све више добија на значају и пажњи. Иако заснивање радног односа на неодређено време проистиче из Уставом загарантованог права на рад, јер оно подразумева посао којим се обезбеђује редован приход, неопходан за задовољавање основних животних потреба запосленог и његове породице¹¹, студије показују да број закључених уговора на одређено време премашује број уговора који се заснивају на неодређено време. Иако запослени теже да њихов радни однос има перспективу трајања и вечности, флексибилизацијом радног односа се све више заснивају радни односи на одређено време.¹²

Супротно од уговора о раду чије трајање није унапред одређено при његовом заснивању - радни однос на неодређено време, уговор о раду (радни однос) на одређено време заснива се увек на одређено уговорено време, односно одређени или одредиви рок. Тај рок може се одредити на различите начине, било календарски, (нпр. шест месеци почев од 1. августа 2021. године), или тачно датумски унутар календара (нпр. од 15. јануара до 15. априла 2021. године), односно описно на начин који увек несумњиво упућује на закључак да је том радном односу унапред одређено време трајања.¹³

Стандарди везани радни однос на одређено време јесу били саставни део Оквирног колективног уговора на одређено време, закљученом 18. марта 1999. године и Упутства Савета Европе бр. 99/70, од 28. јуна 1999. године. У оквиру наведених извора, уговорне стране су се сложиле да ће радни однос на неодређено време остати општа форма радног односа између послодавца и радника, али и да уговор о раду на одређено време, у одређеним околностима, представља потребу и за послодавце и за раднике. Према томе, уговор о раду на неодређено време је правило а на одређено време изузетак, и тако се мора и третирати, тј. може бити закључен само из објективних разлога.¹⁴ Другим речима, објективни разлози ће се процењивати према критеријуму који је директно повезан задатком и функцијом због које је запослени ангажован на привременој основи. Колективни уговор предвиђа и

¹¹ Ж. Кулић, *Радно право*, Београд, 2006, стр. 115.

¹² Актуелни Закон о раду о раду предвиђа следеће флексибилне видове запошљавања: 1) рад на одређено време, 2) рад са непуним радним временом, 3) радни однос за обављање послова ван просторија послодавца, 4) рад са кућним помоћним особљем, 5) привремени и повремени послови, 6) рад по уговору о заступању или посредовању и 7) samozapošljavanje.

¹³ Б. Буклијаш, *Уговор о раду на одређено време као атипичан уговор*, Зборник Правног факултета у Загребу, Vol. 56, No.1, 2006, стр. 120.

¹⁴ Г. Обрадовић, М. Јевтић, *Значајни аспекти радног права Европске Уније*, Београд, 2008, стр. 51.

принцип недискриминације, на основу кога радник ангажован на одређено време не сме због тога бити третиран неповољније од радника на неодређено време.¹⁵

Уговор о раду на одређено време, у домаћем праву, јесте и треба представљати изузетак. Међутим, иако оно представља изузетак од правила, када је запошљавање у питању, уговор о раду на одређено време се неретко закључује. У том случају, потребно је да буду испуњени одређени оправдани услови који се односе на случајеве када се ради о привременој потреби за радом, замени одсутног запосленог, страном држављанину, раду на пословима код новооснованог послодавца, раду на пројекту итд. Тачније, заснивање радног односа на одређено време може бити оправдано једино када је трајање радног односа унапред одређено објективним разлозима, који су оправдани роком, извршењем одређеног посла или наступањем одређеног догађаја, за време трајања таквих потреба. У последње време се, у циљу подстицања новог запошљавања, све чешће допушта закључивање уговора о раду на одређено време и без навођења оправданих разлога односно случајева. Ти уговори се закључују за период од највише две године.¹⁶ Уколико се закључују за краћи временски период могу се продужавати три пута али опет не смеју прећи предвиђени рок од две године.¹⁷

Оно што је проблем са закључивањем радног односа на одређено време, као флексибилне форме радног односа јесте пракса која показује да послодавци често стављају у неповољнији положај запослене у радном односу на одређено време у погледу остваривања права на професионално оспособљавање. Посебно су запослени у неповољном статусу када се говори о сигурности и стабилности запослења. Истовремено, радним законодавством треба заштитити запослене који раде на одређено време, што, пре свега, подразумева елиминацију дискриминације због ограниченог

¹⁵ Г. Обрадовић, М. Јевтић, *op. cit.*, стр. 52.

¹⁶ Само изузетно се допушта да рок не буде унапред конкретно утврђен. На пример када је у питању замена одсутног запосленог; Законодавац у нашем праву ограничава број сукцесивних уговора о раду на одређено време које послодавац може закључити са истим запосленим и ограничава њихово трајање на највише две године. Али, уговор о раду на одређено време се може продужити изузетно уколико се ради о замени привремено одсутног запосленог, раду на пројекту (најдуже до завршетка пројекта), за рад код новооснованог послодавца на време чије укупно трајање није дуже од 36 месеци, са незапосленим коме до испуњења права на старосну пензију недостаје до 5 година, као и са страним држављанином до истека рока дозволе за рад. Вид. Чл. 37, ст. 1-4, *Закон о раду*, „Сл. Гласник РС“, (бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење).

¹⁷ J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2000.; У том случају, прекидом радног односа се неће сматрати онај који је краћи од 30 дана, без обзира на то како је до њега дошло. Вид. Чл. 37, ст. 3, *Закона о раду*.

трајања радног односа, спречавање злоупотреба сукцесивног закључивања уговора о раду на одређено време и побољшање услова рада запослених који раде на одређено време.¹⁸

Злоупотреба радног односа на одређено време подразумева да послодавац сукцесивно закључује уговоре о раду на одређено време са запосленим, иако не постоји законски основ за таквим нечим јер је потреба за његовим радом стална. Али је ово могуће урадити потпуно законито јер је предвиђено да се сваки временски интервал дужи од 30 дана у којем запослени није био у радном односу посматра као прекид радног односа, па се и сваки наредни уговор о раду који закључи (са било којим послодавцем, дакле могуће је и са истим) сматра новим радним односом. Правно гледано, не постоји континуитет запошљавања неке особе ако се та особа не ангажује током 30 дана. У пракси је примећено да послодавци сваки наредни уговор у раду на одређено време закључују (са истом особом која је и до тада код њих радила) за сличне, али ипак различите описе послова, како запослени у евентуалном будућем судском спору не би могао да доказује да постоји трајна потреба за извршиоцем одређених послова. Судска заштита није могућа у оваквим ситуацијама јер формалноправног кршења закона нема, стога ће овај недостатак морати у блиској будућности да се регулише изменама радног законодавства.¹⁹

Чак ни стручњаци у Европској унији нису сигурни у ком правцу европско радно законодавство треба ићи, да ли се треба тежити сталном запослењу или алтернативним видовима запослења. Документ који 2006. године доноси Комисија ЕУ, под називом Зелена књига – Модернизација радног права у сусрет променама у 21. веку²⁰ закључује да је базирање радног права само на сталном запослењу прошлост. Међутим, следеће године Европски парламент, доноси акт Резолуција Европског парламента од 11. јула 2007. године о модернизацији радног права у сусрет променама у 21 веку²¹, који заузима потпуно супротан став – залаже се за сталност радног односа. Овакви дијаметрално супротни ставови по питању исте теме су веома атипични за Унију и могу навестити неслагања по питању правца којим се треба развијати радно право и радни односи.²²

¹⁸ Б. Лубарда, *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, треће издање, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2020.

¹⁹ Б. Буклијаш, *op.cit.*, стр. 130.

²⁰ Commission of the European Communities, *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Brussels, 2006.

²¹ European Parliament, *European Parliament resolution of 11th July 2007 on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, 2007/2023(INI).

²² Г. Обрадовић, М. Јевтић, *op. cit.*, стр. 52.

3.1. Преображај радног односа на одређено време

Након истека радног односа који је закључен на одређено време, радни однос престаје аутоматски, и није потребно да послодавац то констатује. Међутим, уколико запослени коме је истекао радни однос на одређено време настави да долази на посао и редовно обавља своје радне задатке а послодавац се томе не успротиви најмање пет радних дана по истеку уговора о раду на одређено време, сматра се да се послодавац прећутно сагласио да он може да настави да ради, и то у радном односу на неодређено време.²³ Уколико послодавац накнадно покуша да оспори то право запосленом, запослени може тражити заштиту од суда који ће констатовати постојање радног односа на неодређено време иако није закључен посебан уговор о раду.²⁴ У ствари, протеком уговореног рока радни однос између одређеног послодавца и запосленог престаје, и због тога нису потребне никакве даље радње ниједне уговорне стране, као што би било писмено отказивање, тј. доношење деклараторног акта о проглашењу престанка радног односа. Ако се радни однос уговорен на одређено време настави и после истека тог времена и ако странке наставе извршавати своје обавезе и права, а да се о даљем трајању ништа не уговори, онда се обично пресумира да је радни однос трансформисан у радни однос на неодређено време.²⁵ У пракси се ово неретко дешава у складу са Законом о раду који дозвољава преображај у два случаја: 1) ако се уговор о раду на одређено време закључи супротно одредбама тог закона и 2) ако запослени остане да ради код послодавца најмање пет радних дана по истеку времена на које је уговор о раду на одређено време био закључен.²⁶ Постојање оваквог института у радноправној регулативи пружа једну врсту мотивације и сигурности запосленима, који упознати са чињеницом да се њихов радни однос на одређено време може преобратити у радни однос на неодређено време ипак могу веровати у „идеал“ стабилног запослења. Међутим, могућност преображаја радног односа није предвиђена и у законима који

²³ Чл. 37, ст. 5, *Закон о раду*.

²⁴ З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, седмо измењено и допуњено издање, по стању законодавства од 1. јануара 2021 године, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2021, стр. 115.

²⁵ Реч је о претпоставци утемељеној на вероватности, у овом случају то је законска пресумпција *iuris*.

²⁶ С. Ковачевић Периф, *Индивидуални радни однос*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 202, стр. 183.

уређују положај службеника, као што је Закон о државним службеницима Републике Србије.²⁷

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Промовисање флексибилних облика запошљавања не треба схватати као позив за смањење и никако за укидање стандардног радног односа на неодређено време са пуним радним временом, који и даље треба да остане примаран. Право како радника у стандардном, тако и оних у нестандартном/флексибилном радном односу, али и незапослених лица на континуирану обуку и усавршавање (доживотно учење) услов је за обезбеђење сигурности запослења која поред социјалне и комбиноване сигурности уз флексибилне уговорне аранжмане образују концепт флексигурности. С обзиром на то, да домаће право предвиђа флексибилне облике запошљавања, де леге ференда, треба инсистирати на увођењу обавезне континуиране обуке и усавршавања за све раднике, без обзира да ли се налазе у стандардном или нестандартном/флексибилном радном односу, било предвиђањем измена одредби закона или путем колективног регулисања, али и инструментима тзв. меког права, као што су кодекси професионалног и етичког понашања.

Иако има своје негативне стране, флексибилни рад је нужност коју намећу сложене друштвено-економске околности. Осим тога, флексибилни приступ у било којој области живота може да представља само предност. Историја је више пута показала да појединци и институције који су способни да се брзо прилагоде и мењају најбоље пролазе у условима друштвених промена и тешким околностима. Суштина је да се мере и потези флексибилизације правилно поставе, односно, да се успостави одговарајући баланс између флексибилности и социјалне сигурности.

Реформске мере које се управо заговарају, морале би са једне стране да иду у правцу реалне и функционалне флексибилизације рада, а са друге стране, требало би да спрече масовне злоупотребе у домену радног односа и повећају запошљавање. Незаобилазна флексибилизација рада (па и отказивања), не би требало да значи одустајање од стабилности радног односа. Дугорочни циљ у домену политике радних односа би требало да буде стално запошљавање, али засновано на здравим и реалним економским основама. У том смислу, као основна мана законске регулативе истичу се сувише непрецизни услови за коришћење атипичних облика рада, што послодавци масовно злоупотребљавају. Са друге стране, понегде је држава поставила преуске оквире за радно ангажовање лица код ових послова.

²⁷ Чл. 63, ст. 1, Закон о државним службеницима, „Службени гласник РС”, (бр. 79/2005, 81/2005- испр., 83/2005- испр., 64/2007- испр., 116/2008, 104/2009 и 99/2014.)

Требало је да ти услови буду заиста флексибилизовани, али уз додатне гаранције за спречавање злоупотреба, пуно правно и фактичко изједначавање запослених који раде у флексибилним формама рада са стално запосленима и бригу о социјалној сигурности вишкова који настану услед промена.

Milica MIDZOVIC

Teaching Assistant

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

THE FIXED-TERM EMPLOYMENT CONTRACT AS AN FLEXIBLE FORM OF WORK

Summary

Global economic and social changes causes a large number of new, atypical forms of labour engagement appear in the labour market and in the field of labour law. Although the concept of permanent employment is overlooked as a rule by the positive legal Labour Law, as its alternative and exception of the rule, appears the institute of employment for a period of time. An employee who works on the basis of a part-time employment contract has all the rights in the employment relationship, but they are entitled to the duration of the employment contract. Negative side of this way of employment finds a foothold in the fact that employers in practice often avoid full-time employment, successively conclude employment contracts for a period of time with employees, even though there is no legal basis for doing so. Although it has its downsides, flexible work is a necessity imposed by complex socio-economic circumstances. In addition, a flexible approach in any area of life can only be an advantage. History has repeatedly shown that individuals and institutions capable of adapting quickly and changing are the best at experiencing social change and difficult circumstances. The point is that measures and flexibility moves are properly placed, that is, to establish an appropriate balance between flexibility and social security. That is why the paper has processed the institute of the fixed-term employment contract as an flexible form of work.

Key words: *flexible forms of employment, working relationship, the fixed-term employment contract, security and stability of employment.*

ЛИТЕРАТУРА

Буклијаш Б., *Уговор о раду на одређено време као атипичан уговор*, Зборник Правног факултета у Загребу, Vol. 56, No.1, 2006, стр. 117-136.

Готовац В., *Радно право за 21. стољеће: митови о флексибилизацији*, Финансијска теорија и пракса, Загреб, 2003, бр. 27.

Ивошевић З., Ивошевић М., *Коментар Закона о раду*, седмо измењено и допуњено издање, по стању законодавства од 1. јануара 2021 године, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2021.

Јашаревић С., *Флексибилизација рада – решење или заблуда*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2012, стр. 173-192.

Јашаревић С., Розић И., Билић А., *Хармонизација националног радног права с комунитарним радним правом уз посебан осврт на флексибилне облике запошљавања (Република Хрватска, Босна и Херцеговина и Србија)*, Међународно саветовање „Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе“, Свеучилиште у Мостару – Правни факултет, Свеучилиште у Сплиту – Правни факултет, Неум, 22-24, 6, 2012, обј. у зборнику радова са Саветовања, Мостар, 2012.

Јашаревић С., *Флексибилан рад – нужност савремене економије*, Право, теорија и пракса, Нови Сад, 2001, бр. 1, стр. 48-60.

Ковачевић, *Комунитарноправна начела заштите запослених са атипичним радним односом*, Радно и социјално право, бр. 5-8/ 2009.

Ковачевић Перић С., *Индивидуални радни однос*, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица, 2020.

Кулић Ж., *Радно право*, Београд, 2006.

Лубарда Б., *Европско радно право*, Библиотека Universitas, Подгорица, 2004.

Лубарда Б., *Радно право, Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, треће издање, Универзитет у Београду, Правни факултет, 2020.

Обрадовић Г., Јевтић М., *Значајни аспекти радног права Европске Уније*, Београд, 2008.

Pelissier J., Supiot A., Jammaud A., *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2000.

Рајић Ђалић Ј., *Флексибилизација радних односа са освртом на рад са непуним радним временом*, Страни правни живот, год LXIV, бр. 1/2020, стр. 87-97.

Supiot, A, *A European perspective on the transformation of work and the future of labour law*, Comparative Labour law & Policy Journal, 20, et. al. 1998-1999, pp. 621-634.

Tangian A., *European flexicurity: concepts and consistent policies*, Dusseldorf: Hans Bockler Foundation, 2008.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Commission of the European Communities, *Green paper, Modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, Brussels, 2006.

European Parliament, *European Parliament resolution of 11th July 2007 on modernising labour law to meet the challenges of the 21st century*, 2007/2023 (INI).

Закон о раду, „Службени гласник РС“, (бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење).

Закон о државним службеницима, „Службени гласник РС“, (бр. 79/2005, 81/2005- испр., 83/2005- испр., 64/2007- испр., 116/2008, 104/2009 и 99/2014.)

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Душанка ЈОВОВИЋ*

347.23(497-15)

ЗАШТИТА ВЛАСНИЧКИХ ПРАВА КАО ПОКАЗАТЕЉ ИНСТИТУЦИОНАЛНОГ РАЗВОЈА ЗЕМАЉА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Апстракт: У раду је сагледавана заштита својинских права као индикатор институционалног развоја земаља Западног Балкана у периоду 2010–2020. Пошло се од става да институционални развој земаља тзв. закаснеле транзиције подразумева континуирану растућу заштиту власничких права у друштву. Ово првенствено из разлога што јака заштита власничких права, поред осталог, пружа једнаке шансе најширим слојевима друштва у домену запошљавања, социјалне сигурности и људских права. Тамо где нема добрих институција нема ни економског и друштвеног просперитета. Земље Западног Балкана су ниско позициониране када је у питању величина индекса заштите својинских права иако су све побољшале његову вредност у 2020. години (највише Србија за 0,9 процентних поена, следе је Босна и Херцеговина и Северна Македонија са 0,7 процентних поена, а најмањи раст вредности индекса забележиле су Албанија и Црна Гора). Једино је Србија побољшала свој релативни положај у 2020. години у односу на претходну деценију.

Кључне речи: институције, институционални развој, власничка права, индекс заштите својинских права, земље Западног Балкана.

1. УВОД

Постоји велики број подела базичних фактора економског раста. Једна од бројних подела фундаменталних фактора раста у новијој економској литератури је њихово разврставање у четири основне групе: фактори среће, географски фактори, фактори културних утицаја и институционални фактори¹. Под факторима среће, подразумева се читава група базичних фактора који објашњавају дивергентне путање економског раста земаља сличних економских перформанси. Друга група подразумева све факторе који делују на појединце као део географског, еколошког и физичког окружења у коме живе. Они укључују квалитет земљишта, природне ресурсе,

* Редовни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, dusanka.jovovic@pr.ac.rs

¹Daron Acemoglu, *Introduction to Modern Economic Growth*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

климу, топографију. Трећа група представља факторе културног обрасца. Овде се имају у виду вредности и преференције које обликују економско понашање појединих субјеката. Дакле, култура може деловати на обликовање економских перформанси кроз два значајна канала: преко утицаја на склоност појединца ка штедњи и преко утицаја на степен сарадње и поверења између индивидуа, што скупа утиче на производне могућности посматраног друштва. Четврту групу представљају институционални фактори, који се односе на правила, регулативе, законе и политике које делују на економске подстицаје за инвестирање у технологију, физички и људски капитал. Оно што ове факторе одваја од претходних јесте да у ширем смислу представљају избор самих чланова друштва. Другим речима, ради се о ендогеним факторима који су резултат равнотежног избора целог друштва или одређених моћних група, за разлику од предходних фактора који су егзогено дати. То упућује на чињеницу да, уколико се они сматрају најзначајнијим генератором привредне динамике, институционалне реформе у земљама могу водити ка значајним променама у економском понашању и потенцијално довести до бољих перформанси. Без обзира на сам начин поделе базичних фактора важно је имати у виду некомплетност сваке од теорија која се заснива само на основним факторима, а не укључује разумевање покретачких снага које делују на њихово обликовање. Тек након посматрања целовите слике и укључивања базичних фактора у анализу раста може се добити јаснија слика основних проблема раста: зашто су неке земље развијене, а друге не, и на који начин се може деловати на бржи раст и виши животни стандард.

Институције представљају правила понашања, која подстичу, односно (путем трошкова) санкционишу одређени тип понашања, због чега се појединцима пружа могућност да сами одлуче да ли ће поштовати та правила или не. Најчешће, институције представљају ограничења у погледу међуљудских односа, настала као последица управо људске активности. Основни циљ институција јесте да резултирају ефикасним друштвеним исходима, што упућује и на чињеницу да постоје институције које су такве да имају за последицу неефикасне друштвене исходе. С обзиром да је реч о правилима понашања, у институције спадају формална (писана) и неформална (неписана) правила која одређују понашање појединаца. У том погледу, о моралним и другим неформалним нормама се може говорити као о институцијама само уколико представљају оквир у међусобним људским односима².

Заједничка становишта у вези са категоријом институција су следећа:

² Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник, Београд, 2011, 20 – 24.

- потребан је друштвени консензус око система вредности (културних, социјалних, политичких, економских, итд.) на којима ће институције почивати,

- из тих вредности треба да произиђе систем правних норми и правила који ће уобличити институционални оквир (уз неопходно уважавање објективних потенцијала и домета датог друштва),

- циљ институција јесте максимизација општег друштвеног добра, како у политичком, тако и у економском смислу³.

Институционално уређена власничка права су основа постојања ефикасне тржишне привреде. Власничка права се морају базирати на јасној, веродостојној и применљивој законској регулативи, односно уставним решењима којима се гарантује да појединци и предузећа не могу бити лишени својине, сем у случају када прекрше закон, па и у том случају после спроведеног одговарајућег судског процеса. Концепт власничких права „не односи се на задржавање нечијег поседа. У екстремном случају, могло би се гарантовати да се нечија својина може увек користити на начин који изабере власник, што треба да важи и за све начине престанка својине“⁴

Власништво и морални поредак обликују темељна правила понашања која су претпоставка високе економске ефикасности. Ово првенствено због чињенице што мотивациони импулси извиру из власничких интереса. У том светлу, прецизно формулисана власничка права обезбеђују „потпуно и неометано убирање ефеката који треба да проистекну из одлука чиме се у неизвесним ситуацијама ствара потребна мотивација за прикупљање информација и ширење знања, за брижљиво пребирање и проучавање постојећих алтернатива, за истраживање неоткривених и чак креирање нових могућности“⁵.

За привредни раст је врло битна сигурност власништва јер она делује на ефикасност алокације ресурса. Са добро дефинисаним власничким правима, привредни раст ће се појавити кроз ефикасније коришћење ресурса или кроз привлачење и повећање ресурса као кроз деловање обе могућности, често и уз синергијске учинке. Капитал који је уложен у продуктивне активности унапредиће производни потенцијал привреде, али основни предуслов за привлачење таквог капитала и његову алокацију су недвосмислено дефинисана власничка права.

³ Марко Тмушић, *Утицај квалитета институција на привредни развој и ефекте приватизације у Србији*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Београду, 2017, 18.

⁴ Мајкл Бурда и Чарлс Виплош, *Макроекономија*, Европски уџбеник, Центар за издавачку делатност Економског факултета Универзитета у Београду, 2012, 87-88.

⁵ Љубомир Маџар *Својина и реформа* – Књига прва. Београд: Институт економских наука, Београд, 1995, 24.

Сигурност капитала стимулативно делује на раст иновативности, јер је власницима загарантовано да ће остварена корист бити њихова. Предузетници ће улагати у иновације само ако су сигурни да ће моћи контролисати приносе улагања у настанак и најширу употребу иновација. Без сигурних власничких права, инвестициона иницијатива ће бити ниска.

Неповредивост власништва осигурава тржишним актерима ексклузивно право да алоцирају своје ресурсе на начин који сматрају прикладним. Располагање оним шта је њихово омогућава им да рачунају на све користи и трошкове ангажовања ресурса. Што је заштита власништва потпунија и снажнија, алокација ресурса ће бити ефикаснија, а што је алокација ресурса ефикаснија стварање богатства ће бити израженије.

Приватна имовина темељ је људске цивилизације – без њене адекватне заштите губе се подстицаји за економско рационално понашање, штедњу и инвестиције. Стога је земља са недовољно ефикасном заштитом власничких права по правилу, има ниску иновациону активност и недовољну динамику економског раста. Логична последица је низак стандард и квалитет живота грађана.

Резултати индекса власничких права су високо корелисани са висином БДП-а по становнику и висином удела инвестиција у БДП-у. Другим речима, нема економски успешних друштава без јаке заштите власничких права. Изузетак су само мале земље које располажу значајним резервама природних ресурса. “Јаке, квалитетне и ефикасне институције омогућују контролу над свим друштвеним процесима и елиминацију могућих рушилачких дејстава и тенденција. Дефицит, имитација и/или фијаско институција омогућује разне друштвене и економске поремећаје и ретроградне процесе”⁶. Економске институције утврђују укупни потенцијал привредног раста, као и низ економских резултата, укључујући расподелу ресурса у будућности између различитих група и појединаца.

2. УЗРОЦИ НЕДОВОЉНО СНАЖНЕ ЗАШТИТЕ ВЛАСНИЧКИХ ПРАВА

Узроци недовољно снажне заштите власничких права се по дефиницији налазе у уређењу државе. Притом као три основна типа уређења државе се могу навести предаторске државе, анархичне и неефикасне државе. Предаторске државе су јаке државе које не могу пронаћи начин за ограничавање властите моћи. Анархичне су оне у којима нема јединствене власти и где шефови криминалних група имају моћ присиле. Моћ за

⁶ Веселин Драшковић и Мимо Драшковић *Институције, поредак и транзиција*, Елит, Подгорица, 2013, 9.

спровођење или кршење права власништва у њиховим је рукама. Коначно, под неефикасним државама је могуће навести државе које и поред поседовања монопола власти и физичке присиле, нису уложиле довољно напора у развој битних институција које подржавају права власништва и тржишног пословања.

Први се случај односи на државу која је јака, а друга два су карактеристична за слабе државе. Несигурна власничка права ометају ефикасност тако што поткопавају и руше инвестиционе иницијативе и стварају препреке за трговање.

Сматра се да је изостанак сигурности власништва један од узрока настанка корупције. Политичке елите склоне тражењу ренти, клијентелизму и корупцији могу бити препрека увођењу јасно дефинисаног система заштите власничких права, што је чест случај код споменутих неефикасних држава. Треба знати да је заштита власничких права сигурна и ефикасна само када користи надмашују трошкове, а то зависи од интереса и статуса политичких елита. Свака земља треба да успостави властити систем заштите власничких права сходно свом историјским наслеђу јер се до сада показало да копирање туђег система нигде, осим у неким колонијалним земљама, није успело. Покушај примене туђег система не може успети због различитих историјских, културолошких и политичких околности.

Државе са сигурним власничким правима су привлачније за инвестирање у физички капитал и у људске потенцијале од оних где су та права нејасна или недовољно заштићена. Физички и људски капитал ће се ефикасније користити тамо где је власништво сигурно. Сигурност да ће држава штитити и стајати иза сваког облика власништва и да држава због разних разлога попут смањења буџетских прихода, притисака јавности, промена у влади или промена у владиним друштвеним и економским приоритетима и слично неће одбацити или не признавати уговоре, повећава сигурност, смањује ризике и снижава трансакционе трошкове. Такође, за привлачење капитала и за привредни раст битно је да не постоји ризик од развлашћивања или присилне национализације.

3. КОНЦЕПТ ТРАНСАКЦИОНИХ ТРОШКОВА – ПОЛАЗИШТЕ САВРЕМЕНЕ АНАЛИЗЕ ВЛАСНИЧКИХ ПРАВА

Савремена анализа власничких права се у теоријском смислу највећим делом темељи на концепту трансакционих трошкова. Трансакциони трошкови су реални трошкови ресурса, укључујући и опортунитетни трошак времена, у вези са преговарањем, закључивањем и спровођењем акта

размене⁷. „Трансакциони трошкови представљају трошкове коришћења ценовног механизма. У њих се могу убројити трошкови откривања релевантних цена, трошкови преговарања и закључивања уговора. Побројани трошкови могу утицати на трансакторе да одустану од директне тржишне размене и приступе интегрисању својих својинских права над ресурсима унутар предузећа”⁸.

Категорију трансакционих трошкова могуће је поделити на трошкове долажења до информација, трошкове преговарања, трошкове мерења карактеристика разменљивих добара, трошкове заштите права власништва, трошкове извршења уговора, трошкове контроле спровођења уговора, и томе слично. Најкраће, позитивни трансакциони трошкови су последица неефикасности институција. Међутим, може се рећи да се трансакциони трошкови дефинишу као трошкови свих средстава која су потребна како би се обавила размена при чему се мисли на преговарање о условима, трошкове информација, потписивање и закључивање уговора, реализацију власничких права, надзор, реализацију размене, надаље како би се остварио развој и одржавање и заштита институционалне структуре (судства, полиције и војске).

Основни задатак институција је смањење трансакционих трошкова односа међу појединцима. У ситуацији када неформална правила нису у сагласју са формалним правилима, трансакциони трошкови очувања постојећег институционалног оквира биће високи, а то ће утицати на ограничавање повећања богатства заједнице. Високи трансакциони трошкови делују на државу да приступи промени формалних правила које друштво не прихвата. Када се неформалним правилима занемарују или неутрализују формална правила, трансакциони су трошкови мањи.

Склад између формалних и неформалних правила позитивно утиче, смањује трансакционе трошкове одржавања институционалне структуре и повећава богатство заједнице. Истраживања су показала следеће: трансакциони трошкови развоја права приватног власништва смањили су се када је држава донела формална правила којима је институционализовала већ постојећа неформална правила.

Када су промене формалних правила у складу с превладавајућим неформалним правилима, подстицаји који се стварају снижавају трансакционе трошкове и тако ослобађају ресурсе за производњу вредности у друштву. Када су нова формална правила у сукобу с превладавајућим

⁷ Небојша Бацковић, *Економија и институције*.: Факултет за менаџмент Универзитета у Зајечару, Зајечар, 2005, 140.

⁸ Зоран Стефановић, *Тржиште и институције као комплементарни економски механизми - приступ нове институционалне економије*, *Економске теме*, 2009. 47 (2), 127-142

неформалним правилима, подстицаји који тада настају повећавају трансакционе трошкове и смањују производњу вредности у заједници.

Кључни фактор који делује на стварање институција јесте начин на који актери користе информације, а који је последица високих трансакционих трошкова⁹. У ситуацијама када су информације ограничене трошкови људских интеракција су нижи захваљујући институцијама. Трансакциони трошкови настају зато што актери на тржишту, да би трговали и међусобно пословали, морају прибављати информације о другим актерима. Актери се међусобно не познају, а прибављање информација је скупо и асиметрично доступно. У тој ситуацији, а када се циљеви учесника међусобно не подударају, настаје проблем моралног хазарда, када се један од учесника одмах након склопљеног уговора, понаша другачије него што је то договорено. Главни извори тог проблема су када један од учесника жели извући максималну корист за себе, наносећи другој страни штету кроз непоштивање уговорних одредби.

У уговорним односима, учесници који имају релативно јефтин приступ информацијама имају предност у манипулисању, а то подстиче актере с ограниченим информацијама да траже начине своје заштите у институционалном оквиру који ће заштитити и омогућити спровођење потписаног уговора.

4. КВАНТИФИКАЦИЈА ДОСТИГНУТОГ НИВОА ЗАШТИТЕ ВЛАСНИЧКИХ ПРАВА

Индекс власничких права састоји се од 10 подиндеска груписаних у три основне групе: правно и политичко окружење која пружа информације о снази институција неке државе, као и права физичког власништва и права интелектуалне власништва, која одражавају два облика власничких права пресудних за социјално-економски развој земаља.

Индекс се састоји од три компоненте, од којих се свака рачуна на основу више варијабли. Све варијабле преузимају се из других међународних извора, као што су Глобални индекс конкурентности Светског економског форума, Пословање Светске банке или Индикатори доброг управљања Светске банке. Свака компонента рачуна се као просек вредности варијабли које је чине, док се коначна оцена рачуна као просек све три компоненте. Максималан број поена који се може достићи је 10¹⁰.

Компоненте и варијабле су:

⁹ Douglas North, *Institucije, institucionalna promjena i ekonomska uspješnost*, Masmedija Zagreb, 2003, 147

¹⁰ <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

1. Правно и политичко окружење – независност судства; владавина права; политичка стабилност; ниво корупције.
2. Заштита физичке имовине – заштита својинских права; регистрација некретнина; приступ кредитима.
3. Заштита интелектуалне имовине – перцепција заштите интелектуалних права; заштита патената; заштита ауторских права.

У 2020. години објављене су вредности индекса за 129 земаља широм света које чине 94% светске популације и 98% светског БДП-а. Као и претходних година, и у 2020. години индекс је наставио да даје свеобухватан увид у снагу права физичког власништва, права интелектуалног власништва и правног и политичког окружења које их спроводи¹¹.

Вредност индекса заштите власничких права на обухвату од 129 земаља показује просечну оцену од 5,73 поена у 2020. години, а три водеће земље - Финска, Швајцарска и Сингапур – највише су напредовале у заштити власничких права. Увидом у податке које пружа Индекс власничких права уочава се да су у посматраном периоду времена индекси својинских права у најбоље рангираним земљама на релативно високом нивоу од преко 8,5 поена (на скали од 0 до 10 поена). Такође, промене вредности индекса најчешће нису брзе ни значајне, што се може видети на примеру вредности индекса власничких права Финске као водеће земље у свету. У 2020. години вредност овог индекса износила је 8.654 поена, што је скроман раст у односу на 2010. годину када је износио 8.647 поена. Од других великих економија, САД се налазе на 13., Канада на 14., Немачка на 16., Велика Британија на 18., Кина на 49. и Русија на 88. месту. На крају листе налазе се Ангола, Бангладеш, Венецуела, Јемен и Хаити¹².

У табели 1 презентована је величина индекса власничких права земаља Западног Балкана и селектованих земаља из њиховог окружења у 2020. години.

Табела 1. Индекс власничких права земаља Западног Балкана и селектованих земаља из њиховог окружења у 2020. години.

Земља	Индекс власничких права	Ранг
Мађарска	6,25	43
Словенија	6,15	48
Румунија	5,88	54
Бугарска	5,72	55
Хрватска	5,23	75
Црна Гора	4,95	90

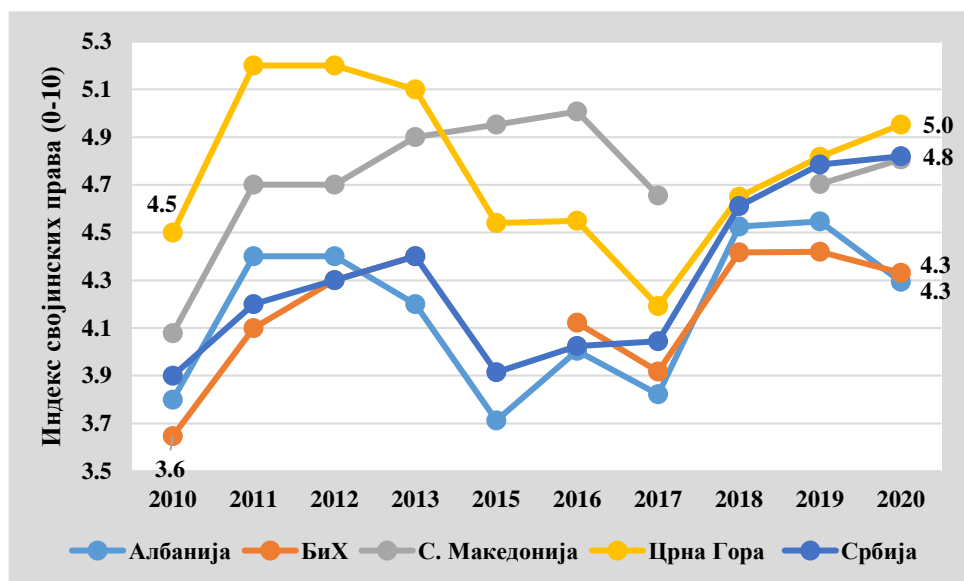
¹¹ <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

¹² <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

Србија	4,82	95
Северна Македонија	4,81	96
Босна и Херцеговина	4,33	110
Албанија	4,29	112

Извор: <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

Земље Западног Балкана су ниско позициониране када је у питању величина индекса заштите својинских права иако су све побољшале његову вредност (највише Србија за 0,9 процентних поена, следе је Босна и Херцеговина и Северна Македонија са 0,7 процентних поена, а најмањи раст вредности индекса забележиле су Албанија и Црна Гора). Од свих пет посматраних земаља Западног Балкана само је Србија побољшала свој релативни положај у 2020. години у односу на претходну деценију. У 2020. години, према вредностима индекса заштите власничких права, Србија је рангирана на 95. месту од 129 посматраних земаља што је побољшање од 5 места у односу на положај из 2010. године.



Слика 1. Индекс заштите својинских права земаља Западног Балкана у периоду 2010-2020.

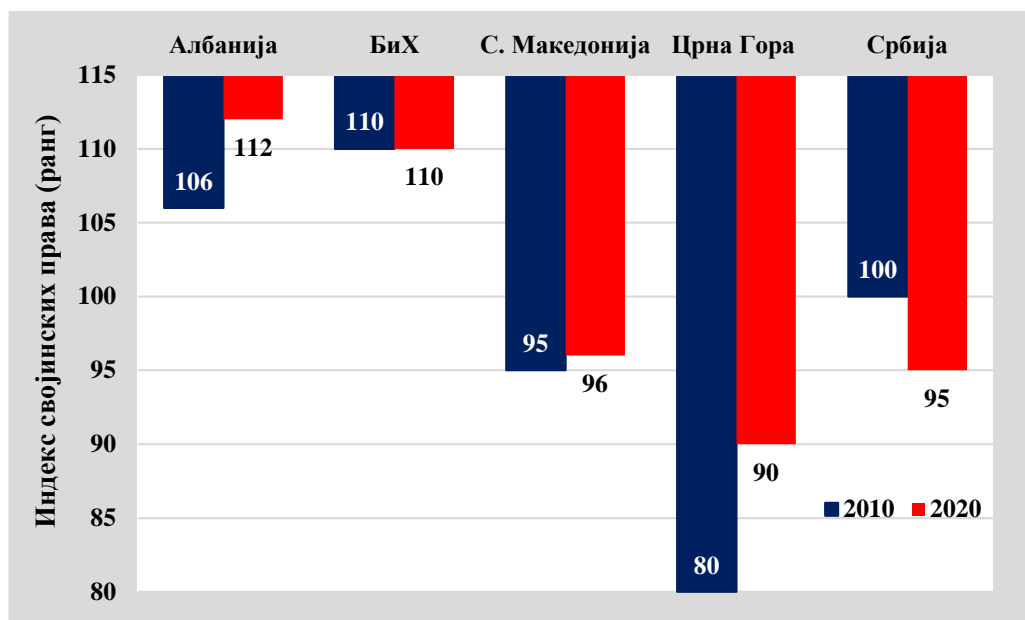
Извор: Аутор на основу података преузетих са <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

Иако је за десет места погоршала своју позицију у 2020. у односу на 2010. годину (80. и 90. место респективно) Црна Гора је и даље најбоље

рангирана међу земљама Западног Балкана према вредностима индекса заштите власничких права.

Са растом вредности индекса заштите власничких права од 0,7 поена у 2020. у односу на 2010. годину Босна и Херцеговина је задржала своју релативну позицију (110. место), док је Северна Македонија смањила своју релативну позицију са 95. на 96. место у посматраном десетогодишњем периоду.

Скромни раст вредности индекса заштите власничких права (раст од 0,5 поена) и ниска позиција у 2010. години (106. место) утицали су да Албанија још више повећа свој ионако лош пласман на глобалној скали заштите власничких права у 2020. години и заузме 112. место чиме је постала најслабије рангирана од свих пет посматраних земаља Западног Балкана.



Слика 2. Ранг земаља Западног Балкана по висини индекса заштите власничких права 2010. и 2020. године

Извор: Аутор на основу података преузетих са <https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

Скромни раст вредности индекса заштите власничких права и губитак релативних позиција у односу на друге земље у свету, јасно указује на велико заостајање заштите својинских права као компоненте друштвене инфраструктуре земаља Западног Балкана не само у односу на најразвијеније земље у свету попут водећих земаља ЕУ, већ и у односу на земље средњег нивоа развијености у Европи и широм света.

5. ЗАКЉУЧАК

Институције обликују подстицаје у људској размени и смањују неизвесност. Дефинишући правила понашања оне повећавају предвидивост одлука економских агената и делују у правцу успостављања стабилне структуре људских интеракција.

Једна од најзначајнијих компоненти институционалног развоја земаља представља заштита власничких права. Она се морају базирати на јасној и применљивој законској регулативи.

Далеко најпознатији показатељ достигнутог нивоа заштите власничких права је Међународни индекс заштите власничких права који сваке године објављује Алијанса за заштиту права својине у Вашингтону у сарадњи са 122 организације из целог света. Реч је о индикатору који квантификује не само заштиту својине у физичком или интелектуалном облику, већ мери и правне и политичке димензије институција које се баве заштитом приватне својине.

На основу сагледавања вредности Међународног индекса заштите својинских права пет земаља Западног Балкана (Албанија, Босна и Херцеговина, Северна Македонија, Србија и Црна Гора) у 2020. години дошло се до закључка да су оне ниско позициониране у поређењу са већином светских економија. У 2020. години, према вредностима индекса заштите власничких права, Србија је рангирана на 95. месту од 129 посматраних земаља што је побољшање од 5 места. Србија је уједно и једина међу земљама Западног Балкана која је побољшала свој релативни положај у 2020. години у односу на претходну деценију.

Dusanka JOVOVIC, LL.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

PROTECTION OF PROPERTY RIGHTS AS AN INDICATOR OF INSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF THE WESTERN BALKAN COUNTRIES

Summary

The article examines the protection of property rights as an indicator of institutional development of the Western Balkans in the period 2010-2020. We started from the position that the institutional development of the so-called countries, delayed in transitions, implies continuous growing protection of property rights in society. This is primarily due to the fact that strong protection of property rights, among other things, provides equal opportunities to the broadest aspects of society in the field of employment, social security and human rights. Without institutions, there is no economic and social prosperity. The countries of the Western Balkans are low in terms of the size of the property rights index, although they all improved its value in 2020 (mostly Serbia by 0.9 percentage points, followed by Bosnia and Herzegovina and Northern Macedonia with 0.7 percentage points, and the smallest increase in the value of the index was recorded by Albania and Montenegro). Only Serbia has improved its relative position in 2020 compared to the previous decade.

Key words: *institutions, institutional development, property rights, index of property rights protection, Western Balkans.*

ЛИТЕРАТУРА

Daron Acemoglu, *Introduction to Modern Economic Growth*, Princeton University Press, Princeton, 2009.

Борис Беговић, *Институционални аспекти привредног раста*, Службени гласник, Београд, 2011.

Марко Тмушић, *Утицај квалитета институција на привредни развој и ефекте приватизације у Србији*, докторска дисертација, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2017.

Мајкл Бурда и Чарлс Вишлош, *Макроекономија*, Европски уџбеник, Центар за издавачку делатност Економског факултета Универзитета у Београду, 2012.

Љубомир Маџар *Својина и реформа* – Књига прва. Београд: Институт економских наука, Београд, 1995.

Веселин Драшковић и Мимо Драшковић *Институције, поредак и транзиција*, Елит, Подгорица, 2013.

Небојша Бацковић, *Економија и институције*.: Факултет за менаџмент Универзитета у Зајечару, Зајечар, 2005.

Зоран Стефановић, *Тржиште и институције као комплементарни економски механизми приступ нове институционалне економије*, *Економске теме*, 2009.

Douglas North, *Institucije, institucionalna promjena i ekonomska uspješnost*, *Masmedija Zagreb*, 2003.

<https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

<https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

<https://www.internationalpropertyrightsindex.org/>

Др Љубомир МИТРОВИЋ*

347.952(497.11)

332.363(497.11)

**ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈА ТРЖИШТА ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА
И ПРЕХРАМБЕНИ СУВЕРЕНИТЕТ У СРБИЈИ**

Апстракт: Предмет овог рада је либерализација тржишта пољопривредног земљишта и прехранбени суверенитет у Републици Србији. Имајући у виду да Република Србија тежи чланству у Европској унији, усклађивање са правним тековинама Европске уније постаје императив. На том путу Република Србија се Споразумом о стабилизацији и придруживању обавезала да ће либерализовати своје право у области слободе продаје пољопривредног земљишта, као део извршења, што је и формално спровела 2017. године доношењем Закона о измени и допунама Закона о пољопривредном земљишту. Србија се данас налази пред изазовом: како заштитити домаће пољопривреднике и прехранбени суверенитет, уз истовремено омогућавање прилива страних инвестиција. Отуда циљ овог рада јесте да се сагледа Закон о пољопривредном земљишту, као детерминанту правног оквира за право странаца да стичу својину над пољопривредним земљиштем у Србији, а да при томе и заштитимо домаће пољопривреднике и одржимо прехранбени суверенитет. Закључак је да ће измене Закона о пољопривредном земљишту из 2017. битно нарушити ефикасност алокације ресурса, а самим тим и благостање економских субјеката неће бити увећано у довољној мери. Зато треба приступити моделу фазне либерализације тржишта пољопривредног земљишта, чиме би се отклониле законске супротности са међународни правом, правом Европске уније, Споразумом о стабилизацији и придруживању, али и законске супротности са Уставом Републике Србије. У истраживању ове комплексне проблематике у раду су коришћени методи анализе и синтезе, нормативни метод, упоредноправни метод, компаративни и метод дескриптивне статистике.

Кључне речи: *пољопривредно земљиште, право странаца да стичу својину над пољопривредним земљиштем, либерализација тржишта пољопривредног земљишта, прехранбени суверенитет, Закон о пољопривредном земљишту, Споразум о стабилизацији и придруживању.*

* Редовни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, [ljubomir.mitrovic @pr.ac.rs](mailto:ljubomir.mitrovic@pr.ac.rs)

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Познато је да је Србија на путу Европских интеграција. Наиме, Србија је 2008. године потписала и ратификовала са ЕУ Споразум о стабилизацији и придруживању.¹ Споразум је ступио на снагу 2013. године. Овим споразумом Србија се обавезала да ће изменити своје законодавство које се односи на стицањесвојине над непокретностима – пољопривредном земљишту (што је формално учинила августа 2017. године), како би држављанима чланица ЕУ осигурала исти третман као и својим држављанима, у року од четири године од дана ступања на снагу Споразума (01.09.2017. године). Дакле, од септембра 2017. држављани ЕУ добијају право да купују све непокретности у Србији, па и пољопривредно земљиште, под истим условима као и домаћи купци. Једин начин је био да „колико-толико заштитимо националне интересе да променимо Закон о пољопривредном земљишту, и да у њега уградимо правна ограничења за нове купце која већ постоје у законодавству 28 земаља-чланица ЕУ. То је неопходно зато јер земљиште је необновљив ресурс. Његово очување је од суштинске важности за прехранбену сигурност грађана, па га не треба отуђивати и продавати“.² Треба истаћи да и поред забране прописане Законом о пољопривредном земљишту да „власник пољопривредног земљишта не може бити страно физичко, одн. правно лице“³, странци су успевали да индиректно прибаве велике површине обрадивог земљишта, оснивањем правног лица у Србији.⁴ Изменама и допунама Закона о пољопривредном земљишту⁵ и усвајањем других подзаконских аката који су пратили ове законске измене, тржиште пољопривредног земљишта и производње хране је отпочело либерализацију. До сада, од ових измена аграрне политике највеће користи (профит) су имали капиталисти и тајкуни, који су додатно увећавали своје богатство. Чињеница је да Закон о пољопривредном земљишту је готово увек предмет интересовања шире јавности у Србији, јер пољопривредно земљиште, као најзначајнији производни ресурс у пољопривреди, чини нешто мање од

¹ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених чланица са једне стране, и Републике Србије са друге стране, *Службени гласник – Међународни уговори*, бр. 83/2008.

² Миладин Шеварлић, О судбини пољопривредног земљишта у Србији, *Агросервис плус*, Београд, 17.06.2015.

³ Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008, др. закон 41/2009 и 112/2015, чл.1, ст.4.

⁴ Закон о спољнотрговинском пословању, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2009, 36/2011, чл. 133.

⁵ Закон о изменама и допунама Закона о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 80/17.

половине територије Србије (49,8%), одн. 3.861.447 хектара⁶, или 72,2% укупно расположивог земљишта.

Стварање нових обрадивих површина је ограничено, или пак долази са повећањем трошкова заштите животне средине. Подсећамо, за формирање једног центиметра обрадивог пољопривредног земљишта неопходно је да протекне период од хиљаду до 25 хиљада година. Такође, забрињавајући је податак да Србија има само 52% земљишта које је погодно за пољопривредну производњу. Зато је питање очувања и рационалног коришћења овог веома важног привредног ресурса постало изузетно значајно. Наравно, треба истаћи да „Република Србија располаже са 0,70 хектараукупног пољопривредног земљишта, односно 0,46 хектаракоришћеног земљишта по становнику, то и спада у ред европских земаља са повољним земљишним ресурсима, што јој омогућава и релативно задовољавајућу прехранбену самоодрживост становништва. Исто тако, однос површина ораничног земљишта и сталних усева према површинама ливада и пашњака (71% : 29%) је повољнији у поређењу са другим европским земљама“.⁷ Али у Србији „има преко 0,4 мил. хектараземљишта са механичким саставом тешког типа и преко 0,1 мил. хектарана различите начине оштећених земљишта. Сваке године, са различитим деградационим процесима, оштети се нових 1.000 хектараземљишта“.⁸ Морамо истаћи да постоји велика конкуренција у прибављању земљишта, као ограничавајућег производног ресурса у Војводини, региону са највећим учешћем пољопривредног земљишта у Србији. Истина је, такође да великом броју пољопривредних газдинстава у региону Војводине, пољопривредно земљиште све више постаје лимитирајући фактор и за рационалнију примену других средстава рада у пољопривреди. Отуда времена која долазе доносе већу конкуренцију и потребу да се производња или рационализује и укрупњава, или да се од ње одустане.⁹ Зато су данас квалитетније парцеле земљишта постале тржишно траженије и економски све вреднији производни ресурс. Међутим, како је земља мало острво у великом универзуму, то се данас у обраду не узимају смо најквалитетније парцеле, већ и оне мање квалитетне, посебно у условима велике конкуренције на тржишту пољопривредног земљишта.

⁶ Попис пољопривреде 2012, Пољопривреда у Републици Србији, РЗЗС, Београд, 2013.

⁷ Славка Митровић, *Допринос пољопривреде у развоју Србије*, Универзитет у Приштини, Пољопривредни факултет, Лешак, 2016, стр. 261.

⁸ Ђуро Ерцеговић и група аутора, *Техничко-технолошки аспекти примене машина и оруђа за уређење земљишта по површини и дубини*, Пољопривредна техника, бр.2, Пољопривредни факултет, Београд, 2008, стр. 13-26.

⁹ Даница Бошњак, Весна Родић, *Компаративна анализа трошкова производње основних ратарских усева у Војводини*, Економика пољопривреде, 2010, 57 (2), стр. 233-243.

Имајући претходно у виду, посебна пажња мора се посветити породичним газдинствима, јер највећи део производних капацитета у пољопривреди Србије налази се у поседу породичних газдинстава, чак 79,9% пољопривредног земљишта, 89,5% обрадивог земљишта, 83,8% ораница. Исто тако, 97% укупног броја трактора налази се у поседу породичних газдинстава, при чему они остваре и највећи део производње, на пример око 88% производње кукуруза, око 73% производње пшенице, око 65% производње сунцокрета и око 50% производње соје и шећерне репе.¹⁰ Када је реч о поседовној структури у пољопривреди Републике Србије, можемо рећи да је она неповољна. Наиме, према Попису пољопривреде из 2012. у поседовној структури пољопривредних газдинстава доминирају мала газдинства, будући да су газдинства са поседом мање од 3,00 хектара, или око 60%, а 77% пољопривредних газдинстава су испод 5 хектара. Треба истаћи да газдинства већих од 10 ха има свега 8% од укупног броја газдинстава у Србији¹¹, а којих је према Попису 2012. било укупно 631.552. Иначе, овако поларизована поседовна структура пољопривредних газдинстава прати традиционални образац европског модела пољопривреде са великим комерцијалним газдинствима на северу, и малим породичним газдинствима у јужном делу земље. Таква подела газдинстава је резултат не само карактеристика рељефа, већ и низа фактора: историјских, друштвених, економских, који су довели до стварања различитих типова газдинстава и модела њихове трансформације.¹² Уколико посматрамо економску величину пољопривредних газдинстава у Србији, можемо констатовати да највећи део газдинстава припада групи, односно класама економске величине до 3.999,00 €, одн. 68% од укупног броја пољопривредних газдинстава. Како просечна величина коришћеног пољопривредног земљишта по газдинству које припада наведеним класама економске величине не прелазе 3,00 ха, можемо закључити да су у пољопривреди Србије доминантна мала газдинства ниске економске снаге (величине).

Нема сумње, поред низа лоших страна, транзиција и реструктурирање су иницирали и ојачали развој породичних газдинстава у Србији. Наиме, последњих година све је израженија појава стварања нових породичних

¹⁰ Dragica Božić, Petar Munćan, Family farms – The Factors Of Agricultural Development In Serbia, Edited by D. Tomić, M. Ševarlić, Development of agriculture and rural areas in Central and Eastern Europe, Serbian Association of Agricultural Economics, Novi Sad, 2007, p. 221-230.

¹¹ Обрачун аутора на основу података Пописа пољопривреде 2012. у Републици Србији, Републички завод за статистику, Први том, Београд, 2013.

¹² Natalija Bogdanov, The State Of Small Scale Farming In Serbia And Policy Challenges, in: Gordana Đurić (Ed), Book Of Abstracts – 5th International Symposium On Agricultural Sciences AGRORES 2016, Banja Luka: Faculty Of Agriculture University of Banja Luka, 2016, p. 81.

газдинстава, нарочито на простору АП Војводине. Познато је да су се у Србији после Другог светског рата градили социјалистички продукциони односи, који су обухватили и пољопривредни сектор. Међутим, највећи део пољопривредног земљишта је био у оквиру малих породичних газдинстава, дакле у приватном власништву, што је представљало добру основу за развој сеоског предузетништва, у смислу укрупњавања поседа. Засигурно, повећање ефикасности производње породичних газдинстава је један од главних покретача економског раста и предуслов за њихов даљи развој. Нажалост, бројни пољопривредни произвођачи нису препознали користи које могу остварити ефикаснијим коришћењем производних ресурса, а ни обим и хитност трансформације. Заправо, процес приватизације у Србији довео је до стања у коме пољопривредно земљиште и комбинати прелазе у руке великих корпорација, на штету малих пољопривредних произвођача. Тај процес у Србији посебно је изражен последњих година, нарочито од потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању ЕУ. Зато су морале да уследе измене и допуне Закона о пољопривредном земљишту, те је августа 2017. Народна скупштина по хитном поступку усвојила законске новине којима се формално омогућава држављанима ЕУ исти третман као и домаћим да стичу својину на пољопривредном земљишту.

Истичемо да је последњих година у Србији распродајом и приватизацијом земљишта из државног власништва у руке корпорација и тајкуна прешло око 500.000 хектараземље у Војводини, а од чега се преко 100.000 хектараналази у рукама четири домаће корпорације. Највише је приватизовано земљиште у Војводини. Од 1,6 мил. хектара обрадивог земљишта у тој нашој покрајини, у приватној својин је чак 1,1 мил. хектара. Међу највеће компаније обрадивог земљишта спадају: „Матијевић“ и „МК Group“ са више од по 30.000 хектара, затим „Делта аграр“ са више од 25.000 хектара, „Ирва инвестиције“ са око 8.000 хектара, ирска компанија „Baltic Property Investments Limited“ са око 13.000 хектара, мађарска компанија „СВА“ са око 2.600 хектара, хрватска компанија „Жито група“ са око 2.000 хектара. Ове компаније су већ преузеле све те површине пољопривредног земљишта у нашој земљи, те је отпуштено десетине хиљада радника, а преко 250 комбината је уништено. Да се процес продаје пољопривредног земљишта наставља, сведочи долазак нових страних компанија.

2. ЗАКОН О ПОЉОПРИВРЕДНОМ ЗЕМЉИШТУ

Закон о пољопривредном земљишту подвргнут је изменама како би се ограничила продаја земљишта странцима, као и ускађивање тог Закона са Споразумом о стабилизацији и придруживању до 01.09.2017. године. Закон о пољопривредном земљишту који је 2017. измењен и допуњен и данас је предмет интересовања шире јавности у Србији. То је разумљиво, јер као што

је већ истакнуто – половина територије Србије чини пољопривредно земљиште, на коме узгајамо разноврсне културе (пшеница, кукуруз, соја, шећерна репа), као и то да Србија има готово 1,5 мил. пољопривредника. Проблем стицања права својине на пољопривредном земљишту у претходном периоду и данас је у фокусу пажње јавности. Ова проблематика, поред значајних економских последица потенцијално има и политичку конотацију, јер је пољопривредно земљиште природни ресурс од прворазредног значаја. Отуда притисак јавности да се законска правила измене тако што би се избегла могућност да држава у потпуности изгуби контролу у овој области, а што би потенцијално могло проузроковати дугорочне последице на унутрашњем и спољном плану. У том контексту, Закон о пољопривредном земљишту би требало да садржи оно што ЕУ покушава квалификовати као – укидање дискриминације између грађана Србије и грађана ЕУ, при куповини некретнина, одн. пољопривредног земљишта, а што са друге стране српски сељаци сматрају за угрожавање својих интереса. Треба истаћи да је пре усвајања измена и допуна Закона о пољопривредном земљишту, јавност скретала пажњу да је Србија лоше испреговарала Споразум о стабилизацији и придруживању 2008. године, а који је на снагу ступио 2013. Наиме, за разлику од неких других земаља на путу у ЕУ, Србија је добила, као што је речено само 4 године паузе, тј. непродавања пољопривредног земљишта странцима, док су се друге земље током самих преговора о придруживању чак избориле и за вишегодишњу забрану продаје земље странцима.¹³ Чињеница је да Споразум о стабилизацији и придруживању је потписан такав какав је и да се не може мењати уговор без свих учесника који су радили на постизању договора. Измена Споразума подразумева да се све земље чланице изјасне о томе, што није реално очекивати. Зато је и 01.09.2017. године чекан као датум који је требало да изједначи услове за стицање пољопривредног земљишта грађана Србије и грађана ЕУ. У том контексту поставља се питање – шта су новине измењеног Закона о пољопривредном земљишту ?

Пре свега, измењен је чл. 1. ст. 4. Закона о пољопривредном земљишту. Пре измене ова одредба је гласила: „Власник пољопривредног земљишта не може бити страном физичко, одн. правно лице“. Сада у Закону о изменама и допунама Закона о пољопривредном земљишту ова одредба

¹³ Неке земље ЕУ задржале су мораторијум на продају земљишта и после уласка у ЕУ (Хрватска – 7 година, Пољска – 12 година). Најрадикалнији пример је Мађарска која је 2012. променила устав и трајно забранила страном држављанима да купују оранице. Такође, ни у Немачкој нема странаца који су купили пољопривредно земљиште. Исто тако и у Данској, Израелу и другим земљама постоји ограничење продаје пољопривредног земљишта. Та ограничења свакако указују на заштиту националних интереса.

гласи: „Власник пољопривредног земљишта не може бити стране физичко, одн. правно лице, осим ако овим законом није другачије одређено, у складу са Споразумом о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених чланица са једне стране, и Републике Србије са друге стране (Службени гласник РС – Међународни уговори, бр. 83/08 и 12/14, у даљем тексту: Споразум)“. Треба истаћи да чл. 63. ст. 2. Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених држава чланица са једне стране, и Републике Србије са друге стране прописује следеће: „По ступању на снагу овог Споразума, Србија ће да допусти држављанима држава чланица ЕУ да стичу својину над непокретностима у Србији, уз потпуну и целисходну примену постојећих поступака. У периоду од четири године од ступања на снагу овог Споразума Србија ће постепено усклађивати своје законодавство које се односи на стицање својине над непокретностима у Србији, како би држављанима Европске уније осигурала исти третман као и својим држављанима“.

Затим, додат је нов члан 72ђ, који се односи на услове за промет пољопривредног земљишта у приватној својини, који од 01.09.2017. године важи за држављане чланица ЕУ, у складу са одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених држава чланица са једне стране, и Републике Србије са друге стране. Када је реч о испуњености услова, њих утврђује министар надлежан за послове пољопривреде. Даље, у члану 72ђ каже се да држављанин државе чланице ЕУ може стећи пољопривредно земљиште у приватној својини, полазећи од Споразума, правним послом уз накнаду, или без накнаде под условима прописаним овим законом. Услови под којим држављанин државе чланице ЕУ може стећи пољопривредно земљиште у приватној својини, јесу да: 1) најмање 10 година је стално настањен у јединици локалне самоуправе у којој врши промет пољопривредног земљишта; 2) обрађује најмање три године пољопривредно земљиште које је предмет правног посла, уз накнаду, или без накнаде; 3) има регистровано пољопривредно газдинство у активном статусу као носилац породичног пољопривредног газдинства, у складу са законом којим се уређује пољопривреда и рурални развој, без прекида најмање 10 година; 4) има у власништву механизацију и опрему за обављање пољопривредне производње.

Предмет правног посла може да буде само пољопривредно земљиште у приватној својини ако: 1) није пољопривредно земљиште које је у складу са посебним законом одређено као грађевинско земљиште; 2) не припада заштићеним природним добрима; 3) не припада, или се не граничи са војним постројењем и војним комплексом и не налази се у заштитним зонама око војних постројења, војних комплекса, војних објеката и објеката војне инфраструктуре, нити припада и не граничи се са територијом Копнене зоне безбедности.

Предмет правног посла не може да буде пољопривредно земљиште у приватној својини које се налази на удаљености до 10 km од границе Републике Србије. Друго ограничење односи се на површину, те лице које испуњава прописане услове може стећи у својину највише до 2 хектара пољопривредног земљишта у приватној својини. Треба нагласити да у Закону, као и Предлогу закона¹⁴ стоји да се одредбе ст. 4 овог члана не примењују у случају повраћаја имовине, које се врши у складу са законима којима се уређује враћање одузете имовине бившим власницима. У Предлогу се изузетак код повраћаја одузете имовине односио на површинско ограничење, а у Закону се односио на удаљеност пољопривредног земљишта од границе. Овде се намеће питање: да ли је реч о пропусту, па је требало предвидети да се у случају повраћаја имовине, која се врши у складу са законима којима се уређује враћање одузете имовине бившим власницима не примењују одредбе става 4. и ст. 5. овог члана, остаје да се види. Право прече куповине пољопривредног земљишта у приватној својини, које је предмет овог посла, има Република Србија и одобрава га Влада, на предлог комисије коју образује заједнички министар надлежан за послове пољопривреде и министар надлежан за послове финансија.

Несумњиво, Закон је морао бити донет, јер се њиме (према предлагачу) решава питање испуњавања обавеза Републике Србије, које су преузете на основу Споразума о стабилизацији и придруживању. Међутим, изменама Закона о пољопривредном земљишту Влада Србије је формално странцима отежала куповину српских ораница, јер се овај процес годинама одвијао преко правних лица (фирми) која су регистрована у Србији, а која су, купујући пољопривредне комбинате добила на поклон и земљу у јавној и задружној својини. Наиме, уводе се ограничења куповине земљишта странцима који буду желели да дођу до наших ораница, како би се заштитио основни природни ресурс државе. Тиме се истовремено чини све да се предупредити могуће последице негативних ефеката примене Споразума. Евидентно је из досадашњег излагања да су законске новине (из 2017. године) у супротности са међународним правом, правом ЕУ, али и са самим Уставом Србије. Оне су донете под политичким притиском домаће јавности, али и у партикуларном интересу одређених друштвених група. Очекују се даљи политички притисци органа ЕУ, наравно у интересу њихових инвеститора.¹⁵ Пошто се још нису стекли услови за несметану и неограничену продају пољопривредног земљишта странцима, услед

¹⁴Предлог закона о измени и допунама Закона о пољопривредном земљишту, Влада Републике Србије, званични интернет сајт: www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti-pregled.

¹⁵Лука Багуран, Право страних лица да стичу својину на пољопривредном земљишту у Србији након законских новела из 2017. године, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 3/2017, стр. 1173-1174.

неуређених имовинско-правних односа (почев од тога чије је земљиште у Србији: паорско, државно, тајкунско, задружно, проблем реституције није завршен, не знамо тачно колико имамо државне земље), то би у овом тренутку било најбоље примењивати фазни модел либерализације тржишта пољопривредног земљишта. Ограничења која су дата у Закону треба да спрече потпунију либерализацију тржишта (промета) пољопривредног земљишта. Србија не треба да нагло либерализује тржиште пољопривредног земљишта, јер то може неповољно утицати на њен привредни и рурални развој. Наиме, негативни ефекти продаје пољопривредног земљишта странцима су: пораст незапослености и нестанак многих пољопривредних газдинстава¹⁶, ризик у вези са прехранбеном сигурношћу, деградација животне средине. Негативни ефекти продаје ораница највише ће погодити најнеразвијена рурална подручја. Нема сумње, правни и институционални оквир и његова ефикасна примена у пракси је гарант да нема бојазни од страног власништва над пољопривредним земљиштем, па зато продаја пољопривредног земљишта може бити полуга економског развоја. Наравно, као што је истакнуто, земљишна права не обухватају само правна, већ и економска и социјална питања.

Продаја пољопривредног земљишта страним инвеститорима може имати ипозитивне ефекте по Србију и довести до: повећања продуктивности пољопривредних газдинстава и приноса, укрупњавања парцела кроз повећање коришћеног пољопривредног земљишта по пољопривредном газдинству, повећања цена пољопривредног земљишта, затим до повећања извоза пољопривредних производа, до повезивања пољопривредника са развијеним тржиштем и до економског раста. Колики ће позитивни ефекат имати за земљу домаћина, одн. земљу која продаје пољопривредно земљиште, може се сагледати преко њених правних и институционалних капацитета. Уколико је то тако, онда су за сада мали ефекти за Србију од продаје ораница странцима, јер правни и институционални оквир је малог капацитета. Поред тога, право на земљу је људско право, с обзиром на то да пољопривредно земљиште има не само економску, већ и социјалну и културну вредност. Имајући у виду све предвиђене измене и допуне, постоји бојазан у погледу размера које ће ове норме имати у пракси. Оно што је основна замерка јавности све време, тиче се могућности да страни држављани, оснивањем компанија на врло једноставан начин заобилазе ограничења која је овај закон предвидео. У вези с тим представници невладине организације

¹⁶ Иако је мали пољопривредник централна фигура Националне стратегије за развој пољопривреде, није и у пракси, јер последњих 20 година доласком крупних инвеститора у Србију, уз приватизацију, нестало је 300.000 пољопривредних газдинстава.

АМА-Центар за негу човека и природе¹⁷ из Србије на форуму „Нилени“ о суверенитету хране у Клужу (Румунија), пре неколико година, на великом европском скупу упозорили су да је процес приватизације у Србији довео до стања у коме „пољопривредно земљиште и комбинати прелазе у руке великих корпорација, на штету малих пољопривредних произвођача“¹⁸. Заправо, последње две деценије у Србији дошло је до концентрације власништва над пољопривредним земљиштем и монополизације пољопривредне производње. Држава ову област уређује у сагласности с интересима великих приватних агрокорпорација, а положај домаћих малих и средњих произвођача све је тежи. Због овакве државне стратегије Србија је ближа губљењу суверенитета у производњи хране. Период који следи показате да ли ће ове измене дугорочно решити питање режима располагања пољопривредним земљиштем, или ће ипак бити потребне додатне интервенције законодавца. Да је заиста неопходна помоћ и подршка малим и средњим пољопривредним газдинствима, указало је Министарство пољопривреде, те се припрема нови закон о пољопривредном земљишту.

3. ПРОДАЈА ПОЉОПРИВРЕДНОГ ЗЕМЉИШТА СТРАНЦИМА И ПРЕХРАМБЕНИ СУВЕРЕНИТЕТ У СРБИЈИ

Од почетка велике светске финансијске, енергетске и прехранбене кризе 2008. године, у свету је настало драстично преузимање пољопривредног земљишта од стране великих инвеститора, па чак и влада појединих земаља. Према неким проценама, у последњој деценији купљено је више од 35 милиона хектара обрадиве земље у свету. Треба истаћи да највећи купци имају седиште у ЕУ (око 40%) и инвеститори углавном купују оранице у источноевропским земљама, које се придружују Европској унији и где постоји обавеза промета земљишта, али и у државама које су у процесу придруживања. Напоменимо да 3% пољопривредних предузећа у Европи контролише 50% свих обрадивих површина¹⁹. Иначе, највеће површине досад су откупљене у Румунији, где је продато преко 800.000 ha земље и где

¹⁷ Ова организација покренула је истраживачки пројекат *Прехрамбени суверенитет у контексту Србије*, који указује на разлике између два концепта (прехранбена сигурност и прехранбени суверенитет) пољопривреде и проблеме који се јављају. Један од циљева овог пројекта је да се помогне малим произвођачима да опстану и да успоставе директан контакт са потрошачима.

¹⁸ Форум: Корпорације куповином земљишта уништавају мала сеоска газдинства, Радио-телевизија Војводине, 30.10.2016. 09:19, извор: *Бета*.

¹⁹ Подсећамо, 6 мултинационалних компанија: Monsanto, DuPont, Syngenta, Bayer, Dow и BASF држе 75% патената на биљне сорте, 60% комерцијалног тржишта семена и 76% тржишта агрохемијских инпута.

око 65.000 хектара припада једном предузећу. „Румунски председник Клаус Јоханис сматра да се превише обрадиве земље налази у рукама странаца. Крајем 2020. године он је навео да је то око 30% и заузео се за строже законске одредбе, иако за странце већ постоје нека ограничења“²⁰. Чињеница је да продаја великих површина пољопривредног земљишта није нов феномен, тј. да није како се обично истиче настала са светском кризом хране 2008, већ да је сада убрзана у свету и Европи. Зато се у Србији пољопривредници прибојавају да ће велики страни инвеститори ући у посед и преко 30% обрадивог пољопривредног земљишта у појединим општинама. Заправо, због ограничене површине обрадивог земљишта, њихов је страх да ће бити речи о земљишту које тренутно обрађују, а које ће њима бити ускраћено. Ово се посебно односи на Војводину, где нам је око 90% ораница државног власништва, а које се у целости обрађује. Међутим, у Закону о пољопривредном земљишту је експлицитно назначено да пољопривредно земљиште у државној својини може стицати само физичко лице домаћег држављанства, што значи да страна правна лица и домаћа немају то право. Заправо, сходно Закону о пољопривредном земљишту – пољопривредно земљиште у државној својини, физичко лице може стећи теретно-правним послом, под условима прописаним овим законом, осим у области Административне линије према Аутономној покрајини Косово и Метохија²¹.

Како Закон о пољопривредном земљишту регулише промет пољопривредног земљишта у државој својини и промет пољопривредног земљишта у приватној својини, то ситуација није тако јасна (прецизна) када је реч о стицању права својине на пољопривредном земљишту у приватној својини. Евидентно је да члан 72ђ говори о „држављанину“, што значи да су у питању физичка лица, односно да страна правна лица, макар имала припадност ЕУ, не могу стицати право својине на пољопривредном земљишту у приватној својини у Републици Србији²². Због тога странци и оснивају домаћа правна лица преко којих стичу пољопривредно земљиште. Дакле, поред тога што се цео Закон о пољопривредном земљишту односи на физичка лица, не и на правна, страна компанија може у Србији купити домаћу фирму и тако „пречицом“ стићи до власништва над земљом. Наиме, оснивањем фирме у Агенцији за привредне регистре у Србији, субјекат се одмах третира као домаће правно лице и нема више препрека да постане власник пољопривредног земљишта. Законодавац је у члану 72а, који се

²⁰ Ко зарађује на земљи у Источној Европи?, *Агро вести*, 5. април 2017. године, доступно на: www.agronews.rs/eu-ko-zaradjuje-na-zemlji-u-istočnoj-evropi/ 01.08.2021.

²¹ Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 62/2006, 65/2008 – др. закон, 41/2009, 11/2015, 80/2017 и 95/2018 др. закон, чл. 72а, ст.1.

²² Закон о измени и допунама Закона о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр.80/17, чл. 72ђ, ст.1.

односи на стицање права својине над пољопривредним земљиштем у државној својини, био прецизан (јасан) и нагласио „физичко лице“, што није случај и са осталим одредбама. Ипак, системским приступом и тумачењем Закона о пољопривредном земљишту, може се спознати која лица имају право својине на пољопривредно земљиште у Републици Србији. Значи, пољопривредно земљиштеу државној својини могу стицати само домаћа физичка лица, али не и правна. Такође, изменом и допунама Закона о пољопривредном земљишту из септембра 2017. Србија је требало да то дозволи и физичким лицима из ЕУ, што није учинила, иако се на либерализацију обавезала Споразумом о стабилизацији и придруживању. Србија би, у складу са Споразумом требало да омогући правним лицима ЕУ да стичу право својине на пољопривредном земљишту у приватној својини, одн. да им да национални третман. Отуда Србија није испунила обавезу из чл. 53, ст. 1 Споразума, којим се између осталог обавезала да ће страним привредним друштвима (правним лицима) омогућити положај који није мање повољан од положаја који имају домаћа привредна друштва, или то омогућити било којем привредном друштву из треће државе, које год је боље²³. Наравно, Србија је формално омогућила држављанима ЕУ да стичу право својине на пољопривредном земљишту у приватној својини. Али, како је у питању већи број услова, као и тежина постављених услова, то је држављанима ЕУ и даље недоступно пољопривредно земљиште у приватној својини. Очито да релевантне одредбе Закона о пољопривредном земљишту показују да Србија није испунила обавезе преузете Споразумом. Наиме, измене Закона о пољопривредном земљишту у супротности су са обавезама преузетим Споразумом. Како је Споразум међународни уговор, то значи да измене нису у складу ни са Уставом Републике Србије, пошто чл. 194, ст. 5. Устава прописује да закони и други општи правни акти не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. Како је Споразум о стабилизацији и придруживању постао и део домаћег правног поретка, то неизвршавање његових одредби значи непоштовање и непридржавање сопственог правног поретка. Поред тога, овакве измене у супротности су са Уставом и зато што се крше одредбе о забрани дискриминације (чл. 21 Устава). Дакле, тржиште пољопривредног земљишта формално је либерализовано само за држављане ЕУ. То значи даље, да уколико се појаве купци српских ораница ван ЕУ – потребан је и нови споразум, односно међународни уговор.

Имајући у виду претходно речено, у наставку намеће се и логично питање: да ли Србија треба да либерализује тржиште пољопривредног

²³ Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених чланица са једне стране, и Републике Србије са друге стране, *Службени гласник – Међународни уговори*, бр. 83/2008, чл. 53, ст. 1.

земљишта? Треба рећи да су мишљења подељена, па је мишљење струке и науке углавном да земљу никако не бисмо смели да продајемо. Уосталом, Србија и нема пуно земље колико се мисли (о чему је било речи)²⁴, те зато морамо чувати природне ресурсе. Професор Шеварлић у својој студији „Пољопривредно земљиште у Републици Србији“ указује да у осам од 25 региона у Србији имамо мање од 20 ари земље по становнику, што је изузетно мало. Исто тако, у 47 градова и општина (од 169 колико их имамо), мање је од 20 ари по становнику²⁵. О томе казује и агроекономиста Војо Станковић. За њега измењени и допуњени Закон о пољопривредном земљишту јесете погрешан потез државе. Он иде даље и каже да земљиште као јединствен и непоновљив ресурс не сам да не смемо продавати, него га не би требало давати у концесију²⁶. Његово очување је од суштинске важности за прехранбену сигурност грађана, па га зато не треба отуђивати и продавати. Уосталом, не смемо заборавити да су нас пољопривреда и електропривреда у кризним ситуацијама спасиле (економске санкције, НАТО агресија, финансијска криза). И данас, у условима пандемије корона вируса, српска пољопривредна производња може да подмири већи део прехранбених потреба становништва, што није случај ни у далеко богатијим земљама. Насупрот оваквом схватању, постоји и друго виђење, а то је да продаја великих површина пољопривредног земљишта у Србији представља прилику за развој. Иако је наш став једнак првом ставу, ипак глобално гледајући не можемо бити искључиви за други став, па се решење треба тражити негде између (на средини). За сада нови власници пољопривредног земљишта могу постати првенствено наши држављани, али и странци под одређеним условима (о којима смо већ говорили). Заправо, усвојене измене Закона о пољопривредном земљишту су одложиле примену потписаног Споразума о стабилизацији и придруживању, у којем је Србија прихватила обавезу да либерализује тржиште пољопривредног земљишта, пре него што постане пуноправна чланица. Било би добро да су ограничења у Закону о пољопривредном земљишту трајала дуже, или ако је могуће да Европска комисија дозволи продужење мораторијума (дозвољено је Хрватској), јер

²⁴ „Од 1960. до 2012. године изгубили смо чак 1,5 мил. ha, или 27,84% коришћеног пољопривредног земљишта, па се не може рећи да смо богати тим пољопривредним ресурсом. Према резултатима Пописа из 2012. године 16,4% пољопривредних газдинстава уопште нема ораница, 48,2% је без засада. Забрињавајући је податак да Србија има само 52% земљишта које је погодно за пољопривредну производњу“. Извор: Миладин Шеварлић, *О судбини пољопривредног земљишта у Србији*, Агросервис, Београд, 17.06.2015.

²⁵ Види: Миладин Шеварлић, *Студија Пољопривредно земљиште у Републици Србији*, Републички завод за статистику, Београд, 2015.

²⁶ Види: Љиљана Буквић, *Странци пречицом до пољопривредног земљишта*, Данас, 21.08.2017.

српски пољопривредници, због деценијског запостављања пољопривредног сектора, још увек немају довољну економску снагу да могу бити конкурентни странцима, приликом куповине пољопривредног земљишта на територији Србије. То значи да ће странци куповати јефтине наше оранице, а наши пољопривредници неће ни учествовати у тој куповини. При инсистирању ЕУ у Споразуму да странци буду равноправни са српским пољопривредницима у куповини српских ораница, мора такође ЕУ имати у виду малу економску снагу српских пољопривредника, јер како ствари стоје треба ојачати српске пољопривреднике, а не примењивати *land grabbing*, одн. не отимати им земљу. Заправо, потребно је препознати и право на земљу као људско право, с обзиром на то да пољопривредно земљиште има не само економску, већ и социјалну и културну вредност.

Треба рећи и то да у Србији има и неискоришћене и слободне земље (сваки девети хектар је необрађен, преко 400.000 ha), те логика која стоји јесте да се та земља да на коришћење инвеститорима, који ће у то земљиште улагати, ставити га у функцију и покренути неки облик производне делатности, што ће отворити нова радна места покренути развој националне економије. И заиста, ничега спорног нема, на први поглед. Међутим, велике корпорације купују земљу са циљем да остваре профит, не уважавајући друге друштвене циљеве, па тако угрожавају животе људи, ресурсе и еко-системе. Оне такође, кроз помоћ у храни сиромашним локалним заједницама уводе генетски модификоване производе, уништавају локални прехранбени систем и на тај начин елиминишу аутономију пољопривредних произвођача. Заправо, компаније купују земљу ради производње сировина за прехранбену индустрију, индустрију прераде сировина и руда, обновљиву енергију попут соларне енергије – соларних комплекса, ветрењача, за грађевински сектор и др. Паралелни сценарији су и разне финансијске малверзације са локалним или светским мултинационалним корпорацијама. Очито да продаја пољопривредног земљишта странцима доводи до великих проблема за локалне заједнице, уместо да доводе до њиховог развоја, она доводи до њихове стагнације. Када је реч о новом Закону о пољопривредном земљишту у Србији (2017) треба рећи да је представљен као нешто што ће покренути пољопривредну производњу и запошљавање, а тиме и социјални и економски напредак. Међутим, резултати истраживања многих студија показују да није тако (нпр. GRAIN, оне које је финансирао Европски парламент и Transnational Institute), јер капитално интензивна инвестиција не отвара нова радна места и еколошки је деструктивна. Истраживања су показала да раст продаје, одн. раст преузетих површина пољопривредног земљишта прати раст светске популације, а како ће светско становништво и даље расти, то су све претпоставке да ће такав тренд имати и продаја великих површина пољопривредног земљишта. Са порастом становништва долази до пораста тражње за храном, што изазива и тражњу за

пољопривредним земљиштем. Исто тако, ниска цена, као и велике површине расположивог пољопривредног земљишта представљају значајан узрок продаје пољопривредног земљишта. Иако у Србији још увек нема масовне продаје пољопривредног земљишта великим инвеститорима, одн. корпорацијама (те није алармантна ситуација), то ипак не значи да је неће бити, с обзиром на велики талас који је захватио Источноевропске земље. Омасовљавање индустријске пољопривредне производње у Европи доводи у питање прехранбени суверенитет²⁷ појединих земаља. На тај начин и продаја пољопривредне земље у Србији странцима доводи и до постепеног губљења суверенитета. Агроаналитичар Милан Простран сматра да је „омогућавање продаје пољопривредног земљишта странцима на изванредан начин подривање суверенитета држава. Истовремено је и потенцијална опасност да изгуби део најважнијег ресурса за обезбеђење прехранбене сигурности нације“²⁸. Свака земља одн. народ има право на властити прехранбени и пољопривредни систем. Прехранбени суверенитет ставља произвођаче хране и потрошаче у центар пољопривредне активности. Он омогућава да сви људи имају право да производе своју властиту храну, без угрожавања других, уз поштовање принципа екологије и одрживости. Прехранбени суверенитет ставља тежиште на аспирације и потребе оних који производе, дистрибуирају и конзумирају храну, а не на захтеве тржишта и корпорација. Иначе, језгро самог прехранбеног суверенитета, као модела производње хране, чине мали пољопривредно-прехранбени произвођачи у својим аутономним и одрживим локалним заједницама, који поштују принципе једнаког приступа земљи свима и принципе демократске редистрибуције земље. После вишедеценијског настојања ситних пољопривредних произвођача широм Европе и света за стицање прехранбеног суверенитета, оно је недавно признато и од стране УН. Крајем 2018. постало је и посебно право појединца и заједница усвајањем Декларације Генералне скупштине УН о правима

²⁷ „Суверенитет једне државе представља њену способност да на својој територији поставља и примењује правила. Суверенитет значи да на одређеној територији одрђена држава има највишу власт, и да је у доношењу правила и одлука независна од страних утицаја, као и да на домаћем плану не постоји власт, или управа која има већу моћ од дате државе. Правила која држава доноси и примењује у модерним демократским државама представљају устав, законе и остала акта те државе, која се доносе на одређени начин кроз парламент, владу и друге институције.“, Петар Чекеровац, Да ли се приватизацијом губи суверенитет?, на страници <https://talas.rs/antror/petarčekerovac/01.08.2021>.

²⁸ Види: Oranice (ne)dostupne strancima, на страници: www.poljoprivrednik.net/poljoprivreda/biljna-proizvodnja/2533-oranica-ne-dostupna-strancima/10.08.2021.

сељака и других људи који раде у руралним областима²⁹. Прехрамбени суверенитет, као посебно право људи и заједница употпуњује корпус нових људских права која подупиру остваривање права на одговарајућу храну и право на здравље. Имајући у виду да су проблеми руралног развоја у Србији готово исти као и проблеми у другим земљама, то примена концепта прехрамбеног суверенитета, заједно са агроекологијом, код нас је потребна, пошжељна и оправдана³⁰. Треба истаћи да се аграрна и рурална политика Србије за сада темељи на концепту прехрамбене сигурности, чији су ефекти недовољно ефикасни. Он подржава и одржава, као што је истакнуто, корпоративни прехрамбени режим. Пошто постојећи Закон о пољопривредном земљишту није решио бројна питања домаћих пољопривредника, то нови закон треба да садржи таква ограничења која ће заштитити суверенитет над пољопривредним земљиштем, омогућити домаћим пољопривредницима да куповином земљишта буду власници ораница у сопственој земљи. У том контексту, на крају истичемо да према проценама светских стручњака, цена хране ће у наредних 10 година бити увећана и до 40%. Очито да је ово приоритетно национално питање и да треба очувати суверенитет наших грађана над земљом, храном и осталим ресурсима.

4. ЗАКЉУЧАК

Србија тежи чланству у Европској унији, те усклађивање са правним тековинама ЕУ постаје императив. На том путу Србија је преузела одређену обавезу Споразумом о стабилизацији и придруживању, а то је да ће либерализовати тржиште пољопривредног земљишта, тј. да ће омогућити странцима (држављанима ЕУ) да под једнаким условима, као и домаћи држављани стичу својину над пољопривредним земљиштем у Србији. То је формално учинила 2017. усвајањем по хитном поступку Закона о изменама и допунама Закона о пољопривредном земљишту. Анализа у раду је показала да законске новине нису адекватно уклопљене у правни систем Србије, што значи да се правни оквир Републике Србије разликује од правног оквира ЕУ, када је реч о регулисању тржишта пољопривредног земљишта. Исто тако, измене Закона о пољопривредном земљишту из 2017. су у супротности са међународним правом, правом ЕУ, Споразумом о стабилизацији и

²⁹ Мирјана Докумановић, Прехрамбени суверенитет и агроекологија из перспективе људских права и заштите животне средине, Зборник радова са међународног научног скупа, Универзитет Привредна академија, Правни факултет за привредну и правосуђе, Нови Сад, 2019, стр. 269.

³⁰ Саша Петровић, Прехрамбени суверенитет у контексту Србије – оквир за критичку анализу система производње хране, Београд, АМА – Центар за негу човека и природе, Београд, 2019.

придруживању, али и са самим Уставом Србије. Како је Србија у спољнополитичкој орјентацији изабрала европски пут, то забране продаје пољопривредног земљишта апсолутно неће бити, па либерализација тржишта пољопривредног земљишта чини се извесном у будућности. Како је истакнуто у раду, процес либерализације тржишта пољопривредног земљишта треба да буде по фазном моделу, јер либерализација тржишта пољопривредног земљишта носи велике економске и социјалне промене. Те промене могу да произведу позитивне и негативне ефекте. Наиме, продаја пољопривредног земљишта раније углавном је имала негативне ефекте по земљу домаћина, али данас може имати изразито позитивне ефекте. Међу позитивним ефектима су: повећање продуктивности, приноса, повећање извоза, повезивање локалних пољопривредника са развијеним тржиштима и сами економски раст. Код негативних ефеката посебно долазе до изражаја велики притисак на рурални развој и животни стандард, ризик за прехранбену сигурност, тј. прехранбени суверенитет и људска права. Када је реч о прехранбеном суверенитету, треба рећи да он обезбеђује производњу здраве хране, а не профит, обезбеђује да право на коришћење и управљање својим земљиштем, територијом, водотоковима, семеном, стоком и биодиверзитетом буде у рукама оних који производе храну. Иначе, прехранбени суверенитет је признат као посебно право људи и заједница. Како се аграрна и рурална политика Србије заснива на концепту прехранбене сигурности, а који се показао недовољно ефикасним јер подржава и одржава корпоративни прехранбени режим, то је примена концепта прехранбеног суверенитета и агроекологије овде потребна, пожељна и оправдана. Заправо, значај прехранбеног суверенитета данас у Србији можемо најбоље сагледати у пандемији корона вируса. Отуда креатори аграрне политике мораће да уваже оно што имамо и чиме располажемо, те направити заокрет у аграрној политици и повећати субвенције и подршку локалној заједници. На крају, циљ државе мора бити да наше законодавство у области пољопривреде омогући прилив страних инвестиција у пољопривреди, при чему ће се постићи максимална корист уз минималне губитке.

Ljubomir MITROVIĆ, LL.D.

Full-time Professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

LIBERALIZATION OF THE AGRICULTURAL LAND MARKET AND FOOD SOVEREIGNTY IN SERBIA

Summary

The subject of this scientific paper is the liberalization of the agricultural land market and food sovereignty in the Republic of Serbia. Bearing in mind that the Republic of Serbia aspires to membership in the European Union, harmonization with the *acquis communautaire* becomes imperative. On that path, the Republic of Serbia undertook in the Stabilization and Association Agreement to liberalize its right in the area of freedom of sale of agricultural land, as part of the execution, which it formally implemented in 2017 by passing the Law on Amendments to the Law on Agricultural Land. Today, Serbia is facing a challenge: how to protect domestic farmers and food sovereignty, while enabling the inflow of foreign investments. Therefore, the aim of this scientific paper is to look at the Law on Agricultural Land, as a determinant of the legal framework for the right of foreigners to acquire ownership of agricultural land in Serbia, while protecting domestic farmers and maintaining pre-emptive sovereignty. The conclusion is that the amendments to the Law on Agricultural Land from 2017 will significantly impair the efficiency of resource allocation, and thus the well-being of economic entities will not be increased to a sufficient extent. Therefore, the model of phased liberalization of the agricultural land market should be approached, which would eliminate legal contradictions with international law, EU law, The Stabilization and Association Agreement, but also legal contradictions with the Constitution of the Republic of Serbia. In the research of this complex issue, the methods of analysis and synthesis, normative method, comparative law method, comparative method and descriptive statistics method were used.

Keywords: *agricultural land, the right of foreigners to acquire ownership of agricultural land, liberalization of the agricultural land market, food sovereignty, the Law on Agricultural Land, the Stabilization and Association Agreement.*

ЛИТЕРАТУРА

Даница Бошњак, Весна Родић, Компаративна анализа трошкова производње основних ратарских усева у Војводини, Економика пољопривреде, 2010.

Dragica Božić, Petar Munćan, Family farms, The factors of agricultural development in Serbia, Edited by D. Tomić, M. Ševarlić, Development of agriculture and rural areas in Central and Eastern Europe, Serbian Association of Agricultural Economics, Novi Sad, 2007.

Ђуро Ерцеговић и група аутора, Техничко-технолошки аспекти примене машина и оруђа за уређење земљишта по површини и дубини, Пољопривредна техника, бр.2, Пољопривредни факултет, Београд, 2008.

Закон о изменама и допунама Закона о пољопривредном земљишту, Сл. гласник РС, бр. 80/17.

Закон о пољопривредном земљишту, Сл. гласник РС, бр. 62/2006, 65/2008, 41/2009, 112/2015.

Закон о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европске заједнице и њених чланица са једне стране, и Републике Србије са друге стране, Службени гласник – Међународни уговори, бр. 83/2008.

Закон о спољнотрговинском пословању, Сл. гласник РС, бр. 36/2009, 36/2011.

Ко зарађује на земљи у Источној Европи?, Агро вести, на: www.agronews.rs.

Лука Батуран, Право страних лица да стичу својину на пољопривредном земљишту у Србији након законских новина из 2017. године, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 3/2017.

Љиљана Буквић, Странци пречицом до пољопривредног земљишта, Данас, 08.2017.

Миладин Шеварлић, О судбини пољопривредног земљишта у Србији, Агросервис плус, Београд, 2015.

Миладин Шеварлић, Студија Пољопривредно земљиште у Републици Србији, Републички завод за статистику, Београд, 2015.

Мирјана Докумановић, Прехрамбени суверенитет и агроекологија из перспективе људских права и заштите животне средине, Зборник радова међународног научног скупа, Универзитет Привредна академија, Правни факултет за привредну и правосуђе, Нови Сад, 2019.

Natalija Bogdanov, The state of small scale farming in Serbia and policy challenges, in: Gordana Đurić (Ed), Book of abstracts, 5th International symposium on agricultural sciences AGRORES 2016, Banja Luka: Faculty Of Agriculture University of Banja Luka, 2016.

Oranice (ne)dostupne strancima, на: www.poljoprivrednik.net

Попис пољопривреде 2012, Пољопривреда у Републици Србији, РЗЗС, Београд, 2013.

Предлог закона о измени и допунама Закона о пољопривредном земљишту, Влада Републике Србије: www.srbija.gov.rs.

Петар Чекеровац, Да ли се приватизацијом губи суверенитет?, на: <https://talas.rs>.

Саша Петровић, Прехрамбени суверенитет у контактсту Србије, оквир за критичку анализу система производње хране, Београд, АМА – Центар за негу човека и природе, Београд, 2019.

Славка Митровић, Допринос пољопривреде у развоју Србије, Универзитет у Приштини, Пољопривредни факултет, Лешак, 2016.

Устав Републике Србије, Сл. Гласник РС, бр. 98/2006.

Др Сузана ДИМИЋ*

336.221

УЛОГА ПОРЕСКИХ ПОДСТИЦАЈА У САВРЕМЕНОЈ ПОРЕСКОЈ ПРАКСИ - ИЗМЕЂУ ФИСКАЛНОГ РАНДМАНА, ПОРЕСКОГ ПОДСТИЦАЈНОГ АМБИЈЕНТА И СОЦИЈАЛНИХ ЦИЉЕВА

Апстракт: Током историјског развоја пореза наступале су промене у његовој улози инструмента за остваривање фискалних, али и ванфискалних циљева опорезивања. Уз фискални циљ, који је дуго био не само примарни него и једини циљ опорезивања, уочен је потенцијал пореза за остваривање економских и социјалних циљева. У фискалној теорији и пореској пракси усталила су ставови о редистрибутивној улози пореза, за чије остваривање је био најпогоднији порез на доходак и то синтетички порез на доходак, који је доминантно место у пореским структурама имао током 20. века. Помак ка принципу економске ефикасности у првим деценијама 21. века означио је почетак одступања од идеје о редистрибутивној улози пореза.

Упоређо са промена у вредносним ставовима у обликовању пореза мењала се и политика пореских олакшица. У периоду када су порезима приписивао велики значај у остваривању економских и социјалних циљева повећавао се број пореских олакшица. Тако су средином 20. века порески системи већине држава обиловали бројним пореским олакшицама. Међутим, садашњи приступ заснован је на политици рестриктивног одобравања пореских олакшица. У склопу таласа пореских реформи, које су настале као резултат става да треба ићи у правцу снижавања пореских стопа и широко постављених пореских основица, сужен је број пореских олакшица.

Кључне речи: *циљеви опорезивања, порески подстицаји, пореска политика.*

1. ИСТОРИЈАТ ЦИЉЕВА ОПОРЕЗИВАЊА

Од самог настанка порези се везују за фискални циљ, јер се пореским захватањем обезбеђују средства неопходна за оптимално функционисање друштвеног поретка. Потреба живљења у друштвеној заједници намеће потребу континуираног прилива прихода за финансирање трошкова те заједнице. Због тога што утиче на смањење расположивог дохотка порески

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, suzana.dimic@pr.ac.rs

обвезници опорезивање доживљавају као терет, упркос чињеници да се порезима обезбеђују средства за финансирање јавних услуга које се у њиховом интересу. Те разне услуге државе у домену одбране, судства, образовања, здравства, комуналне делатности и сл. представљају јавна добра. Трошење одређене количине јавних добара од стране грађана подразумева да држава мора да обезбеди приходе којима ће та добра платити. Отуда се обавеза плаћања пореза појављује као логична последица припадништва људи и ствари одређеној политичкој заједници, те ће сви који користе заједничке недељиве услуге државе бити дужни да плаћају порез.¹

Фискални циљ је дуго био једини и примарни циљ опорезивања. Порез на доходак, на пример, настао је у Енглеској када је дошло до повећања расхода државе услед рата са Наполеоном. Мада је имао ванредни карактер временом се усталио и у другим државама и постао један од важнијих пореза за обезбеђивање прихода државне касе. У време класичне фискалне теорије која се залагала за неутралну улогу пореза, у периоду либералног капитализма, није се ни могло говорити о другим циљевима опорезивања. Са постепеним напуштањем доктрине економског либерализма, крајем 19. а нарочито од 30- тих година 20. века порези почињу да преузимају улогу инструмената за остваривање економских, социјалних, демографских и других циљева. Са развојем индустријализације и све већим бројем људи који остварују доходак радом, појавиле су се политичке снаге које су захтевале право гласа за радничку класу. Тада су настале идеје о праведнијој расподели пореског терета. Тако је порез на доходак првобитно био намењен опорезивању богаташа, као одговор на захтеве политичких представника синдиката, партија радничке и средње класе да порези буду коришћени као инструменти промене неправичне расподеле прихода и богатства коју је капитализам донео.² Та идеја о редистрибутивној улози, институционализована кроз прогресивни порез на доходак, усталила се у вредносним ставовима фискалне теорије. Међутим, развојем економије између два светска рата порез на доходак постаје масовни порез, јер је, са преласком са пољопривреде на индустрију, све већи број људи почео да остварује дохотке исплаћене у виду недељне зараде у готовини. Уочавање огромног потенцијала прихода од пореза на доходак и настанком идеје о PAYE систему, као једноставној методи наплате пореза, почиње да даје велике предности. Уочено је да се послодавци могу појавити као сакупљачи прихода за државу и да порез може бити плаћен пре него што радник преузме своју недељну зарату. По завршетку рата високе пореске стопе, које су имале за циљ да обезбеде средства неопходна за покриће повећаних

¹ Ј. Ловчевић, *Институције јавних финансија*, Београд, 1997, 93.

² Steinmo, S., *The evolution of policy ideas: taxpolicy in the 20 th century*, British journal of Politics and International Relations, Vol. 5, No 2, 2003, 209.

јавних расхода, нису враћене на старо, јер је већ до краја 1940. - тих година постојао широко распрострањен консенсуз да држава има значајну улогу у управљању капиталистичком економијом. Са овим схватањима јавила се нова идеја да би држава могла да управља у економско и социјално пожељним правцима, кроз систем пореских подстицаја корпорацијама и богатим инвеститорима.³

Под утицајем тих вредносних ставова о редистрибутивној улози пореза који су се устали у пореској теорији и пореској пракси током 60.-тих и 70.-тих година 20. века обликовање пореза на доходак ишло је у правцу остваривања начела правичности опорезивања. Нагласак је био на вертикалној правичности опорезивања, која подразумева да лица веће економске снаге треба да плаћају веће износе пореза. Управо је порез на доходак био погодан за остваривање редистрибутивне улоге применом синтетичког пореза на доходак, који је институционализовао свеобухватни концепта дохотка уз употребу прогресивних пореских стопа. Међутим, широк спектар пореских олакшица, које су коришћене за остваривање економских и социјалних задатака, показале су се неефикасним и скупим.⁴ Средином 80.- тих година 20. века наступио је талас пореских реформи, као одраз промене у економској филозофији и економској политици. У већини земаља чланица ОЕЦД обликовање главних пореских врста је у наредне две деценије ишло у правцу ширења пореских основица, смањивања пореских стопа и укидања бројних пореских олакшица. У домену опорезивања дохотка наступиле су велике промене. Насупрот широком коришћењу бројних пореских олакшица и прогресивних пореских стопа, настале су нове идеје о улози пореза на доходак које се залажу за унапређење економске ефикасности смањењем пореских дисторзија. Помаком у вредносним ставовима финансијских теоретичара и креатора пореских политика редистрибутивна улога пореза на доходак слаби у односу на претходни период. Делом то је резултат све је присутнијег уверења да су високе пореске стопе углавном неефикасне у прерасподели дохотка и богатства. Неколико студија у развијеним земљама је утврдило да прогресивне стопе имају слабе ефекте прерасподеле. Мада способност пореза на доходак да утиче на редистрибуцију дохотка варира од земље до земље, генерално, постоје озбиљна ограничења о коришћењу пореског система за прерасподелу дохотка, нарочито у земљама у развоју и земљама са великим неједнакостима.⁵

³ *Ibid*, 212.

⁴ Sandford, C. (2000), *Why tax systems differ. A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*, Fiscal publications, 160.

⁵ Bird, M.R., Zolt, M.E., *Redistribution via Taxation: The limited Role of the Personal Income Tax in Developing countries*, *Annals of Economics and Finance*, Forth coming Article, 20, 28.

2. ПОРЕСКЕ ОЛАКШИЦЕ У САВРЕМЕНОЈ ПОРЕСКОЈ ПРАКСИ

2.1. Улога пореских олакшица и недостаци њихове примене

Ради остваривање економских, социјалних и других циљева опорезивања прописују се различите пореске олакшице (eng. *taxreliefs*). Представљајући пореске погодности за пореске обвезнике састоје се у умањењу њиховог пореског терета. Пореским обвезницима се одобравају пореске олакшице у различитим облицима. То могу бити снижене пореске стопе. Код пореза на додату вредност, на пример, поред основне велики број држава има једну или више нижих пореских стопа. Њихово прописивање се у финансијској теорији објашњава потребом ублажавања регресивног дејства овог пореза. Нижа стопа пореза на додату вредност се примењује за одређене производе и услуге, уобичајено за оне које служе за задовољавање основних животних потреба. Даље, пореске олакшице се могу примењивати у поступку утврђивања пореске основице у виду различитих врста изузимања из основице за опорезивање (на пример, код пореза на доходак то су изузимања социјално политичког карактера, као што су децји додатак, инвалиднине), као и разних одбитака (попут егзистенцијалног одбитка, одбитка за издржаване чланове породице и сл.). Такође, постоје пореске олакшице које се одређују према категорији пореских обвезника, када се диференцираним пореским третманом пореских обвезника се желе постићи одређени економски, социјални и др. циљеви опорезивања (на пример, порески подстицаји за почетнике у пословању). Пореске олакшице се могу прописивати и у облику пореског кредита (eng. *taxcredit*), када се умањење пореског терета састоји у смањењу висине обрачунатог пореског износа који ће порески обвезник бити дужан да плати.

Порески подстицаји се одобравају са намером остваривања одређених економских и социјалних циљева. Деловањем на економску снагу подстичу промене у активностима пореских обвезника, физичких и правних лица и посредно на остваривање одређених економских ефеката. Такође, њиховим одобравањем се појединим категоријама пореских обвезника омогућава остваривање или задржавање одређеног нивоа расположивог дохотка и тиме утиче на њихов социјални статус. На овај начин држава се укључује у вођење социјалне политике, али не путем социјалних трансфера који се појављују на расходној страни буџета, него инструментима пореске политике. Међутим, одобравање пореских олакшица производи одређене ефекте и за државу, јер ће она остати ускраћена за део потенцијалних пореских прихода. Због смањења пореских прихода, пореске олакшице се често у финансијској литератури називају пореским расходима. У односу на економске трансфере (на пример, субвенције) порески расходи су мање видљиви, јер не пролазе буџетску процедуру као остали јавни расходи.

Савремене државе настоје да их учине транспарентнијим предочавањем парламенту.

Проблем транспарентностимноге државе ОЕЦД решавају пријављивањем пореских олакшица у својим извештајима о пореским расходима у поступку доношења буџета, чиме се пружају информације о анализи трошкова и користи од пореских расхода. Упркос томе што већина литературе препоручује коришћење аутоматског метода за примену пореских подстицаја, у пракси се и даље користи одобравање пореских олакшица дискреционим одлукама. Овакав приступ представља потенцијалну опасност злоупотребе службених лица, што може утицати на одлуку потенцијалних инвеститора о улагању. Такође, прописивање пореских олакшица утиче на сложеност пореских прописа, јер, зато што представљају изузетке од општих пореских норми, прописују се услови које треба да испуне порески обвезници да би остварили право на њих. Уколико су одредбе пореских закона нејасне и недовољно прецизно формулисане отвара се простор за арбитарно тумачење и примену пореских норми, као и корупцију. Мада се пореским олакшицама пружају пореске погодности пореским обвезницима, јер смањују њихов порески терет, њиховим прописивањем не иде у прилог једноставности администрирања и економичности опорезивања. Због тога што су порески прописи који прописују пореске олакшице и услове за њихово коришћење врло често сложени, порески обвезници су приморани да их тумаче, па чак да ангажују и пореске саветнике која ће им у томе помоћи. Такође, они се излажу одређеним издацима да би прибавили потребну документацију којом доказује да испуњавају законом прописане критеријуме за одобравање пореских олакшица, као додатним трошковима уколико користе услуге пореских саветника. На страни пореских органа, примена пореских олакшица, такође, усложњава поступак администрирања, јер ће они бити у обавези да прикупљају и обрађују додатну документацију да би утврдили да ли порески обвезници испуњавају услове прописане законом. Према томе, примена пореских олакшица није у складу са начелом јефтиноће наплате пореза, која подразумева да трошкови утврђивања, наплате и контроле пореза, као и трошкови плаћања пореза које има порески обвезник буду што нижи.

2.2. Однос фискалне издашности, економске ефикасности и правичности опорезивања у контексту примене пореских олакшица

Одобравањем пореских олакшица, као што је већ речено, држава остаје ускраћена за део потенцијалних пореских прихода. Управо овде долази до изражаја *tradeoff* између начела издашности, које подразумева да порезима треба прикупити што обилнија финансијска средства, и

остваривања ванфискалних (економских и социјалних циљева) опорезивања. Свако блаже третирање пореских обвезника, одобравањем пореских олакшица, утиче на фискални рандман, који представља нето износе убраних прихода. Издашност неког пореског облика зависи од више фактора, као што су врста и висина пореске стопе (прогресивне пореске стопе, по правилу, дају веће приходе од пропорционалних), ширина пореске основице, круг пореских обвезника обухваћен обавезом плаћања и сл. Одобравањем ширег круга пореских олакшица смањује издашност тог пореза, али, са друге стране, постоји потреба да се приликом обликовања основних елемената пореза мора водити рачуна о остваривању економских и социјалних циљева опорезивања. Наиме, примена пореза у пракси је показала да настају бројни ефекти због тога што, смањујући расположиви доходак, утиче на понашање физичких и правних лица. Као реакција на опорезивање, долази до промена у њиховим одлукама, што изазива ефекте не само у економском него и у бројним другим подручјима. Идентификацијом тих ефеката, као и правилном формулацијом пореских инструмената могу се, уз фискалне циљеве, остварити и бројни економски, социјални, демографски и други циљеви. Економски циљеви могу бити они који су усмерени на основне макроекономске агрегате (као што су привредни развој⁶, пуна запосленост, стабилност цена) и они којима се пружа подршка у подстицању појединих привредних грана, страних улагања и сл.

Разлози фискалне издашности, као недостаци примене пореских олакшица (нетранспарентност, могућност злоупотребе и корупције, сложеност поступка администрирања и повећање трошкова поступка) иду у прилог рестриктивније политике пореских олакшица. Такође, упитни су и ефекти примене појединих пореских подстицаја економске природе. На пример, код подстицања инвестиција пореске олакшице имају ограничене ефекте. Резултати економетријских студија о ефикасности пореских подстицаја су показали да постојање подстицајног инвестиционог амбијента представља предуслов за ефикасност фискалне политике у подстицању улагања. Подстицаји за улагање су општи (економски, правни и политички) услови у једној земљи, уз ниске пореске стопе. У условима лоше

⁶ Концепт одрживог развоја полази од захтева да се садашње потребе друштва задовоље на начин који не угрожава потребе будућих генерација. У теорији међународног јавног права се појам одрживог развоја, пре свега везује за заштиту животне средине (Мировић, Д., *Међународно право и примена ЕУ законодавства у Србији*, Зборник радова са научно истраживачког пројекта "Начела добре владавине - начело правне сигурности и начело правичности", Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, 2018, (395-404), 396. Управо пореска пракса држава чланица ЕУ обилује пореским олакшицама датим у циљу заштите животне средине.

инвестиционе климе (као што су слаба инфраструктура, макроекономска нестабилност и сл.) порески подстицаји су далеко мање ефикасни, што значи да блаже опорезивање не може надокнадити слаб подстицајни амбијент.⁷

Класичан *tradeoff* правичности и економске ефикасности актуелан је и данас због настојања држава да обезбеде привредни раст. Хронична потреба за страним капиталом у недостатку сопственог, као и потреба задржавања сопственог капитала у границама своје државе, врши велики притисак у условима мобилности капитала услед глобализације. Државе су приморане да блаже опорезују приходе од капитала. У систему пореза на доходак физичких лица настали су нови модели, дуални порез и *flat-tax*, код којих долази до блажег опорезивања прихода од капитала. Код опорезивања добити постоји општи тренд снижавања пореских стопа у циљу стварање подстицајног амбијента, који се одразио на многе државе, па и на државе чланице ЕУ, мада међу њима постоје разлике у висини стопе. Неједнаким пореским третманом прихода од рада и прихода од капитала у оквиру система пореза на доходак негативно се одражава на хоризонталну правичност, јер порески обвезници исте економске снаге не плаћају једнак износ пореза. С друге стране, уколико се одређеним мерама покушава да се унапреди правичност опорезивања то ће се негативно одразити на економску ефикасност. Већом прогресивношћу се постиже вертикална правичност, да порески обвезници јаче економске снаге плаћају веће порезе, али она изазива веће дисторзије. Вредности ставови о односу принципа правичности и принципа економске ефикасности током времена су се мењали. У усресређености ка привредном развоју порези се све више користе у развојној функцији. У односу на давање значаја остваривању социјалних циљева опорезивања средином 20. века, један део савремене фискалне теорије и политике је фокусиран на стварање подстицајног амбијента. У таквим условима социјална улога пореза је занемарена, док се за вођење социјалне политике се препоручују друге мере, као што су социјални трансфери.

Мада у савременим државама постоји рестриктивно прописивање пореских олакшица и давање приоритета пореско подстицајном амбијенту, у пореској пракси налазе се у примени неки облици пореских подстицаја који јесу економске природе али се њима остварују и социјални циљеви. Тако се подстицаји за запошљавање дају са циљем решавања проблема незапослености са којим се у већој или мањој мери суочава већина држава у свету, али истовремено и решава проблем социјалне несигурности незапослених лица. Неке државе чланице су увеле подстицаје за запошљавање незапослених лица, на пример, за запошљавање на

⁷ S.James, *Effectiveness of Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*, 2013, 14-15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2401905

неодређено време. Француска је увела премију која се исплаћује у трајању од две године, ако послодавац запосли радника на неодређено време или на најмање 6 месеци. У Италији су такви финансијски подстицаји исплаћују две године. Велики број држава чланица је подстицаје за запошљавање увела за посебне категорије незапослених лица, нарочито на она лица која се суочавају са проблемом укључивања на тржиште рада, као што су дуготрајно незапослени, старија лица и млади. Поред субвенција неке државе су увеле пореске подстицаје за запошљавање. То је последица уочавања великог пореског оптерећења рада. У оквирима ЕУ уочено је да пореским системом треба подстицати отварање радних места. Нижим и добро осмишљеним опорезивањем рада може се подстакнути раст запослености.⁸ Подстицајима за запошљавање подстиче се потражња за радном снагом и отварање радних места. Поред пореза на зараде све значајнија улога у фискалном растерећењу рада се даје доприноси за обавезно социјално осигурање. Owens говори о фискалној девалвацији доприноса за социјално осигурање порезима на потрошњу, чиме се смањују трошкови рада.⁹ Према препорукама Међународне организације рада подстицаји који се дају послодавцу смањивањем трошкова за радну снагу могу се остварити не само субвенцијама за запошљавање него и (или) потпуним или делимичним ослобађањем доприноса за обавезно социјално осигурање које се плаћа на терет послодавца.¹⁰ Такође, читав низ мера финансијске подршке, као што разне субвенције, кредити за почетнике, као и мере у области пореске политике предузимају се у циљу стварања повољног пословног амбијента за почетнике у пословању, посебно за *start-up*, чија је доминантна карактеристика иновативност. Тиме се не само подстиче samozapošljavanje него и запошљавање, јер се тиме отварају могућности и задруга незапосленалица, отварањем нових радних места. Приликом покретања пословања почетници се сусрећу са бројним проблемима, међу којима су најзначајнији финансијске природе. Неретко млади људи имају добре идеје али, углавном, не располажу никаквим почетним капиталом, па су приморани да позајмљују од рођака или се задужују код банака. Поред питања финансирања који представља главну препреку, стартапови и традиционални почетници у пословању суочавају се са висином пореских

⁸ Draft joint employ ment report from the commission and the council accompanying the Communication from the Commission on the Annual Growth Survey 2019, European Commission, Directorate-Generale for Employment, Social Affairs and inclusion, 2018.

⁹ Jeffrey Owens, *Tax Policy in the 21 st Century: New Concepts for Old Problems*, Global Governance Programme, Issue 2013/05, September 2013.

¹⁰ Vally Corbanese, Gianni Rosas, „*Smernice za sprovođenje aktivnih mera zapošljavanja i traženja posla namenjenih ugroženim mladima*, Међународна организација рада, 2009, 9.

обавеза.¹¹ Заједничка одлика различитих пореских олакшица које се у савременим пореским системима дају почетницима у пословању јесте да се путем пореског растерећења утиче на факторе производње. Фискалним растерећењем рада, које се састоји у потпуном или делимичном ослобађању зарада од плаћања пореза и доприноса за обавезно социјално осигурање, утиче се на потражњу за радном снагом, а тиме посредно и на повећање запослености. Такође, да би се малим фирмама, које започињу обављање привредне активности и најчешће располажу малим или готово никаквим почетним финансијским средствима, олакшао приступ капитал, дају се порески подстицаји потенцијалним инвеститорима, тзв. пословним анђелима. Тако се у систем упореза на добит прописује порески кредит за инвеститоре у одређеном проценту од извршеног улагања. Употреба пореских мера којима се коригују тржишне имперфекције које ограничавају приступ тржишту капитала могу унапредити развој малих и средњих предузећа.¹²

3. ЗАКЉУЧАК

Пореске олакшице представљају пореске погодности за пореске обвезнике, умањујући њихов порески терет. Савремене државе прописују различите облике пореских олакшица ради остваривање економских, социјалних и других циљева опорезивања. Међутим, одобравање пореских олакшица производи одређене ефекте и на страни државе, доводи до смањења прилива прихода у буџет. Фактички, државаће остати ускраћена за део потенцијалних пореских прихода. Управо овде долази до изражаја *tradeoff* између начела издашности, које подразумева да порезима треба прикупити што обилнија финансијска средства, и остваривања економских и социјалних циљева опорезивања.

Насупрот присуству великог броја пореских олакшица у пореским системима средином 20. века, садашњи приступ заснован је на ставу да пореске основице треба да буду што шире постављене а сужен број пореских олакшица. Широко је распрострањен консензус да се добра пореска политика води рестриктивним одобравањем пореских олакшица. У таквим условима је остваривање економских и социјалних циљева минимизирано.

Вредности ставови о односу два кључна принципа опорезивања (правичности и принципа економске ефикасности) током времена су се мењали. У односу на фискалну теорију и праксу средином 20. века, која је

¹¹ Детаљ. видети: ДимићС., Петровић Д., *Start-аркао нови облик пословања и његов порески третман*, Правни живот, бр.11/2019, том III, (63-76), 67-68.

¹² Илић-Попов, Г., *Могућности, препреке и конкурентност малих и средњих предузећа - општи и порески аспект* - Право и привреда, бр.5-8/2003 (404-417), 411.

давала значај остваривању социјалних циљева опорезивања, у новије време обликовање пореских облика иде у правцу стварања подстицајног амбијента. Уместо пореских инструмената за остваривање циљева социјалне политике се друге мере, као што су социјални трансфери.

Наведене пореске подстицаје, који се односе на запошљавање и почетнике у пословању, примењују се у све већем броју држава. Разлог њиховог прописивања је решавање проблема незапослености, који представља један од важних макроекономских циљева, али и се, обезбеђивањем запослења и зараде, незапосленима омогућава социјална сигурност и смањује ризик од сиромаштва. Свако блаже третирање пореских обвезника, одобравањем пореских олакшица, утиче на фискални рандман. Са друге стране, у постојећем друштвеном амбијенту, поред постојећи, попут сиромаштва, незапослености и сл., социјална политика је суочена са новим социјалним проблемима у свету. Развој информативних технологија означава велики напредак за цивилизацију људског друштва, али поставља нове задатке за социјалну државу. Аутоматизација процеса производње смањују потребе за радницима, што ће повећати број незапослених лица, а тиме и ризик од сиромаштва и социјалне искључености. Поред тога, велики изазов за социјалну политику донела је пандемија услед Covid 19 чије се последице још увек не могу у потпуности сагледати. Упркос мерама креатора националних економских политика предузетих у циљу ублажавања пада привредне активности и задржавања постојећег нивоа запослености, предвиђања су да тешке економске последице тек предстоје. Многи привредни субјекти, па и читави сектори, као што је туризам, налазе се пред великим изазовима борбе за опстанак. Радници у угоститељству и хотелијерству, разне услужне делатности, као велики број других радника је већ остало без посла или се је у опасности за губитак запослења и зараде, што ће велики број лица довести до економске несигурности и сиромаштва.

Suzana DIMIC, LL.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

**THE ROLE OF TAX INCENTIVES IN CONTEMPORARY TAXATION
PRACTICE - INBETWEEN FISCAL RANDMAN, THE INCENTIVE
ENVIRONMENT AND SOCIAL ACHIEVEMENT**

Summary

During its historical development, the tax, has changed its role as an instrument for achieving fiscal and non-fiscal taxation goals. In addition to the fiscal goal, which has long been not only the primary but also the only goal of taxation, the potential of taxes for achieving economic and social goals has been noticed. In fiscal theory and tax practice, attitudes have been established about the redistributive role of taxes, for the realization of which the most suitable income tax was the synthetic income tax, which had a dominant place in tax structures during the 20th century. The shift towards the principle of economic efficiency in the first decades of the 21st century marked the beginning of a departure from the idea of the redistributive role of taxes.

Along with the changes in value attitudes in tax formation, the policy of tax relief has also changed. In the period when taxes were given great importance in achieving economic and social goals, the number of tax reliefs increased. Thus, in the middle of the 20th century, the tax systems of most countries abounded in numerous tax reliefs. However, the current approach is based on a policy of restrictive granting of tax breaks. As part of the wave of tax reforms, which arose as a result of the attitude that we should go in the direction of lowering tax rates and widely set tax bases, the number of tax reliefs has been narrowed.

Keywords: *taxation achievement, tax incentives, tax policy.*

ЛИТЕРАТУРА:

Bird, M.R., Zolt, M.E., *Redistribution via Taxation: The limited Role of the Personal Income Tax in Developing countries*, *Annals of Economics and Finance*, Forthcoming Article,

Димић С., Петровић Д., *Start-аркао нови облик пословања и његов порески третман*, *Правни живот*, бр.11/2019, том III, стр.63-76

Ловчевић, Ј., *Институције јавних финансија*, Београд, 1997

Илић-Попов, Г., *Мозгућности, препреке и конкурентност малих и средњих предузећа - општи и порески аспект* - *Право и привреда*, бр.5-8/2003 (404-417)

James, S., *Effectiveness of Tax and Non-Tax Incentives and Investments: Evidence and Policy Implications*, 2013, 14-15, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2401905

Мировић, Д., *Међународно право и примена ЕУ законодавства у Србији*, Зборник радова са научно истраживачког пројекта "Начела добре владавине - начело правне сигурности и начело правичности", *Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици*, 2018, (395-404)

Corbanese, V., Rosas, G., *Smernice za sprovođenje aktivnih mera zapošljavanja i traženja posla namenjenih ugroženim mladima*, *Međunarodna organizacija rada*, 2009

Owens, J., *Tax Policy in the 21 st Century: New Concepts for Old Problems*, *Global Governance Programme*, Issue 2013/05, September 2013

European Commission, Directorate-Generale for Employment, Social Affairs and inclusion, 2018, *Draft joint employment report from the commission and the council accompanying the Communication from the Commission on the Annual Growth Survey 2019*.

Steinmo, S., *The evolution of policy ideas: tax policy in the 20 th century*, *British journal of Politics and International Relations*, Vol. 5, No 2, 2003.

Sandford, C. (2000), *Why tax systems differ. A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*, *Fiscal publications*.

Мирјана ИВАЗ*

351.712.2(497.11)

ПРАВНИ И ИНСТИТУЦИОНАЛНИ ОКВИР СИСТЕМА ЈАВНИХ НАБАВКИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Јавне набавке по својој суштини представљају развојно питање које има велики значај за сваку земљу. Обзиром да је Република Србија чврсто опредељена за европски пут, настала је потреба за процесом усклађивања законодавства са правним тековинама Европске уније у овој области и њену пуну примену на свим нивоима. Упркос законодавству и институционалној основи регулисања јавних набавки, ова област је и таква да је корупција широко распрострањена, па су управо стратешки и реформаторски циљеви наше земље усмерени на смањивање нерегуларности у систему јавних набавки. С тим у вези, идеја водила за анализирање проблематике корупције у јавним набавкама јесте у томе да корупција и коруптивне радње наносе велику материјалну штету друштву. Научни допринос овог рада огледа се у утврђивању кључних ризика за појаву корупције у области јавних набавки. Имајући све то у виду, у раду је најпре приказан правни основ и институције које су важне за адекватно функционисање система јавних набавки. Затим се описују врсте поступака јавних набавки које наручиоци могу да примењују, а у следећем делу рада се пажња усмерава на корупцију области јавних набавки. До корупције у области јавних набавки може доћи у различитим фазама поступка и у разним видовима, па је посебна пажња посвећена анализи ризика за појаву корупције у овој области, а кроз све фазе процеса јавне набавке: планирање, спровођење поступка јавне набавке и након закључења уговора. У последњем делу рада је извршена анализа нормативних решења која прописује нови ЗЈН у циљу унапређивања антикоруптивних механизма.

Кључне речи: *Закон о јавним набавкама, корупција, Република Србија.*

УВОД

Јавне набавке представљају институт који велику пажњу привлачи како правника, тако и економиста и политиколога широм света. Данас се

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, mirjana.ivaz@pr.ac.rs

сматра да лош систем јавних набавки, како у развијеним, тако и у земљама у развоју, негативно утиче на одрживи развој и економски раст земље. Истовремено, јавне набавке представљају прилично осетљив сегмент регулисања јавног сектора, где пропусти у њиховом регулисању имају страшне последице по корупцију и коруптивне праксе, а уједно и на демократске процесе у једнојземљи. Управо је због тога потребно приликом развоја система јавних набавки укључити све релевантне актере како би се дефинисале конкретне мере, како превентивног, тако и казног карактера, а чији је циљ стварање одговорног, транспарентног и поштеног система на свим нивоима (друштвеном, политичком и економском). Системи јавних набавки у већини европских система углавном почивају на истим принципима организације и примењују скоро идентичне процедуре и правила. Разлике које се тичу могућности појаве корупције се огледају у институционалном оквиру, примену у пракси и мониторинг.

Јавне институције, као и предузећа у државном власништву, морају да набављају добра, услуге и радове како би извршавали своје одговорности и дужности. У смислу Закона о јавним набавкама¹ (у даљем тексту: ЗЈН) „јавна набавка представља набавку добара, услуга или радова које набавља један или више јавних наручилаца од привредних субјеката, на основу уговора о јавној набавци“², на начин и под условима прописаним Законом о јавним набавкама. Из овако формулисане законске дефиниције појма јавне набавке се може издвојити неколико битних елемената. Први елемент појма јавне набавке јесте да је у питању набавка, значи стицање неког права над предметом јавне набавке. Други елемент појма јесте да је предмет јавне набавке набавка добара, услуга или радова. Последњи, трећи елемент појма јавне набавке је да се набавка предмета јавне набавке врши од стране наручиоца, једног или више њих.

Корупција представља један од најважнијих негативних феномена, односно највећих проблема савременог демократског света. Корупција као феномен који је глобално препознат представља кључну препреку за адекватан развој друштва. Она доводи до стварања неповерења грађана у институције, угрожава стабилност и развој друштва, подрива владавину закона и људска права и слободе, урушава добро управљање, правичност и социјалну правду. Посебно тешке последице корупција оставља на морал не темеље људске заједнице и основне етичке вриједности друштва. Република Србија, наравно, није једина држава која је тешко погођена коруптивним деловањем и понашањем у свим областима живота, али је као земља у транзицији и пост конфликтно друштво посебно изложена тешким

¹ Закон о јавним набавкама „Службени гласник Републике Србије“, бр. 91/2019.

² ЗЈН, чл. 1. ст. 1.

последицама корупције, како због недовољно изграђених институционалних капацитета за борбу против ове појаве, тако и због недовољно развијене транспарентности и одговорности. Према Индексу перцепције корупције (CPI), који објављује Transparency International, а који мери степен у којем се опажа корумпираност у јавном сектору, Република Србија је већ дуги низ година сврстана међу земље са веома распрострањеном корупцијом, при чему је управо у области јавних набавки присутна масовна корупција, односно послови јавних набавки представљају жариште тзв. велике корупције. Србија је међу 180 земаља на 87. месту, које дели са Кином, са индексом 39 на скали од 0 (веома корумпирана) до 100 (веома чиста од корупције). Корупција је, дакле, системски проблем и као такав захтева стратешко и све обухватно деловање у неколико праваца, првенствено на пољу превенције и едукације.

1. ЗАКОН О ЈАВНИМ НАБАВКАМА КАО ИНСТИТУЦИОНАЛНА ОСНОВА ЗА СУЗБИЈАЊЕ КОРУПЦИЈЕ

Први Закон о јавним набавкама у Републици Србији је донет 4. јула 2002. године³, и он представља први пропис којим је започето системско и свеобухватно регулисање области јавних набавки у Републици Србији. Уследиле су његове измене и допуне⁴, а посебно су значајне оне које су настале 2004. године, којима је први пут успостављен функционалан систем заштите права понуђача и јавног интереса, тј. регулисан је статус чланова Комисије за заштиту права и уведене су прецизније процедуралне одредбе. Наша земља се затим определила да постане пуноправан члан Европске уније. Настала је потреба за континуираним усклађивањем законодавства са законодавством Европске уније (*acquis communautaire*). Ово усклађивање се односи, наравно, и на прописе у области јавних набавки.⁵ Закон о јавним набавкама из 2002. године био је усклађен са тзв. старим директивама Европске уније⁶. Следећи Закон о јавним набавкама⁷, је ступио на снагу 6. јануара 2013. године, и великим делом је био усклађен са директивама

³ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 39/02.

⁴ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 43/03, 55/04, 101/05 и 116/08.

⁵ Видети члан 76. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, „Службени гласник Републике Србије- Међународни уговори“, бр. 83/08.

⁶ 92/50/ЕЕЗ, 93/36/ЕЕЗ, 93/37/ЕЕЗ, 93/38/ЕЕЗ

⁷ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 116/08.

Европске уније које се односе на јавне набавке, а то су директива Европске уније 2004/18/ЕЗ⁸ и директива Европске уније 2004/17/ЕЗ⁹.

С обзиром на то да су 2004. године ступиле на снагу две нове директиве Европске уније у области јавних набавки, јавила се потреба да се и позитивни прописи Републике Србије у области јавних набавки у складе са прописима Европске уније. Са тим циљем, у 2005. години прво је почео рад на изменама и допунама тадашњег Закона о јавним набавкама, а убрзо, с обзиром на обим неопходних измена, и на доношењу новог Закона о јавним набавкама 2009. године. Тај посао је окончан 2012. године, када је 29. децембра у Народној скупштини Републике Србије усвојен нови Закон о јавним набавкама.¹⁰ Уследило је доношење Закона о јавним набавкама из 2008. године¹¹, а затим и Закона о јавним набавкама из 2012. године¹².

Важећи Закон о јавним набавкама је у примени од 1.7.2020. године. Одредбама ЗЈН се уређују правила поступака јавних набавки које спроводе наручиоци или други субјекти у случајевима одређеним овим законом, ради закључења уговора о јавној набавци добара, услуга или радова, оквирног споразума, као и спровођења конкурса за дизајн. Такође, ЗЈН уређује и: послове и облик организовања Канцеларије за јавне набавке, затим надлежност, уређење и друга питања у вези са делокругом рада Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, поступак заштите

⁸ Директива је усвојена 31. марта 2004. године од стране Европског парламента и Савета Европске уније. Званичан назив ове директиве је Директива о координацији поступака за доделу јавних уговора о радовима, добрима и услугама и припремљена је на основу искустава Европског суда правде, тј. пресуда овог Суда у области јавних набавки. Ова директива се односи на поступке јавних набавки искључиво у јавном сектору и позната је под називом класична, тј. традиционална директива. Она је заменила старе директиве Европске уније које су регулисале јавне набавке у тзв. традиционалном сектору.

⁹ Директива Европске уније 2004/17/ЕЗ је такође усвојена 31. марта 2004. године од стране Европског парламента и Савета Европске уније и позната је под називом комунална директива. Њен званичан назив је Директива којом се усклађују поступци набавке субјеката који делују у сектору водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга. Ова директива се односи, не само на наручиоце у јавном сектору, већ и на приватне компаније које нису директно финансиране из јавних средстава. Ова чињеница утиче на то да се поступци набавки у комуналном сектору разликују од оних у класичном сектору, јер овде уобичајено постоји правни или технички монопол који ограничава или онемогућује слободну тржишну конкуренцију. Такође, цена и квалитет комуналних услуга су веома важни за живот ширих слојева становништва, па стога влада сваке државе настоји да у овом сектору има одређени степен контроле.

¹⁰ Први подзаконски акт је објављен у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 106/13, други у бр. 104/13, следећих пет у бр. 29/13, осми у бр. 31/13, док су последња два објављена у бр. 33/13.

¹¹ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 116/08.

¹² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 124/12, 14/2015 и 68/2015.

права у поступцима јавних набавки и другим случајевима у складу са законом, као и друга питања од значаја за јавне набавке.¹³

Поред Закона о јавним набавкама и под законских аката донетих на основу њега, од великог су значаја и остали прописи који се, посредно или непосредно, примењују приликом спровођења поступака јавних набавки. Закон о општем управном поступку¹⁴, који има широку примену у области јавних набавки с обзиром на то да се на питања која нису посебно регулисана ЗЈН, а односе се на поступак заштите права, сходно примењују одредбе закона којим се уређује управни поступак и - Закон о облигационим односима¹⁵. Закон о облигационим односима од посебног је значаја у погледу уговора о јавној набавци. Одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, па тако и на оне који се закључују у поступку јавне набавке (као што су купопродаја, закуп, уговор о грађењу), те се на сва питања која нису регулисана ЗЈН (или посебним прописом који уређује конкретан правни посао) примењују правила и начела Закона о облигационим односима).

За систем јавних набавки од значаја су и други закони који регулишу питања битна за ову област, као што су: Закон о буџетском систему, Закон о јавним предузећима, Закон о комуналним делатностима и други закони који уређују области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, закони који регулишу области одбране и безбедности, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, Закон о прекршајима и Кривични законик.

На основу Закона о јавним набавкама (2019) подзаконска акта донели су Влада Републике Србије¹⁶, Канцеларија за јавне набавке¹⁷ и министар надлежан за послове финансија¹⁸.

¹³Приручник за припрему полагања испита за службеника за јавне набавке, 2020, доступно на: <http://www.ujn.gov.rs/wp-content/uploads/2020/11/PRIRUCNIK.pdf>

¹⁴ „Службени гласник Републике Србије”, бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење.

¹⁵ „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89, „Службени лист СРЈ”, бр. 31/93, 44/99 – др. пропис и „Службени гласник РС”, бр. 18/20.

¹⁶ Подзаконски акти које је донела Влада Републике Србије су: Одлука о утврђивању списка наручилаца из члана 3. став 1. тачка 1) Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС”, бр. 85/20); Уредба о јавним набавкама у области одбране и безбедности („Службени гласник РС”, број 93/20).

¹⁷ Подзаконски акти које је донела Канцеларија за јавне набавке су: Правилник о садржини конкурсне документације у поступцима јавних набавки („Службени гласник РС”, бр. 93/20); Правилник о поступку отварања понуда („Службени гласник РС”, бр. 93/20); Правилник о мониторингу над применом прописа о јавним набавкама („Службени гласник РС”, бр. 93/20); Правилник о утврђивању општег речника набавке („Службени гласник РС”, бр. 93/20); Правилник о утврђивању садржине стандардних образаца за објављивање огласа о јавној набавци преко Портала јавних набавки

1.1. Институционални оквир

Основне институције у систему јавних набавки, чији су послови, начин рада и облик организовања уређени Законом о јавним набавкама су: Канцеларија за јавне набавке¹⁹ и Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки.

Канцеларија за јавне набавке је посебна организација чији се делокруг рада огледа у: спровођењу мониторинга над применом прописа о јавним набавкама, учествовању у изради закона и других прописа и доношењу подзаконских аката у области јавних набавки, даје мишљења о примени одредаба ЗЈН и других прописа и пружа стручну помоћ, припрема смернице, приручнике, као и друге публикације у области јавних набавки, припрема извештаје о јавним набавкама, предузима потребне активности у вези са преговорима о приступању Европској унији, у области јавних набавки и сарађује са домаћим и страним институцијама и стручњацима из области јавних набавки у циљу унапређења система јавних набавки.²⁰

Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки представља самосталан и независан орган Републике Србије, који обезбеђује заштиту права у поступцима јавних набавки и за свој рад одговара Народној скупштини. У оквиру прописаних надлежности одлучује о захтеву за заштиту права, одлучује о жалби против решења наручиоца, прати и контролише спровођење одлука које доноси, поништава уговор о јавној набавци, изриче новчане казне.²¹ Поред наведеног, Републичка комисија

(„Службени гласник РС“, бр. 93/20); Правилник о поступку и условима за стицање сертификата за службеника за јавне набавке и вођењу Регистра службеника за јавне набавке („Службени гласник РС“, бр. 93/20); Упутство о начину слања и објављивања огласа о јавној набавци („Службени гласник РС“, бр. 93/20); Упутство за коришћење Портала јавних набавки („Службени гласник Републике Србије“, бр. 93/20.); Изјава о испуњености критеријума за квалитативни избор привредног субјекта; Упутство за објављивање података о јавним набавкама које су изузете од примене Закона.

¹⁸ Подзаконски акти које је донео министар надлежан за послове финансија су: Правилник о садржини Регистра понуђача и документацији која се подноси уз пријаву за регистрацију понуђача („Службени гласник РС“, бр. 17/20); Правилник о изменама и допуни Правилника о садржини Регистра понуђача и документацији која се подноси уз пријаву за регистрацију понуђача („Службени гласник РС“, бр. 94/20); Динарска вредност европских прагова („Службени гласник РС“, бр. 93/20).

¹⁹ Ранији назив ове институције је био Управа за јавне набавке.

²⁰ Поред тога, Канцеларија управља Порталом јавних набавки, преко којег се одвијају сви поступци јавних набавки и овлашћена је за подношење захтева за заштиту права, захтева за покретање прекршајног поступка и спровођење других одговарајућих поступака пред надлежним органима када на основу мониторинга уочи неправилности у примени прописа о јавним набавкама.

²¹ ЗЈН, чл. 187.

подноси захтев за покретање прекршајног поступка када поступајући у оквиру својих надлежности утврди да је учињена повреда ЗЈН која може да буде основ прекршајне одговорности.²² Републичка комисија је другостепени орган у систему заштите права, сходно одредбама Закона о јавним набавкама, дакле о одлукама наручиоца одлучује у другом степену, док у првом степену одлучује сам наручилац. Ова институција има председника и осам чланова, које бира и разрешава Народна скупштина Републике Србије, на предлог Владе Републике Србије. Стратешки циљ јесте обезбеђивање потпуне независности и ефикасности система заштите права за целокупан систем јавних набавки.

Поред наведених институција, у области јавних набавки значајну улогу имају и: Државна ревизорска институција, Министарство финансија, Комисија за јавно-приватно партнерство, Агенција за борбу против корупције, Комисија за заштиту конкуренције и Управни суд.

Државна ревизорска институција је највиши, самосталан и независан орган ревизије јавних средстава у Републици Србији, који је за обављање послова из своје надлежности одговоран искључиво Народној скупштини, чиме је овој институцији дата институционална независност у раду у односу на извршну власт, тј. Владу Републике Србије и друге субјекте који су предмет ревизије. У оквиру својих овлашћења, Државна ревизорска институција обавља ревизију финансијских извештаја, ревизију правилности пословања која обухвата испитивање финансијских трансакција и одлука у области јавних набавки, као и ревизију сврсисходности пословања која обухвата испитивање трошења средстава из буџета и других јавних средстава ради извештавања да ли су употребљена у складу с начелима економије, ефикасности и ефективности, као и у складу с планираним циљевима. Ова институција је овлашћена за подношење захтева за покретање прекршајног поступка. Дугорочни циљ је, како је прописано Стратегијом развоја јавних набавки у Републици Србији, да што већи број поступака јавних набавки буде подвргнут ревизији од стране ове институције, и то пре свега оних сегмената који у мањој мери могу бити предмет контроле других државних органа, тј. Планирање набавки у складу са стварним потребама наручилаца и задовољење потреба наручилаца кроз извршење уговора о јавним набавкама.

Министарство финансија је ресорном министарство за област јавних набавки. Према одредбама ЗЈН, је надлежно за послове финансија и врши надзор над извршењем уговора о јавним набавкама.²³ Сходно одредбама Закона о министарствима, ово министарство обавља послове државне управе

²²ЗЈН, чл. 187.

²³ ЗЈН, чл. 154. ст. 5.

који се односе, између осталог, и на јавне набавке.²⁴ У том смислу, овом и министарство припрема нацрте Закона о јавним набавкама, друге прописе и опште акте, и предлаже Влади Републике Србије стратегије развоја и друге мере којима се обликује политика ове Владе у области јавних набавки. Такође, Министарство финансија даје мишљења о примени Закона о јавним набавкама, затим има значај на контролна овлашћења и врши надзор над применом овог закона, чему му је поверено овлашћење да покреће прекршајне поступке против лица која су починила прекршаје предвиђене овим законом.

Комисија за јавно-приватно партнерство у складу са Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама²⁵, пружа стручну помоћ при реализацији пројеката јавноприватних партнерстава и концесија, као међуресорно јавно тело оперативно независно у свом раду.

Агенција за спречавање корупције је самосталан и независан државни орган, који за свој рад одговара Народној скупштини Републике Србије. У оквиру својих законских овлашћења, Агенција надзире спровођење Националне стратегије за борбу против корупције и Акционог плана за примену Националне стратегије, чији се посебан део односи на јавне набавке.

Комисија за заштиту конкуренције је самостална и независна организација, која за свој рад одговара Народној скупштини. Надлежна је да решава о правима и обавезама учесника на тржишту. Према том овлашћењу, активност Комисије подразумева откривање повреда конкуренције, њихово санкционисање и отклањање последица повреде конкуренције.

2. ПОСТУПЦИ СИСТЕМА ЈАВНИХ НАБАВКИ

ЗЈН у оквиру члана 51. прописује врсте поступака јавних набавки које наручиоци могу да примењују. То су: отворени поступак, рестриктивни поступак; конкурентни поступак са преговарањем, конкурентни дијалог, преговарачки поступак са објављивањем јавног позива, партнерство за иновације, преговарачки поступак без објављивања јавног позива.

Отворени поступак је, како је прописао ЗЈН, поступак у коме сви заинтересовани привредни субјекти могу да поднесу понуду.²⁶ Предвиђен је као правило, тако да га наручиоци увек могу спроводити, без обзира на предмет и вредност јавне набавке. За покретање отвореног поступка, ЗЈН не

²⁴ Видети чл. 3 Закона о министарствима „Службени гласник Републике Србије“, бр. 128/2020.

²⁵ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 22/2011, 15/2016 и 104/2016.

²⁶ ЗЈН, чл. 52.

предвиђа посебне услове, осим оних општих услова кој важе за покретање било ког поступка јавне набавке.

Рестриktivни поступак је прописан одредбом члана 53. ЗЈН и дефинисан као поступак који се спроводи у две фазе и у којем сви заинтересовани привредни субјекти могу да поднесу пријаву. Као и код отвореног поступка, тако ни за ову врсту поступка, ЗЈН не прописује посебне услове који морају бити испуњени како би се исти могао спроводити, изузев општег услова из члана 88. ЗЈН који мора бити испуњен за све врсте поступака јавне набавке, а то је да је набавка предвиђена у годишњем плану јавних набавки наручиоца.

Конкурентни поступак са преговарањем – Одредбама члана 55 ЗЈН, прописани су случајеви када се ова врста поступка може спроводити. Прописано је пет случаја, и то када: 1) потребе јавног наручиоца не могу да се задовоље без прилагођавања лако доступних решења; 2) уговор обухвата пројектовање или иновативна решења; 3) уговор не може да се додели без претходних преговора због специфичних околности које се односе на природу, сложеност, правну или финансијску структуру предмета јавне набавке или с њима повезаним ризицима; 4) јавни наручилац не може са довољном прецизношћу да утврди техничке спецификације предмета набавке; 5) у претходно спроведеном отвореном или рестриktivном поступку када су све понуде биле неприхватљиве.²⁷

Конкурентни дијалог представља врсту поступка која је била прописана и ранијим Законом (ЗЈН/2015). И тренутно важећи ЗЈН предвиђа могућност спровођења конкурентног дијалога. Примена овог поступка је намењена ситуацијама када је предмет јавне набавке нарочито сложен, односно у случајевима када се уговор о јавној набавци не може закључити путем примене редовних поступака јавне набавке (отвореним и/или рестриktivним поступком). Важећи ЗЈН (2019) прописује нови поступак јавне набавке - **партнерство за иновације**²⁸. Овај поступак се спроводи када постоји потреба за иновативним добрима, услугама или радовима, која не може да се оствари набавком добара, услуга или радова који су доступни на

²⁷ ЗЈН, чл. 55.

²⁸ У оквиру ЗЈН (чл. 2, ст. 1, тач. 19) под иновацијом се подразумева имплементација новог или значајно унапређеног производа, услуге или процеса, укључујући али не ограничавајући се на процесе производње и грађења, нову тржишну методу или нову организациону методу у пословним праксама, организацији радних места или спољним односима, између осталог, у циљу да се помогне у решавању друштвених изазова или као подршка паметном, одрживом и инклузивном расту.

тржишту.²⁹ Примена поступка партнерства за иновације има за циљ „развој иновативних добара, услуга или радова и њихову накнадну набавку.“³⁰

Преговарачки поступак без објављивања јавног позива је поступак који се одвија у више фаза, а карактерише га нижи ниво транспарентности у односу на остале поступке јавних набавки. Управо је из тог разлога потребно мишљење Канцеларије за јавне набавке. Преговарачки поступак без објављивања јавног позива је поступак који се донекле коси с начелом обезбеђивања конкуренције, међутим, чињеница је да постоје ситуације када је, са становишта принципа ефикасности, оправдано директно закључити уговор с одређеним понуђачем. Међутим, иако нису у обавези да објављују јавни позив, наручиоци су ипак дужни да поступају у складу с начелом обезбеђивања конкуренције, дакле да барем покушају да обезбеде ефективну конкуренцију упућивањем позива на преговарање у писаној форми једном или, ако је могуће, већем броју привредних субјеката, осим у случајевима када ЗЈН изричито даје могућност преговарања с једним понуђачем.

Преговарачки поступак са објављивањем јавног позива је поступак који је намењен само секторским наручиоцима. ЗЈН за примену овог поступка не прописује посебне услове. У овом случају секторски наручилац користи јавни позив, периодично индикативно обавештење или обавештење о успостављању система квалификације.

3. ОБЕЛЕЖЈА КОРУПЦИЈЕ У ЈАВНИМ НАБАВКАМА

Када говоримо о дефиницији корупције, најчешће се спомиње она у којој се „корупција карактерише као настојање да се богатство или моћ стекне незаконитим средствима - лични добитник на јавном рачуну“. Често се наводи да корупција представља сваки облик злоупотребе положаја и овлашћења ради личне или групне користи, било да се ради о јавном или приватном сектору. У ужем смислу, корупција је злоупотреба положаја и кршење закона због прибављања одређених, најчешће, материјалних користи. Корупција означава поступак у најмање две особе недопуштеном разменом ради остваривања личне користи поступају на штету јавног интереса, кршећи моралне и правне норме. Управном смислу, корупција (лат. *corruptus* – уништити, покварити, ломити, кидати) представља кривично дело злоупотребе положаја или овласти од стране особе или особа које обнашaju јавну функцију у управи, судској власти, привреди, политици, школству,

²⁹ ЗЈН, чл. 59, ст. 2.

³⁰ ЗЈН, чл. 59, ст. 1.

здравству, итд., ради стицања материјалне или нематеријалне користи која нема правно упориште.

Узроци корупције могу бити правни, политички, институционални и економски. Правни узроци корупције односе се неконзистентност законских прописа, одсуство адекватног или потпуног функционирања сектора правде (судова и тужилаштава) и објективног мерења и надзора њихово града. Политички узроци корупције се заснивају на постојању неформалних центара моћи, начину функционирања и финансирања политичких странака, нераду инспекцијских служби, као и распоређивању великог дела БДП-а од стране државе и непостојање механизма одговорности. Институционални узроци корупције јављају се у случајевима некавалитетне организацијске структуре институција, административних поступака који омогућавају коруптивне радње, недостатка унутрашње и спољне контроле администрације и административних поступака, некомпетентности институција које су сачињене од неадекватних јавних служби, у којима се запошљавање обавља по критеријима страначке припадности, непотизма, уместо по критеријумима стручности и професионализма. На крају, сматра се да су економски узроци корупције видљиви кроз не транспарентну трансформацију власништва (приватизацијска пљачка), претерана, неадекватна и не добро намерна интервенција државе у привреду, непоштовање тржишних законитости, итд.

Приликом самог помена корупције најчешће се мисли на њено постојање у јавном сектору, односно на корупцију која укључује различите облике власти на државном и нижим нивоима. На појављивање корупције и коруптивних радњи у јавном сектору утичу много бројни фактори. Неки од њих се односе на непостојање одговарајућих прописа и правила, као и професионалне етике, затим се као фактор јавља изостанак или слаба контрола, нетранспарентности неодговорност, слабо имовинско стање као и многи други фактори који су у директној или индиректој вези са концентрацијом и повезаношћу политичке и економске моћи у рукама малог броја припадника друштва.

Поједини аутори наводе да област јавних набавки чини између 10% и 15% светског бруто друштвеног производа, а вредност која прође кроз ову процедуру се процењује на неколико билиона америчких долара сваке године (Тањевић, Шпилер, 2016, 133). Управо је то један од разлога што су јавне набавке област у којој корупција највише долази до изражаја. Може је рећи да се суштина корупције у јавним набавкама односи на то да је она „као канцер“ који наноси огромну материјалну штету друштву. У друштву је присутна у различитим облицима: неадекватно планирање у циљу разбијања „великих“ набавки на „мале“ или набавке испод лимита на које се Закон о јавним набавкама не примењује, где наручиоци сами бирају понуђаче; погрешно дефинисани услови и критеријуми у конкурсној документацији;

фаворизовање кроз техничку спецификацију; спровођење преговарачког поступка без објављивања позива за јавно надметање; неадекватна примена оквирног споразума; изостанак или неадекватна контрола планирања, спровођења и извршења јавних набавки; подмићивање, сукоб интереса, непотизам и слично. (Тађевић, Шпилер, 2016, 132).

Између корупције у јавним набавкама и оне која се јавља у осталим областима друштва постоји кључна разлика, а то је да се корупција у јавним набавкама одвија на „високом нивоу“. У питању је велика и/или политичка корупција која уједно представља и најопаснији облик корупције који омогућава спровођење и свих осталих облика и омогућава стварање „ситне“ корупције и корупције на средњем нивоу. Поред тога што производи велику материјалну штету друштву, реализација корупције у јавним набавкама пружа њеним носиоцима неограничену моћ (или бар реализатори корупције тако мисле), тако да они прелазе институционалне границе које им систем поставља.

Када се посматрају земље у развоју и развијене земље, може се закључити да се корупција још више јавља у земљама у развоју. Шошкић објашњава да разлози за појаву и раширеност корупције у земљама у транзицији настају као последица нагомиланих економских проблема, ниских примања, пада животног стандарда већег дела становништва итд. Поред наведених, као фактори који нарочито доприносе расту корупције у земљама у развоју истичу се и: слаба државна администрација, непостојање правне државе, политичке институције и сиромаштво (Шошкић, 2004:38).

Главни фактор који доводи до појаве корупције у области јавних набавки је нетранспарентност процедуре, односно да је у великој мери ствар дискреционих овлашћења надлежних органа. Кључна реч за обезбеђивање од корупције у случају јавних набавки јесте транспарентност. Укратко, цео процес јавних набавки, што укључује и саму спецификацију набавке, треба да буде транспарентан, како би сви заинтересовани били у прилици да подигну узбуну уколико сматрају да се јавља пристрасност у корист једног од конкурената. Транспарентност процеса јавних набавки треба да омогући конкурентима да добро пазе једни на друге, односно на покушај подмићивања, будући да управо они имају снажне подстицаје за такво понашање. Управо је у томе вештина прављења доброг институционалног аранжмана – кључна треба да буде улога онога који има најснажније подстицаје да добро одигра ту своју улогу. Поред нетранспарентности јавља се и неефикасан надзор и контрола којом би се спречиле евентуалне злоупотребе. То је нарочито случај, како истиче Јовановић, у области куповине робе за робне резерве, уступања

инвестиционих радова, куповине путем посредника итд., због чега се управо у тим областима јављају и различити облици корупције.³¹

3.1. Ризици у вези са појавом корупције у јавним набавкама

До корупције у јавним набавкама може доћи у различитим фазама поступка јавне набавке и у различитим видовима.

3.1.1. Корупција у фази планирања

Корупција до које дође у фази планирања набавки је мање уочљива, јер се реализује током процеса који није дефинисан и уређен посебним процедурама. До корупције у фази планирања набавки долази на више начина, а неки од најчешћих случајева су: 1. планирање набавке непотребних или мање потребних добара, услуга или радова у односу на друге предмете набавке; 2. неправилан одабир поступка јавне набавке који ће се применити или одређивање превисоке планиране вредности набавке; 3. пружање веће количине података о предмету будућих набавки преферираним потенцијалним понуђачима више података, чиме им се даје значајна предност у почетној фази поступак набавке.

3.1.2. Коруптивне радње у оквиру фазе спровођења поступка јавних набавки

Током фазе спровођења поступка јавних набавки до корупције може доћи на више начина. Највећи ризик за настанак корупције током фазе спровођења поступка јавних набавки је његово спровођење без претходног објављивања позива за јавно надметање. Следећи битан ризик односи се на процес састављања понуде, односно изразу конкурсне документације. Међутим, наручилац има могућност да набавку постави на начин да је „прилагоди“ одређеном понуђачу, а самим тим и да ограничи, сузи конкуренцију. Исти је случај и са захтевањем додатних услова који могу да се прилагоде одређеном понуђачу. С тим у вези значајно је напоменути да је у једном броју земаља намештање понуда прописано као кривично дело, што показује колики значај се придаје овој врсти повреде конкуренције. Следећи

³¹ Код извођења радова у иностранству могућност за злоупотребе је већа јер је и контрола слабија. Ради се о уговарању великих послова са испоручиоцима опреме, технологије, извођачима радова и сл. Наиме, кад год су у питању велики пројекти (у финансијском смислу) и када постоји већи број заинтересованих учесника, постоји опасност да фирме покушају да подмите државне функционере који одлучују о томе ко ће добити посао, или да успостављају тајне споразуме са ривалима, или и једно и друго (Јовановић, 2001:36).

проблем је што наручиоци и понуђачи позиве за давање понуда шаљу на мали број адреса, или пак позивају на сарадњу оне понуђаче са којима су раније остваривали сарадњу и закључивали уговоре о истоврсним или сродним јавним набавкама. На овом месту осврнућемо се и на могућност наручиоца да закључи оквирни споразум након спроведеног поступка јавне набавке из члана 66 ЗЈН. Наиме, Закон прописује да се оквирни споразум не може користити на начин којим би се спречила, ограничила или нарушила конкуренција и једнакост понуђача (ЗЈН, чл. 66, ст. 6), међутим, присутан је ризик да ови споразуми у одређеној мери ограничавају конкуренцију за поједине послове и, као и централизоване јавне набавке, доносе могућност да се кроз један акт корупције утиче на већи број јавних набавки одједном, па се могу сматрати и мером која повећава ризик од настанка корупције или макар њене потенцијално штетне ефекте (Пејовић, Ненадић, 2014). Такође, треба имати у виду да је реч о поступку у којем се уговори склапају на две или три године, који су непознати у нашој пракси, те би могли бити ризични за друштво са високом коруптивном праксом. Најзад, ризик за корупцију се потенцијално налази и у институту мешовитих набавки који уводе нова законска решења. Наиме, Закон предвиђа да „ако предмет уговора о јавној набавци делом чине добра и делом услуге, основни предмет уговора одређује се у зависности од тога који део предмета набавке има већу процењену вредност.“³² Имајући у виду да норма не поставља као услов за примену мешовите набавке функционалну или било какву другу повезаност предмета набавке, остаје широк простор за коруптивне радње кроз спајање непотребних, нелогичних или потпуно неприродно повезаних предмета. Још опасније решење предвиђа се за овакве набавке у области одбране и безбедности, где постоји могућност да се у случају када је предметна набавка „објективно недељив“ уговор додели и без примене одредаба Закона (Шабић, 2015:6).

3.1.3. Корупција након закључења уговора

До корупције након закључења уговора може доћи у вези са мењањем одредаба самог уговора, односно немогућношћу његовог извршавања (посебно у погледу квалитета, цене или рока), одобравањем испуњења које није у складу са уговором, односно мењањем некоришћењем средстава обезбеђења и других правних средстава која стоје на располагању наручиоцу због неиспуњења уговора или када наручиоц ћути, тзв. „ћутање наручиоца“ ослабоми непотпуном испуњењу уговора, а све у циљу заштите пословних интереса понуђача.

³² ЗЈН, чл. 23. ст. 2.

Поред свега наведеног, постоји и могућност да наручиоци у одређеним случајевима закључују уговор о јавној набавци мимо тендерских услова, као и да закључују анекс уговора о јавној набавци мимо законских могућности, уместо да спроведу нови поступак јавне набавке. Доношењем и ступањем на снагу новог Закона о јавним набавкама (2019) значајно је учињено на унапређивању транспарентности јавних набавки у свим фазама, а нарочито у последњој фази, односно реализацији уговора, јер је наглашено да све измене уговора треба да буду забележене и доступне широј јавности.

3.2. Принципи јавних набавки и борба против корупције

Начела садржана у Закону о јавним набавкама су: начело ефикасности и економичности; начело обезбеђивања конкуренције и забрана дискриминације; начело транспарентности поступка јавне набавке и начело једнакости привредних субјеката, односно понуђача.

3.2.1. Начело ефикасности и економичности

Ефикасност представља правовремену и квалитетну реализацију конкретног уговора о јавној набавци уз што мањи утрошак јавних средстава приликом набавке добара, услуга или радова за потребе уговорног органа. Начело ефикасности и економичности је уређено чланом 6. ЗЈН и односи се на општу обавезу наручиоца да прибави добра, услуге или радове одговарајућег квалитета, имајући у виду сврху, намену и вредност јавне набавке, тако да се поступак јавне набавке спроводи и додела уговора врши у роковима и на начин прописан ЗЈН, са што мање трошкова везаних за поступак и извршење јавне набавке. Како би се у потпуности поштовало начело економичности од великог значаја за уговорни орган је да цене у понудама буду што ниже, на шта и се у значајној мери може утицати правилним планирањем јавне набавке и обезбеђењем што шире конкуренције међу понуђачима. Овдесе, дакле, ради о основном начелу ЗЈН које се везује за употребу јавних средстава у јавним набавкама, тј. За суштинско добијање вредности за новац. Обавеза наручиоца је да набављају предмете набавки одређеног квалитета који ће на најбољи начин задовољити њихове потребе или потребе њихових корисника, да се таква набавка спроводи без непотребног губитка времена, тј. У оптималним роковима и уз што мање трошкове узимајући у обзир како сам поступак, тако и сам предмет јавне набавке, али и његово извршење које не мора подразумевати само непосредно изражену цену предмета набавке, већ и друге трошкове који се могу јавити у животном циклусу једне набавке. Како је овде реч о суштинском и најзначајнијем начелу ЗЈН, кроз које се изражава природа и смисао јавних набавки, управо је ово начело и основно мерило приликом

оцене успешности одређеног система јавних набавки. У том смислу, сва остала начела се могу сматрати средством за остварење овог начела.

3.2.2. Обезбеђивање конкуренције

Готово да не постоји дилема како у теорији, тако и код оних који непосредно спроводе поступке јавних набавки, да широка конкуренција, односно што већи број понуђача и поднесених понуда, доприноси да понуђени услови реализације конкретне уговора о јавној набавци буду повољнији за уговорне органе. На тај начин се, пре свега, остварује начело ефикасности и економичности употребе јавних средстава. Наиме, избор предмета набавке и његових техничких спецификација који ће, са једне стране, задовољити реалне потребе уговорног органа (у смислу послова које обавља), а са друге стране ће омогућити што ширу конкуренцију, истовремено ће представљати и најбољи гарант остварења начела ефикасности и економичности.

Начело обезбеђивања конкуренције и забране дискриминације је регулисано чланом 7. ЗЈН и подразумева обавезу наручиоца да у поступку јавне набавке омогући што већу конкуренцију. Забрањено је ограничавање конкуренције од стране наручиоца, а нарочито није допуштено неоправдано довођење повољнији или неповољнији положај, нити онемогућавање било ког привредног субјекта да учествује у поступку јавне набавке коришћењем дискриминаторских критеријума за квалитативни избор привредног субјекта, техничких спецификација и критеријума за доделу уговора.³³ Овде је реч о најважнијем потпорном начелу, које служи да би се на најбољи начин остварило напред наведено основно начело ефикасности и економичности. Само се уз широку конкуренцију и што већи број понуда може очекивати тржишна конкуренција која ће резултирати нижом ценом за дефинисани квалитет, како би се остварила ефикасност и економичност у погледу употребе јавних средстава и употребне вредности предмета набавке.

3.2.3. Транспарентност поступка јавне набавке

Начело транспарентности поступка јавне набавке може се сматрати једним од пресудних зареализовање циљева јавних набавки. Ово начело се на природни начин надовезује на претходно наведена начела. Начело транспарентности је уређено чланом 8. Закона о јавним набавкама и односи се на само својство овог поступка, тј. јавност. Да би се могла остварити пуна конкуренција, а самим тим и најповољнија могућа тржишна понуда,

³³ ЗЈН, чл. 7, ст. 2 и 3.

понуђачи морају бити упознати са постојањем јавне набавке и њених битних захтева, а морају располагати и инструментима потребним ради евентуалне касније заштите својих права у поступку. Даље, ово начело се знатно конкретизује кроз одредбе Закона о јавним набавкама, а нарочито кроз правила о оглашавању и праву на увид у документацију. Значај који законодавац придаје овом начелу се огледа и у подстицању наручилаца да се у погледу јавности не ограничавају само на формалне обавезе прописане Законом о јавним набавкама.

3.2.4. Једнакост привредних субјеката

Начело једнакости привредних субјеката је регулисано чланом 9. ЗЈН којим се прописује дужност наручиоца је да у свим фазама поступка јавне набавке обезбеди једнак положај свим понуђачима, односно једнак третман према сваком од понуђача у свакој од фаза поступака јавне набавке. Њему је забрањено да одређује услове који би имали дискриминаторни карактер (националну, територијалну, предметну или личну дискриминацију) међу привредним субјектима као понуђачима, као и дискриминацију која би произилазила из класификације делатности коју обавља понуђач. То се, пресвега, односи на информације које су од значаја за спровођење поступка јавне набавке, и то тако што наручиоц не сме ниједном понуђачу (привредном субјекту) да саопшти оно што није саопштио другим понуђачима. Такву обавезу уговорни органима не само у поступку јавне набавке, већ и у фази припреме истог, односно израде плана набавки, као и тендерске документације. Такође, приликом предузимања одређених радњи у поступку јавне набавке, уговорни орган је дужан да поступа у истим ситуацијама на исти начин независно од тога које понуђач или заинтересовано лице као потенцијални понуђач.

4. СПРЕЧАВАЊЕ И СУЗБИЈАЊЕ КОРУПЦИЈЕ У СМИСЛУ ЗЈН

Усвајањем Закона о јавним набавкама (2019) велики напредак је учињен најпре на повећању транспарентности, објављивањем великог броја информација на Порталу јавних набавки (<https://jnportal.ujn.gov.rs/>), што је веома значајно са становишта контроле законитости и сврсисходности спроведених јавних набавки. Закон садржи посебан одељак посвећен спречавању корупције и сукоба интереса у овој области. У складу са законским одредбама, наручилац је између осталог, обавезан да предузме све потребне мере како не би дошло до корупције у планирању јавних набавки, у поступку јавне набавке или током извршења уговора о јавној набавци, како би се корупција правовремено открила, како би биле отклоњене или умањене

штетне последице корупције и како би учесници у корупцији били кажњени у складу са законом.³⁴

Наручилац је дужан да донесе акт којим ће ближе уредити поступак јавне набавке унутар наручиоца, а нарочито начин планирања, спровођења поступка јавне набавке и праћења извршења уговора о јавној набавци (начин комуникације, правила, обавезе и одговорност лица и организационих јединица), начин планирања и спровођења набавки на које се закон не примењује, као и набавки друштвених и других посебних услуга. Такође је прописана обавеза наручиоца да посебни акт објави на својој интернет страници.³⁵

5. ЗАКЉУЧАК

Борба против корупције представља, дакле, један од примарних циљева целокупног система јавних набавки. Њу треба схватити као циљ који је вредан и сам по себи, како због негативних ефеката и друштвене опасности коју ова појава носи, тако и као средство које ће помоћи да целокупан систем јавних набавки у Републици Србији буде ефикаснији и да пружи боље резултате. Важећим ЗЈН успостављен је законодавни оквир у области јавних набавки у Републици који је у великој мери у складу са законодавством Европске уније, односно успостављен је систем који омогућава поштовање основних начела слободе кретања добара, слободе пословног настањивања и слободе пружања услуга и начела која из њих произлазе, као што су начело економичности и ефикасности, начело обезбеђивања конкуренције и забрана дискриминације, начело транспарентности поступка јавне набавке, начело једнакости привредних субјеката. У наредном период је потребно помно пратити примену ЗЈН у пракси, управо из разлога што област јавних набавки пружа могућност за настанак корупције у свим фазама процеса, како поједине одредбе неби постале само „мртво слово на папиру“, а све у циљу искорењивања корупције, као „канцера“ који се не може олако уништити, јер је природи људи склоност ка „лакој заради“ и „богаћењу преко ноћи“.

³⁴ЗЈН, чл. 49.

³⁵ЗЈН, чл. 49, ст. 2 и 3.

Mirjana IVAZ

Teaching Assistant

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

LEGAL AND INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Public procurement, in its essence, is a development issue that is of great importance for every country. Given that the Republic of Serbia is firmly committed to the European path, there is a need for the process of harmonization of legislation with the *acquis communautaire* in this area and its full implementation at all levels. Despite the legislation and the institutional basis for regulating public procurement, this area is such that corruption is widespread, so the strategic and reform goals of our country are aimed at reducing irregularities in the public procurement system. In this regard, the guiding idea for analyzing the issue of corruption in public procurement is that corruption and corrupt practices cause great material damage to society. The scientific contribution of this paper is reflected in the identification of key risks for the occurrence of corruption in the field of public procurement. Having all this in mind, the paper first presents the legal basis and institutions that are important for the adequate functioning of the public procurement system. Then, the types of public procurement procedures that contracting authorities can apply are described, and in the next part of the paper, attention is focused on corruption in the field of public procurement. Corruption in the field of public procurement can occur in different phases of the procedure and in various forms, so special attention is paid to risk analysis for corruption in this area, and through all phases of the public procurement process: planning, conducting public procurement procedures and after concluding contracts. In the last part of the paper, an analysis of normative solutions prescribed by the new PPL was performed in order to improve anti-corruption mechanisms.

Keywords: Law on Public Procurement, corruption, Republic of Serbia.

ЛИТЕРАТУРА

Беговић Б., (2007), *Економска анализа корупције*, Центар за либерално-демократке студије, Београд.

Јовановић, П., (2011). *Анатомија корупције*, Транспарентност Србија, Београд.

Пејовић, Д., Ненадић, Н. *Анализа дужности Управе за јавне набавке и утврђивање слабости у раду Управе и система јавних набавки с посебним освртом на антикорупцијске активности*, Транспарентност Србија, Београд, 2014.

Приручник за припрему полагања испита за службеника за јавне набавке, 2020, доступно на: <http://www.ujn.gov.rs/wp-content/uploads/-/2020/11/PRIRUCNIK.pdf>

Приручник за обуку и полагање испита за стицање сертификата за службеника за јавне набавке, 2020.

Тодоровић, Б., Илић, Н. *Правно-економска анализа корупције у јавним набавкама - случај Србије у процесу европских интеграција. Право и привреда*, 7-9/2018, 234-250.

Шабић, Д., (2015). *Ризици за појаву корупције у Закону о јавним набавкама Републике Србије*, Реформатор, бр. 3, стр. 6- 7.

Шошкић, Н., (2004). *Облици и начини сузбијања корупције*, Академска штампа, Београд.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Закон о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 91/2019.

Закон о општем управном поступку – ЗУП „Службени гласник РС”, бр. 18/16 и 95/18 – аутентично тумачење.

Закон о облигационим односима – ЗОО „Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – УСЈ, 57/89, „Службени лист СРЈ”, бр. 31/93, 44/99 – др. пропис и „Службени гласник РС”, бр. 18/20.

Одлука о утврђивању Списка наручилаца из члана 3. став 1. тачка 1) Закона о јавним набавкама „Службени гласник РС“, бр. 85/20.

Уредба о јавним набавкама у области одбране и безбедности „Службени гласник РС“, бр. 93/20.

Уредба о организацији и начину обављања послова централизованих јавних набавки на републичком нивоу „Службени гласник РС“, бр. 116/2020.

Уредба о начину обављања послова централизованих јавних набавки на републичком нивоу „Службени гласник РС”, бр. 116/20.

Правилник о садржини конкурсне документације у поступцима јавних набавки „Службени гласник РС“, бр. 21/21.

ТЕОРИЈСКО ПРАВНА И ИСТОРИЈСКО ПРАВНА
ОБЛАСТ

Др Сава АКСИЋ*

340.12

АКТУЕЛНОСТ ПРИРОДНОГ ПРАВА

Апстракт: Природно право означава право које је старије и правичније од права које је прописала држава. Оно није нигде као такво записано, оно је дато или од природе или од Бога, дакле, прописано је од неке силе која је виша од човека и зато право које је прописала држава мора да се повинује природном праву. Садржај идеје природног права се током историје мењао са циљем стварање правичнијег друштва и може се очекивати да ће се природна права, као скуп идеја за стварањем срећнијег и правичнијег друштва, мењати и усавршавати пратећи развој човека и друштва.

Кључне речи: природно право, Бог, човек, правда, природа.

Теорија природног права је настала у старој Грчкој, и, у ужим академским круговима, али и шире, је постала толико актуелна да природно-правни поглед на свет није представљао само став једне уже групе филозова или правника него је био део постојеће културе, односно представљао текући поглед на свет (*weltanschauung*).¹ Идеја природног права је била присутна код софиста, и код Аристотела, „у Софокловој „Антигони“, у познатом ставу Антигопином према Креонту: она тврди да постоје вечни закони, који нису никада записани и који су непроменљиви, и да писани закони државне власти не могу променити те вечне написане законе“.²

Након тога је ова теорија била присутна у старом Риму, у разним видовима присутна кроз цео средњи век, а на неки начин је она актуелна и данас.

Суштина теорије природног права се састоји у ставу да позитивно, државно право, није једино право, него да поред њега постоји и једно природно право које је старије од државног права, које је уз то још и

* Редовни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет sava.aksic@pr.ac.rs

¹ Радомир Лукић, *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, БИГЗ, 1995. стр. 68.

² *Ibid.*

апсолутно правично.³ „Ако се хоће да остане доследан правилној идеји природнога права, онда се под њиме има разумети такво одређење појма права, које би следовало не из каквог вишег принципа, већ из једнога нормативнога садржаја признатог самог по себи као правичног. Код Бергбома се налази слична дефиниција природнога права када он вели, да је природно право претстава о једном праву независном од сваке људске воље и постављања, пошто норме које не би биле самовољне и случајне, могу бити само општеважеће и потребне.“⁴ „Под природним правом Штамлер разуме једно право које би по својој садржини одговарало природи“.⁵ Штамлер наглашава да „особеност природнога права треба тражити у особености његовог садржаја“.⁶

Основна идеја школе природног права се састоји у чињеници, да постоји одређено трајно право, које се не мења, које је непролазно, и које је иманентно природи људи и друштва у целини у складу са природом човека, и које као такво није нигде записано и формулисано.⁷ Ово право по некима потиче или од Бога или од природе, али је у сваком случају дато од неке силе која се налази изнад човека. Природном праву се као супротност поставља позитивно право, а које се позитивно право разликује у разним епохама једног истог друштва, и будући да је створено од стране људи, оно је као такво променљиво, нестално, подложно утицају конкретног друштва и људи који су га створили. Циљ природног права и јесте надвладавање позитивног права, па је и однос између ова два права такав да између њих постоји напрегнутост и неслагање, а с обзиром да један исти однос може бити регулисан путем оба права, могуће је да по једном праву треба урадити оно што је по другом изричито забрањено „као што је био случај Антигоне, којој је природно право наређивало да сахрани свог брата, док јој је позитивно право то забрањивало“.⁸

Када је реч о самој суштини природног права, какво оно треба да буде и на који начин треба да регулише односе, у старој Грчкој је владало схватање да природно право мора бити правично, односно да путем природног права држава треба да штити правду, док би материјални извор права било опште добро, односно норме овога права би морале бити правичне са циљем остварења заједничког интереса свих грађана, а појам

³ Боривој Мартинац, *Право и држава у нормативној доктрини Феликса Шомла*, штампарија Млада Србија, Београд 1938. стр. 115

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, 116.

⁶ *Ibid.*

⁷ Радомир Лукић, *Теорија државе и права*, Теорија права, Београд, БИГЗ, 1995, стр. 68-69.

⁸ *Ibid.*

правде који се и данас спомиње као школски образац о томе каква правда може бити је одредио Аристотел, на начин да постоји дистрибутивна и комутативна правда. Дистрибутивна правда би била она која може да постоји у односима између друштва и појединаца и путем којег свако треба да добије онолико колико је заслужио, док би се комутативна правда, која може да постоји у односима између појединаца, остварила на начин сразмере, еквиваленције, да свако треба да добије вредност једнаку оној коју је дао.⁹

Међутим, природно право није у свим фазама постојања, од свог настанка било у конкуренцији истог односа. Тако је у периоду антике, природно право било у односу супротности између природног права и права које је било прописано, у средњем веку се налазило у супротности између божанског, на једној страни и људског права, на другој страни, док је у новом веку природно право сталу на страну појединачног ума у односу на правну принуду. У различитим фазама свога постојања природно право је некада било аргуменат апологије постојећег права, док су некада поставке природног права служиле против позитивног права. У сваком случају, откривење, ум, природа, као основне категорије природног права су вечне и непроменљиве,¹⁰ односно, тежња да друштвена стварност буде регулисана правом изведеним на основу природе ствари.¹¹

Харт примећује „да су људи исправно увидели да у "скромном циљу опстанка" лежи "централни непобитни елемент који даје искуственом здраворазумском добру терминологију Природног права". Он даље тврди да у телеолошким елементима који се провлаче кроз целокупно морално и правно мишљење постоји "прећутна претпоставка да је опстанак први циљ људске делатности". Он примећује да "огромна већина људи жели да живи, чак и по цену страшне беде".¹²

„Стога, када би сте ме упитали како да издвојим једно, средишње непорециво начело од онога што може да се назове суштаственим природним правом – Природним правом означеним великим словима – то бих нашао у следећој опомени: "Откријте, одржите и сачувајте целовитост веза за саобраћање помоћу којих људи једни другима преносе оно што опажају, осећају и желе". У овој ствари моралност тежње нуди више од само доброг савета и изазова изврности."¹³ У једном оваквом ставу је

⁹ *Ibid*, 69.

¹⁰ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980. стр. 26.

¹¹ Жан Карбоније, *Правна социологија*, Сремски Карловци, Нови Сад, Титоград, 1992, стр. 63.

¹² Лон Л. Фулер, *Моралност права*, Београд, 2001. стр. 204.

¹³ *Ibid*, 205-206.

начелно одређен апстрактни садржај норми природног права, од тренутка његовог постојања.¹⁴

Поједини домаћи писци, као Тома Живановић, појашњавајући смисао природног права наводе и следеће: „Као извор права се наводи и природно право, према томе правна наука, која га открива (Филозофија природног права). ... Али извесни ранији грађански законици (као § 7. аустр. и 8 8. [..природна правила”] срп. г. з.) изрично придају природном праву супсидијерно важење.. Утолико се природно право (које не само објективно постоји, већ и важи) заиста појављивало као независан (иако само на основу законског признања) извор права.“ ... оно је „не скуп у мом откривених опште важећих правих ставова, пећ из теоретских основних гледишта одређеног времена изведени ставови учења” (Lehrsätze). „Природа ствари” (die Natur der Sache) се међутим не може сматрати извором права, као што су неки узимали. Упућивање судије на разликовање према „природи ствари” није упућивање на неки особен извор права, већ само на то да предмет у случају сумње или непотпуности у закону решава с обзиром на материју (или циљ) права, дух закона и индивидуалну суштину предмета, дакле уопште у оквиру позитивног права.“¹⁵

Дакле, уређење људских односа, сходно теорији природног права, уређених позитивним правом, није једини и једино могући начин регулисања друштвених односа. За разлику од овога постоји поредак односа чије је важење апсолутно и праведно, јер произилази из природе ствари или људи, или од људског разума или божије воље.¹⁶ На начин на који се човек покорава правним прописима, на исти се начин се природа покорава природним законима, јер су природни закони израз божије воље, па се природа поистовећује са божијом вољом, с обзиром да је по природноправној доктрини природу створио Бог.¹⁷ Значи да природно право није створено људском вољом, и оно као такво није произвољни људски производ, него је оно изведено из природе помоћу операције људског разума, што даље значи да се посматрањем међуљудских односа могу пронаћи правила тих односа која одговарају природи, и као таква су савршено праведна.¹⁸ Човекова права и дужности су одређена природом, и

¹⁴ Leo Strauss, *Природно право и историја*, Београд, 1997. стр. 64-92.

¹⁵ Тома Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Београд 1997. стр. 195.

¹⁶ Ханс Келзен, *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951. стр. 22.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

као таква не смеју бити потиснута од стране људских законодаваца, тако да су та права и обавезе света, јер природа манифестује божију вољу.¹⁹

„Како човек у свему апсолутно зависи од свог Творца, нужно је да се у свему покорава вољи свог творца. Та воља његовог творца назива се природним правом. Јер, као што је Бог, када је створио материју и обдарио је кретањем, утврдио извесна правила о сталном правцу тог кретања, тако је Он, када је створио човека и обдарио га слободном вољом да сам собом управља у свим областима живота, поставио извесне непроменљиве законе људске природе, којима је та слободна воља у извесној мери регулисана и ограничена, и дао човеку такође способност разума да открије смисао тих закона...Он је поставио само такве законе који су се заснивали на оним односима правде који су постојали у природи ствари пре било каквог позитивног прописа. То су вечни, непроменљиви закони о добру и злу, којима се и сам Творац покорава у свим Својим поступцима, и за чије је откривење Он оспособио људски разум утолико уколико су они нужни за вођење људских акција.“²⁰

Тако, да, у суштини, теорија природног права почива на дуализму позитивног, несавршеног и природног, савршеног права које је апсолутно праведено, те, позитивно право може имати своје оправдање само уколико је сагласно природном праву. Овакав би дуализам позитивног и природног права одговарао дуализму стварности и платоновске идеје,²¹ и даље, тврде критичари теорије природног права, да, „кад би човек потпуно проникао у свет идеја, он би био способан да прилагоди свој свет, а специјално свој друштвени свет, своје понашање, њиховом идеалном образцу; и пошто би човек био савршено срећан кад би његово понашање одговарало идеалу, он би се сигурно тако и понашао. Он, и према томе његов сопствени емпиријски свет, постали би потпуно добри. Отуда не би уопште ни било никаквог емпиријски реалног света различитог од идеалног трансценденталног света. Нестао би дуализам између овога и онога света, као последица човечије несавршености. Идеал би био стварност. Кад би човек познавао апсолутно праведан поредак, за који доктрина природног права тврди да постоји, позитивно право би било сувишно, шта-више бесмислено. Стављена пред постојање једног праведног поретка за друштво, који се може сазнати из природе, разума или божије воље, активност стваралаца позитивног права би одговарала лудачком напору да пушта вештачко осветљење у пуном сунчевом сјају. Кад би се проблем правде могао решити онако као што можемо да решимо проблем технике природних наука или медицине, на регулисање односа међу људима путем

¹⁹ *Ibid*, 23.

²⁰ *Ibid*.

²¹ *Ibid*, 25.

принудних мера власти би се исто толико мало мислило као што се данас мало мисли на принудно прописивање путем позитивног права како треба да се сагради парна машина или лечи нека одређена болест. Када би постојала правда која се објективно може сазнати, не би било ни позитивног права, па према томе-ни државе, јер не би било потребно принуђивати народ да буде срећан,²²

Са ставом немогућности сазнања правде, а онда и њеног остварења, као што то чини нормативистичко – позитивистички приступ, чији је најистакнутији представник Ханс Келзен²³, доводи се у питање сам појам правде, који је суштина природно – правне теорије, док, са друге стране, теорије социолошке оријентације, као теорије које на дијаметрално супротан начин објашњавају порекло и суштину права, на сличан начин доводе у питање постојање природног права. Тако, један од представника социолошке оријентације у праву, Шомло истиче да од средине 19.в. природно право све више губи на свом значају, и да се једино и донекле одржало у правној филозофији католичке цркве, па онда, пошто се идеја природног права која више нема никакву важност појављује само као последица идеје позитивног права, односно идеја природног права антиципира идеју ванпозитивног права, било би умесно уклонити идеју природног права, са њом и жаргон природног права и заменити га једноставно идејом и појмом права.²⁴ Ово би такође био један од покушаја да се термин природно право једноставно престане употребљавати у стручној реторици, који је, по нама, мотивисан искључиво разлозима полазне концепције наведеног погледа на свет, с обзиром да је, сходно социолошкој концепцији управо друштво, на одређеном пресудном степену свога развоја творац свих норми, а не природа, па је онда овакав став представника наведене теорије и логичан.

Међутим, ако се осврнемо на тврдњу нормативиста да је правду у толикој мери немогуће сазнати, а као што смо могли видети то је такав ниво порицања њеног постојања да, изгледа појам правде служи само да би се критиковао, поставља се питање да ли је правду заиста немогуће сазнати у толикој мери да готово и да нема смисла причати о њој, и која би била алтернатива стању у којем правда уопште не може да постоји, јер не би смо знали шта је то?

Као прво, наравно да постоје дилеме о правди, и то о свим њеним аспектима: могућности, пореклу, смислу, циљу, суштини, њеном сазнавању

²² *Ibid*, 26, 27.

²³ Уп. Бојан Бојанић, *Регионализација и регионална држава, Уставноправни аспекти*, Косовска Митровица, 2013. стр. 26.

²⁴ Боривој Мартинац, *Право и држава у нормативној доктрини Феликса Шомла*, штампарија Млада Србија, Београд 1938. стр. 116-117.

итд. и то откада појам правде уопште постоји. Заиста јесте тешко поједине међуљудске односе уредити на праведан начин, посебно ако се ради о правди коју би требало утврдити на основу субјективних чињеница. Дакле, ако се ради о узајамним престацијама чија се сразмера може утврдити извесним објективним и егзактним критеријумима, онда, и еквиваленција узајамних престација које би биле објективне и као такве егзактне, не би требала бити много упитна. Али, ако се ради о сразмери на основу субјективних критаријума, који се различито могу доживети, онда се може отворити дискусија о сразмери учињеног, и последица због учињеног, као нпр. о питању сразмере тежине кривичног дела и казне, јер би кроз једну такву расправу дошла до изражаја лична убеђења, идеологија, вера у Бога и целокупни карактер личности уопште. Могуће је да се таквим расправама не би назирао крај, и да би заиста тешко било у одређеном медијуму доћи до општеприхваћеног појма правде. Радбрух примећује: „Правда у том смислу значи једнакост. Али сама једнакост може се различито тумачити. Она се, с једне стране, по своме предмету може везивати за добра или за људе: праведна је награда она која одговара вредности рада, али и казна која погађа једнога исто као и другога, С друге стране, она по своме мерилу може бити апсолутна или релативна једнакост: награда равна раду, али кажњавање неколицине сразмерно њиховој кривици“.²⁵ Међутим, никако не треба да значи да због тога што не можемо да се сложимо око садржаја идеје правде, да не требамо да расправљамо о њој. Можда се у одређеном тренутку не можемо сложити о правди, односно о сразмери у одговарајућем односу, али правда не мора да значи само сразмеру у једном свршеном чину права и обавеза, него, правда често може да значи и саму жељу за правдом. Ако постоји барем и намера да се постигне правично решење, и то је само по себи корак ближе правди. Можда се неће постићи апсолутна правда, једноставно зато што не постоји адекватна представа о трансценденталним вредностима, али се може постићи сагласност о трагању за њом, што је само по себи довољно да се може сматрати, да је правда, ако не достигнута, онда бар започета. Или, ако се правда не може досегнути, онда треба да се бар размишља о њој, што је некада довољно да у одређеном односу не би све било дозвољено. Дакле, ако постоје објективне чињенице, њихова сразмера је довољан основ да се може доћи до правде, а ако нема објективних, него само субјективних чињеница, о чијој сразмери се не можемо сагласити, онда би и сагласност о потреби тражења правде био одређени корак у правцу њеног настанка. Правду можда не можемо пронаћи, али је морамо тражити. И консензус око тога да је идеја правде

²⁵ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980. стр. 46.

уопште могућа, је карак ближе њеном налажењу. И сама жеља за проналажењем правдом, некада може значити одређени степен правде.

Преко овога долазимо и до одговора на друго питање: која је алтернатива непостојању правде, ако ње нема нити се о њој може расправљати, управо зато што се, како позитивистичка школа сматра, неможе сазнати! Мислимо да би одговор био у настанку стања у којем је у потпуности примењен позитивистички принцип, који се састоји у томе да је закон сурогат правде. Држава би ту била изнад правде, а исход таквога стања не би водио никуда осим у стање потпуне етатизације. „Правичност је правда појединачног случаја, и то што њу узимамо у обзир, не присиљава нас, дакле, да нешто мењамо у нашој формули: *да је право она стварност чији је смисао да служи правди*. Тиме би био указан пут да се дође до одређивања појма права, али се још не би стигло до самог одређивања појма. Ми тражимо да сазнамо какве је врсте уопште та стварност која је одређена да служи правди, и фактички смо у стању да из тог смисла правне стварности, идући уназад, доносимо закључке о њеној суштини. Правда значи исправност у њеној усмерености управо на право, и захваљујући тој одређености идеје грађом, ми смо у стању да из идеје изводимо закључке о грађи на коју је она упућена.“²⁶

На крају би смо можда покушали да одговоримо на главно питање, да ли данас, више од две хиљаде година од његовог настанка, има смисла и даље говорити о природном праву, и какав би био његов садржај данас?

Ако се погледа циљ који је теорија природног права имало током историје, може се видети да се циљ природног права није мењао, мењали су се само амбијенти и препреке преко којих је требало достићи стање које би било најприродније човеку као људском бићу. Као што је напред наведено, у почетку се природним правом покушавало надвладати прописаним право, касније у односу на људско право, а након тога је истицан појединачни ум у односу на људску природу. Тако да се природно право током историје само прилагођавало конкретним друштвеним околностима, па се може закључити да је суштина природног права да оно има смисао револуционарне, идеје водиље већине у односу на мањину, која се мањина требала прилагодити потребама већине чланова заједнице. Смисао природног права је да оно представља својеврсни револуционарни манифест промене друштва, зависно од његовог стања. Оно је једна идеја којом се оправдава потреба друштвеног напретка и као такво ће увек бити неопходно. Као што је право механизам управљања друштвом, тако је природно право начин осавремењавања тога механизма, па, док год се

²⁶ *Ibid*, 48-49.

говори о праву, мораће да се говори и о природном праву. Природно право је само начин оправдања напредних промена у држави и праву.

Из овога би се могао одредити и садржај природног права, које је некада имало за циљ да оправда једнакост људи, на начин како је у појединим фазама људског друштва једнакост била схватана, да стање у којем су једни робови а други господари није природно, да није нормално да једни немају хлеба а други имају много више него што им је потребно, да није природно ни правично различито кажњавање за иста дела, односно недела итд. Међутим, и ако у данашњем друштву не постоји формална неједнакост, него су сви људи формално једнаки, и ако не постоје робови као ни формализована експлоатација по основу различитог друштвеног статуса каква је некада у законима постојала, то ипак не значи да је ишчезла потреба за природним правом. Данас, такође, човеку по основу тога што је природно биће, и што потиче од природе има право на задовољење људских потреба достојних човека у време у којем се налази.²⁷ Тако, човек данас има природно право на здраву животну средину, има природно право на ресурсе чисте пијаће воде, има природно право на чист ваздух, природно право на поштену зараду која превазилази ниво егзистенцијалног минимума, природно право на омогућавање једнаког и правичног приступа природним и друштвеним ресурсима друштва, природно право на контакт са природом итд. Тако да се може очекивати да ће природно право, као други назив за идеју социјалне и еволуцијске артикулације човекових потреба, не током људског развоја губити на значају, него да ће човековим усавршавањем и развојем друштва, временом јачати, а лепеза права која човеку припадају по основу тога што је људско биће, ће се временом ширити, одсликавајући увек нове потребе човека, као последицу његовог развоја.

²⁷ У домену ублажавања социјалних неједнакости видети: Сузана Димић, *Начело правичности и обликовање оптималног модела опорезивања дохотка физичких лица*, Тематски зборник, Научно истраживачки пројекат „Начело добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“, за период 2015-2018, Правни факултет Универзитета у Приштини, 2016. стр. 369-370.

Sava AKSIĆ, Ph.D.

Full-time Profesor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

ACTUALITY OF NATURAL LAW

Summary

Natural Law means a law that is older and fairer than law prescribed by the state. It is not written anywhere as such, it is given either by God or by nature, therefore, it is prescribed by some force which is higher than man and therefore the right which is the begging state must obey natural law. The content of the idea of natural law has changed throughout history with the aim of creating a fairer society, and can be expected to natural rights, as a set of ideas for creating a happier and fairer society, to change and improve the accompanying development of man and society.

Keywords: *natural law, God, man, justice, nature.*

ЛИТЕРАТУРА

Бојанић Бојан, *Регионализација и регионална држава, Уставноправни аспекти*, Косовска Митровица, 2013.

Димић Сузана, *Начело правичности и обликовање оптималног модела опорезивања дохотка физичких лица*, Тематски зборник, Научно истраживачки пројекат „Начело добре владавине – начело правне сигурности и начело правичности“, за период 2015-2018, Правни факултет Универзитета у Приштини, 2016.

Живановић Тома, *Систем синтетичке правне филозофије, Синтетичка филозофија права I*, Београд, 1997.

Карбоније Жан, *Правна социологија*, Сремски Карловци, Нови Сад, Титоград, 1992.

Келзен Ханс, *Опита теорија права и државе*, Београд, 1951.

Лукић Радомир, *Теорија државе и права, Теорија права*, Београд, БИГЗ, 1995.

Мартинац Боривој, *Право и држава у нормативној доктрини Феликса Шомла*, штампарија Млада Србија, Београд, 1938.

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

Strauss Leo, *Природно право и историја*, Београд, 1997.

Фулер Л. Лон, *Моралност права*, Београд, 2001.

Др Огњен ВУЈОВИЋ*

343.71

ФАКТИЧКА КОНТОЛА СТВАРИ И ДЕЛИКТ КРАЂЕ

Апстракт: Питање односа између фактичке контроле ствари и деликта крађе долази до изражаја када се пође од тога да је некада и непокретност могла бити предмет овог деликта. Рекло би се како су истраживачи склони само да напомену да је некада и непокретност била предмет крађе и да не улазе дубље у питање зашто се престало са таквим схватањем. На овом месту се свакако неће улазити у детаљнију анализу, али се покушава да се поставе неке трасе за убудуће.

То што су некада и непокретности могле бити предмет фуртума, то би значило да је тада превладавао субјективни елемент у његовом дефинисању. Реч је о намери починиоца да се противправно прибави имовинска корист супротно вољи власника ствари и лица које поводом ствари има неке легитимне интересе. То је био најбољи пут који ће омогућити да се изађе у сусрет потреби да се најефикасније могуће, а то значи да се и фактички, заштите интереси власника ствари, као и осталих лица чије је економске интересе требало заштити.

Кључне речи: *furtum*, непокретност, *contrectatio*, *adtrectatio*, одношење ствари.

Гелије у својим *Атичким ноћима* (Aulus Gellius, *Noctes Atticae* XI, 18. 13.) каже како би обичан човек био изненађен да чује да земља, а не само покретне ствари које физички могу бити однете, може бити предмет крађе. Он се, подсећа Јоловиц, присећа „грубих одлука“ старих правника који су, као крађу, третирали неовлашћену употребу ствари од стране зајмопримца.¹ Јоловиц ово посматра у контексту Павлове чувене дефиниције фуртума по којој је за крађу било довољно само да ствар буде на неки недозвољен начин додирнута или да се њоме на недозвољен начин руковало, што је било изражено термином *contrectatio*.² По њему, ипак изгледа да су сами

* Ванредни професор, Универзитет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Правни факултет, ognjen.vujovic@pr.ac.rs

¹ Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII 2: De Furtis*, Cambridge 1940, xviii.

² Исто, xvii.

Римљани сматрали за изузетак да крађа може бити почињена без одношења ствари.³

Што се крађе непокретности тиче треба поћи од следећег:

*In quo id quoque scriptum est, quod volgo inopinatum est, non hominum tantum neque rerum moventium, quae auferri occulte et subripi possunt, sed fundi quoque et aedium fieri furtum; condemnatum quoque furti colonum, qui fundo, quem conduxerat, vendito possessione eius dominum intervertisset (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 13.).*⁴

У наведеном Гелијевој параграфу се заиста каже како крађа може бити почињена не само над људима и покретним стварима, које могу бити потајно однете, већ и на непокретностима. Тако и закупац земљишта може починити крађу ако прода то земљиште.

Ово је разумљиво ако се има у виду Гелијевој параграфу у коме је истакнут један од, чини се, пресудних елемената за дефинисање крађе као деликта:

*Atque id etiam, quod magis inopinabile est, Sabinus dicit furem esse hominis iudicatum, qui, cum fugitivus praeter oculos forte domini iret, obtentu togae tamquam se amiciens, ne videretur a domino, obstitisset (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 14.).*⁵

Сабин, дакле, наводи да је осуђен за крађу онај који је претварајући се да облачи тогу прикрио лопова од очију власника.

Значи да је за дефинисање деликта крађе и идентификовање починиоца у Сабиново доба било пресудно да је починилац власника одвојио од ствари, да га је онемогућио у њеној фактичкој контроли. Фактичкој контроли су Римљани придавали велики значај током формирања правних решења, нарочито током Републике.⁶ То је логично када се жели да право буде у служби ефикасног решавања проблема, а не да се заклања иза несавршенства које са собом, по природи ствари, носи оно што се налази као записано у одговарајућим правним актима. У том смислу је сасвим могуће да су римски правници у неком тренутку осетили потребу, и да су јој и изашли у сусрет, да крађом сматрају и одвајање власника од фактичке контроле

³ Исто, xviii. Поводом фуртума детаљније вид. Огњен Вујовић, „Римски деликт фуртум у старом и класичном праву“, докторска дисертација, Београд 2013.

⁴ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. године.

⁵ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. године.

⁶ Вид. Огњен Вујовић, „Поседи Деспота Ђурђа Бранковића у Угарској у контексту политичких односа Србије и Угарске“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2019, 1005. и даље.

његове непокретности. Зашто се то решење није и задржало овде нећемо улазити у детаљнија разматрања.

Сабин сматра, подсећа и Цимерман, да и непокретне ствари могу бити предмет крађе. Он чак уводи појам *adtrectatio*, напомиње Цимерман, као погодно средство за означавање ситуација где је неко противправно задржао оно што је већ било у његовој посесији.⁷ Сабин је први правник који је имао од стране императора даровано *ius publice respondendi*. Зато се никако не може занемарити то што он каже. Припадао је иначе еквестарском, а не сенаторском сталежу.

Подсетимо се параграфа где се наводи како је он први од императора добио право да даје правно обавезујуће одговоре:

D. 1. 2. 2. 48. *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. Hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat.*

D. 1. 2. 2. 49. *Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. Primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. Et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescripsit eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet.*

D. 1. 2. 2. 50. *Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. Huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.*⁸

У сваком случају, и Гај каже како су неки старији правници били мишљења да су и непокретности могле бити предмет крађе (D. 41. 3. 38: ... *abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.*). Том приликом Гај износи да је такво гледиште у његово време одбачено.

Да се осврнемо на нормативни контекст у коме се налази тај параграф.

⁷ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996, 929.

⁸ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#18>, приступ 8. 12. 2021. године. О питању *ius respondendi* више вид. Kaius Tuori, „The *ius respondendi* and the Freedom of Roman Jurisprudence“, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* LI (2004).

D. 41.3.37

Gaius libro secundo institutionum

pr. Furtum non committit: furtum enim sine affectu furandi non committitur.

1. *Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit.*

Превод: *pr.* Фуртум није почињен јер фуртум се не може починити без намере да се украде.

1. Други може без силе добити туђе земљиште у посед тамо где је оно немаром власника напуштено, или где је власник преминуо, а нема наследника, или где је дуго одсутан.

D. 41.3.38., *Gaius libro secundo rerum cottidianarum sive aureorum*

Quam rem ipse quidem non potest usucapere, quia intellegit alienum se possidere et ob id mala fide possidet. Sed si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit is usucapere, quia neque vi possessum neque furtivum possidet: abolita est enim quorundam veterum sententia existimantium etiam fundi locive furtum fieri.⁹

Превод: Не може стећи одржајем у овом случају, јер зна да се ради о туђој ствари и да је несавесно поседује. Али, ако је преда другоме ко је савестан, онда је тај може стећи одржајем, јер је дошао у посед ствари која није стечена силом, а ни крађом. Као што је напуштено мишљење неких старих аутора да земљиште и оно што је на њему могу бити предмет фуртума.

Рекло би се да се пошто непокретности апсолутно не могу више бити предмет фуртума на њих сада могу применити правила о одржају и у случају да су предате савесном од стране несавесног лица.

Јоловиц наводи да је преовлађује мишљење да само покретне ствари могу бити предмет крађе.¹⁰ Том приликом резимира информације из извора, и не види да је наведен било који разлог за ово ограничење. У сваком случају, постоји сагласност да крађа подразумева одношење (*asportation*) ствари.¹¹

Било како било, у правним системима данашњице, па и по нашем позитивном праву предмет крађе могу бити само покретне ствари.

Што се питања предмета архаичног фуртума тиче, Јоловиц (*Jolowicz*) каже да не само ствари, већ, чак и слободни несвојевласни (*alieni iuris*) људи могу бити предмет крађе. Приликом извођења овог закључка он се позива на Гаја (G. 3. 199). Једини случај који је преживео у Јустинијановој

⁹ <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#18>, приступ 8. 12. 2021. године.

¹⁰ H. F. Jolowicz, xvi.

¹¹ Исто, xvii.

кодификацији, каже Јоловиц, је случај крађе ствари. Он наводи да тероретичари сматрају да је признање да постоји крађа ствари и тамо где нема власништва – производ каснијег развоја. Наиме, оно произлази из принципа да било ко од оних који имају интерес на некој ствари која је незаконито присвојена може подићи *actio furti*, каже Јоловиц. Он сматра да су случајеви крађе деце и жена веома стари и да датирају још из времена када власт патер фамилијаса још увек није разлучила овлашћења над стварима од власти над овим особама. Аналогија са *dominium*, каже овај аутор, још увек није довољно подвучена да би била дозвољена *condictio furtiva*. *Actio furti* у погледу крађе жене је изашла из употребе, наставља он, са нестанком мануса. По питању деце, ова тужба је почела да губи на значају када је претор увео интердикт *de liberis exhibendis item ducendis*.¹² Међутим, каже Јоловиц, она је преживела вероватно због економског интереса који је неко имао у могућем стицању од стране оних који су под његовом *potestas*. Он претпоставља да је овај интерес вероватно одређивао и меру накнаде штете.¹³

Дакле, биће деликта крађе је временом сужавано када је реч о његовом предмету. Тако непокретности више нису могле бити предмет овог деликта. Међутим, проширивано је када се крађа почела схватати као угрожавање туђих легитимних интереса поводом одређене ствари. Наравно, са намером стицања противправне имовинске користи од те ствари. Управо се кроз ту призму потребе за заштитом нечијих легитимних интереса у погледу фактичке контроле одређене ствари и пробијају решења старих правника. Она су заиста наслоњена на већ поменути традицију из доба Републике која у први план ставља потребу да се легитимни и легални интереси и фактички заштите.

Гај каже да крађа слободних људи постоји када неко *потажно украде* (како се уобичајено преводи реч *subreptus*) слободне људе који се налазе под туђом влашћу, или досуђену особу, или изнајмљеног гладијатора.¹⁴

У сваком случају, по Сабиновим речима (у његовој другој књизи *О цивилном праву*), ко у додир са туђом ствари дође супротно вољи власника сматра се лоповом.

*Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: "Qui alienam rem adtrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 20.)."*¹⁵

¹² Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII.2: De furtis*, 1893, xv.

¹³ Исто, xv – xvi.

¹⁴ G. 3. 199.

¹⁵ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. године.

Ово је прилично широко одређење које омогућава да се под њега подведу сва угрожавања туђе имовине (наравно, са намером да се стекне нека корист) која фактички онемогућавају власника да по својој вољи и у складу са својим циљевима прибавља корист од своје ствари.

У другом параграфу Сабин наводи да се сматра одговорним за крађу онај ко туђу ствар прикрије са намером да стекне корист, било да зна чија је ствар или да то не зна.

*Item alio capite: "Qui alienum iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit, cuius sit, sive nescit (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 21.)."*¹⁶

Дакле, довољно је да зна да ствар није његова и да је прикрије и тиме правом власнику онемогући фактичку контролу ствари. Ако имамо у виду овакву орјентацију правника, орјентацију на фактичку контролу ствари, онда не изненађује што је и непокретност једно време могла да буде предмет крађе.

Гелије напомиње како за настанак крађе није било потребно да је починилац физички дошао у додир са предметом крађе. Каже да је довољно било да је био ментално ангажован на том плану.

*Haec quidem sic in eo, quo nunc dixi, Sabinus scripsit de rebus furti faciendi causa adtrectatis (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 22.).*¹⁷

*Sed meminisse debemus secundum ea, quae supra scripsi, furtum sine ulla quoque adtrectatione fieri posse sola mente atque animo, ut furtum fiat, adnitente (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 23.).*¹⁸

То се нарочито види из следећег параграфа:

*Quocirca ne id quidem Sabinus dubitare se ait, quin dominus furti sit condemnandus, qui servo suo, uti furtum faceret, imperavit (Aulus Gellius, Noctes Atticae XI, 18. 24.).*¹⁹

По Сабину нема сумње да власника треба осудити ако је наредио своме робу да украде.

Ово је сасвим логично ако имамо у виду да су Римљани сматрали да роб нема морални интегритет и да представља ствар у рукама свога господара. Значи, роб је само средство за почињење крађе, у рукама господара.

¹⁶ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. године.

¹⁷ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. године.

¹⁸ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. године.

¹⁹ https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html, приступљено 7. 12. 2021. годин

У сваком случају, мишљење Сабина није мишљење било кога. Вероватно је да су у неком периоду (свакако пре Гелија и пре Гаја) и непокретности могле да буду предмет деликта крађе. То би значило да је тада превладавао субјективни елемент у његовом дефинисању. Реч је о намери починиоца да се противправно прибави имовинска корист супротно вољи власника ствари и лица које поводом ствари има легитимне интересе. То је најбољи пут који ће омогућити да се изађе у сусрет потреби да се најефикасније могуће, а то значи да се и фактички, заштите интереси власника ствари, као и осталих лица чије је економске интересе требало заштити.

Ognjen VUJOVIĆ, LL.D.

Associate professor

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

FACTUAL CONTROL OF PROPERTY AND CRIME THEFT

Summary

The question of the relationship between the factual control of property and the crime of theft comes into focus when we start from the fact that immobility could have in different times been the subject of this crime. It would be said that researchers are inclined only to mention that immobility used to be the subject of theft, and that they do not go deeper into the question of why such an understanding was gone. At this paper we will not go into a more detailed analysis, but attempts are being made to set some routes for the future.

The fact that immobility could once be the subject of *furtum*, would mean that the subjective element in its definition prevailed at that time. It is about the intention of the perpetrator to illegally obtain property gain against the will of the owner of the thing and the person who has legitimate interests regarding the thing. This was the best way to meet the need to be as efficient as possible, which means that, in fact, the interests of the owners of things are protected, as well as other persons whose economic interests needed to be protected.

Key words: *furtum*, immobility, *contractatio*, *adtrectatio*, asportation of property.

ЛИТЕРАТУРА

Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, New York 1996;

Herbert Felix Jolowicz, *Digest XLVII 2: De Furtis*, Cambridge 1940;

Kaius Tuori, „The ius respondendi and the Freedom of Roman Jurisprudence“, *Revue Internationale des droits de l'Antiquité* LI (2004);

Огњен Вујовић, „Римски деликт фуртум у старом и класичном праву“, докторска дисертација, Београд 2013;

Огњен Вујовић, „Поседи Деспота Ђурђа Бранковића у Угарској у контексту политичких односа Србије и Угарске“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2019.

Интернет:

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/#18>,

https://penelope.uchicago.edu/Thayer/L/Roman/Texts/Gellius/11*.html

Александра МИТРОВИЋ*

340.115:316

СОЦИОЛОШКИ МЕТОД И ПРАВО ЗНАЧЕЊЕ ПРАВНЕ НОРМЕ

Апстракт: Овај рад има за циљ да истакне теоријски, али и практични значај социолошког метода у поступку откривања правог значења правне норме у циљу бољег познавања друштвене стварности и увођења већег степена друштвене одговорности у правном тумачењу.

Правно тумачење на основу своје теоријско - методолошке платформе, а пре свега применом социолошког метода, поставља услов веће друштвене одговорности у области правног тумачења, односно стварања и примене права. Тиме би учесталија примена социолошког метода у корелацији са осталим канонима тумачења права у правној интерпретацији омогућила поузданију формулацију правних норми, као правно сублимиране друштвене стварности и на тај начин потврдила право као друштвено одговорнији државни систем.

Најзад, друштвено одговорније правно тумачење мора бити у складу са правном одговорношћу, где се право и друштво морају међусобно претпостављати и бити у јединству својих супротности, те тиме потврдити правну и друштвену суштину права у правној теорији и правној пракси.

Кључне речи: социолошки метод, тумачење права, правна норма, право, друштво.

1. ПРАВО ЗНАЧЕЊЕ ПРАВНЕ НОРМЕ

Поступак утврђивања правог значења правне норме је заправо коначан циљ утврђивања саме правне норме. Може се закључити да је реч о једном језичком значењу и то језички могућем значењу, како би се иначе, заступао став да тумач може да ставара правну норму дајући јој значење које она језички не може имати. Тако је дефинисан оквир у коме се може тражити право значење правне норме. Право значење омогућава исправно и потпуно вршење улоге коју правна норма (право) у целини има у друштву. Поступком сазнавања правог значења утврђује се да је реч о једном језичком значењу и да је то, сем неких изузетака, објективно значење које се мора схватити еволуционистички. Ипак, тиме није сасвим одређено значење

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, aleksandra.mitrovic@pr.ac.rs

правне норме, већ је само исказана формална страна правог значења правне норме. Тиме што је потврђено да је право значење правне норме схваћено као објективно значење у еволуционистичком смислу, показује да право значење правне норме није субјективно и статичко. Тако је дефинисано садржинско (суштинско, односно унутрашње) и формално (спољашње) обележје појма правог значења правне норме. Суштинско обележје се односи на жељене друштвене интересе којима норма треба да служи, док формално обележје је да је право значење правне норме једно од могућих језичких значења које је истовремено и објективно значење поимано у еволуционистичком смислу.

Да бисмо дошли до правог значења правне норме, мора се поћи из почетка, од саме улоге коју норма има, односно од улоге коју право има у друштву. Требало би кренути од основног обележја норме које оне има кроз своју друштвену функцију, а то је да норма постоји како би остварила одређени друштвени циљ. Циљ који треба да оствари правна норма је класног карактера јер се заснива на одржавању дате класе на владајућем положају. То ће бити потпуно одређено када се у његову формулацију укључи и основно обележје саме правне норме, а то је њена друштвена функција. Стога у утврђивање правог значења није довољно само узети у обзир језички могуће значење које је објективно и схваћено у еволуционистичком смислу, већ основно обележје правне норме, дакле њена друштвена функција. Норма постоји да би остварила неки друштвени циљ и циљ је класног карактера. Друштвена функција норме је одржавање дате класе на владајућем положају, па сам процес тумачења, као и примене норме мора бити синхронизован са циљем правне норме, односно њеном друштвеном функцијом. Може се стога рећи да право значење правне норме мора најпре бити усаглашено са друштвеном функцијом норме, а потом се приступа испитивању осталих језички могућих значења. „Наведено схватање правог значења правне норме, између осталог, произилази и из чињенице да се право користи као средство за остварење друштвених циљева и интереса које одређује његов творац. При том је веома важно да се правилно схвате три ствари: 1) да се право значење правне норме поистовећује са значењем које би јој дао савршен творац; 2) да је творац правилно схватио и дефинисао (макар у својој глави) друштвене циљеве и интересе који се правном нормом желе заштити и 3) да је творац правилно и одмерено определио средства за остваривање жељених друштвених циљева и интереса, уз помоћ права и правних норми.”¹

¹ Живко Кулић, „Увод у право, Висока школа струковних студија за криминалистику и безбедност у Нишу, Ниш 2010., 253.

Тумачење и примена правне норме такође, морају бити у сагласју са датим циљем, па се сходно томе и право значење правне норме одређује у складу са класним циљем. Право значење правне норме је оно значење којим се може на најбољи начин остварити циљ владајуће класе, друштвени циљ. Уколико право схватимо као средство за остваривање друштвених интереса, онда тако схватамо и право значење правне норме. Право у том смислу штити интересе владајуће класе, односно штити и одржава начин производње који чини ту класу владајућом. Оно што се намеће као питање је које од постојећих значења правне норме, може на најбољи начин испунити друштвени циљ који егзистира као вечна тежња, или апсолутни идеал коме стреми значење правне норме.

2. ПОСТУПАК ОТКРИВАЊА ПРАВОГ ЗНАЧЕЊА ПРАВНЕ НОРМЕ

Право значења правне норме одређују њена три основна обележја која су међусобно различита и истовремено одређују и различите врсте правог значења које норма може имати: а) везано тумачење које дају углавном службени органи, надлежни за тумачење норми у процесу примене права и слободно значење које дају други субјекти, најчешће научници; б) друго обележје је двостраност правне норме: са једне стране норма се посматра као унутрашња, духовна творевина која се манифестује кроз знаке у материјалном смислу. Правна норма је и духовна творевина и материјална манифестација. Одатле се може закључити да се као право значење правне норме може узети оно значење које јој је хтео дати њен творац, а које она носи изнутра као творевина духа, или субјективно значење. Право значење правне норме може бити и значење које јој даје тумач, према њеном спољашње израженом садржају, односно објективно значење; в) Треће обележје се везује за временски карактер правне норме. Норма током времена може да се мења и тиме мења и своје значење, али она језички остаје непромењена. На основу тога дефинишу се још две врсте значења правне норме, а то су оно које норма има у тренутку стварања ступања на снагу - статичко или оно које норма стиче у тренутку тумачења или примене - еволуционистичко. Право значење правне норме је најпре, језички могуће значење и то се језичко значење зове још и везаним значењем, али постоји и другачији став који налаже да је право значење оно значење које тумач сматра посебним, без обзира да ли је то значење језички могуће - слободно језичко значење. Ако говоримо о слободном значењу, сусрећемо се са ситуацијом где се тумач претвара у ствараоца норме. Инсистирање на овом значењу је најчешће аргументовано постојањем погрешних, штетних или неправедних норми у правном поретку. Међутим, узимати слободно значење за право значење било би противправно, јер би дошло до одбијања покорности извесним правним нормама, тј. обавезним правним актима који

се већ тумаче на одређен начин. Сходно томе, дошло би до урушавања правног поретка и стварања правне несигурности која би резултирала анархијом. Зато се с правом може рећи да једино право значење је везано значење, односно оно значење које је језички могуће. Међу везаним значењима постоје различити случајеви у зависности од субјекта чије се значење узима као право и у зависности од времена у коме то значење егзистира. Уколико се позабавимо правим значењем у зависности од субјекта чије се значење узима, можемо разликовати језичко значење које придаје творац норме, оно које норма има према правилима језика и значење које придаје тумач правне норме. На основу тога, дефинишемо субјективно и објективно значење до којих се долази субјективним и објективним тумачењем. „Субјективно тумачење је врста тумачења у којем се право значење правне норме поистовећује са значењем које јој је у време стварања хтео дати њен творац, односно са значењем које она за творца има у тренутку тумачења.”² Став по којем се невдљива и тешко докучива воља ставља изнад видљивог и лако објашњивог текста правне норме, у принципу, није прихватљ.³ Разлог свему томе је тај што такав став води слободном тумачењу, односно стварању нове правне норме.⁴ Зато што, његовом доследном применом, излази се из контекста језичких значења правне норме, што не води ничему добром.⁵

Објективно тумачење, пак не инсистира на вољи творца, већ на вољи друштва. То је тумачење које као право значење не види значење које придаје творац, већ значење које придаје друштво. „Норма није оно што је њен творац хтео да каже, већ оно што је он стварно рекао. Међутим, постоје два схватања објективног тумачења – једно је уже, друго – шире”.⁶ Према ужем становишту објективног тумачења, право значење норме је оно које је одређено закоником значења, а овај је друштвена творевина, - дакле, нешто што је објективизирано и зато независно како од творца норме тако и од њеног тумача.⁷ Према овом тумачењу, једино право значење је језичко значење које има текст правне норме. По ширем схватању објективног тумачења, правим значењем правне норме се не сматра језичко значење као једино значење правне норме. „Право значење норме јесте значење које би јој придао један савршено разуман субјект тако да норма најбоље послужи друштву у коме је и за које је створена.”⁸ Оно што се намеће као право

² Ж. Кулић, 257.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ Радомир Д. Лукић, *Увод у право*, Научна књига, Београд 1968, 345.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

значење између објективног и субјективног значења је свакако објективно значење. Разлог томе је што норма постоји са друштвеног аспекта у материјализованим знацима. Таква норма је права друштвена творевина и све оно што њен творац није успео, а хтео је да створи, остаје његова приватна ствар. Једино где субјективно значење добија приоритет јесу приватни акти попут уговора, тестаментa и др. Узрок тога је сасвим логичан и разумљив јер се у овим актима инсистира на вољи и интересу њихових твораца, а не на друштвеном интересу, а то нису друштвени акти.

У зависности од временског оквира у коме постоји значење, разликујемо статичко и еволуционистичко значење. Статичко значење се дефинише као смисао правне норме који је она имала у тренутку свог доношења. Код откривања оваковог значења служимо се статичким тумачењем при чему речи које су употребљене у тексту норме не дају друго значење у односу на значење које су имале у време њиховог настанка. Ипак, чињеница је да речи, знаци и њихова значења се мењају временом, тако да је став и поступак статичког тумачења погрешан, јер је у директној вези са правном несигурношћу. Са појавом друштвених промена треба спровести и правне промене и у складу са тим, требало би стално мењати њихово значење, а не остајати на истим нормама. Правне норме морају константно пратити друштвене односе јер уколико дође до друштвених промена, правне норме се морају мењати и прилагођавати. За разлику од статичког, еволуционистичко значење карактерише се правим значењем норме које она има у тренутку тумачења, а не значење које она има у тренутку доношења. У односу статичког и еволуционистичког значења, предност се даје еволуционистичком јер боље одговара функцији права, регулише одређене друштвене односе у датом временском тренутку. Уколико би се инсистирало на неком ранијем значењу као правом значењу, дошло би до стања једне опште правне несигурности. Стога, можемо закључити да тражећи право значење правне норме досад смо одредили да је то једно од значења која има норма (тј. једно од њених језичких значења), да је (сем извесних изузетака) то објективно значење и да се мора схватити еволуционистички, а не статички.⁹ Међутим, то је само формални оквир у којем остаје извесна неодређеност коју треба избећи не би ли се дошло до правог значења правне норме, а да би се дошло до правог значења, потребно је пронаћи адекватна средства која ће томе допринети. Може доћи до тога да једино могуће језичко значење, није истовремено и право јер је супротно друштвеној функцији права. У таквом случају, тумач мора бити изузетно опрезан и настоји да отпочне следећу фазу тумачења која се заснива на конкретизацији,

⁹ Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, Јавно предузеће Службени гласник, Београд 2009, 297.

прецизирању и допуњавању језичког значења. Ова фаза је заправо фаза у којој се право тумачи у вези са друштвом, те доприноси ближем утврђивању правог значења правне норме. У овом случају право се тумачи како би било примењено на конкретну правну ситуацију.

Тумачење ради примене норме на неку конкретну ситуацију се свакако разликује од тумачења за уопштenu примену норме, тако да тумач мора имати у виду да се тумачење не може сматрати важећим за све могуће ситуације, већ само за конкретну ради које се тумачи, како не би дошло до грешке. Тумачење права у вези са друштвом је неизоставан део тумачења на путу утврђивања правог значења правне норме, јер само језичко значење, није довољан за примену норме на конкретну ситуацију. Језичко значење се односи на апстрактну суштину ситуација уопштено и нема ту моћ да се усмери и ограничи на конкретне ситуације, па је недовољано и неконкретизовано из перспективе једне конкретне ситуације. Зато је потребна помоћ неких додатних метода како би право значење било употпуњено. Како је свака правна норма одређена да буде примењена на низ друштвених ситуација које су конкретно различите (а суштински исте) потребно је обазриво спроводити поступак тумачења. То заправо говори да право које се материјално манифестује путем језичких знакова не може бити ван друштва и времена, већ оно мора бити подређено друштву ради постизања одређених друштвених циљева.

Ако се право тако перципира, неће бити довољно да се право значење норме сведе само на језичко - логичко значење, већ ће се инсистирати на примени додатних метода попут социолошког и правног (догматичког) метода. Како тумачење права захтева узимање у обзир друштвених чинилаца раду утврђивања правог значења правне норме, то истовремено значи и примењивање социолошког метода у оквиру основних метода тумачења права у оквиру правног (догматичког) метода и њихово спајање, тако да добију исту функцију иако су наизглед различити.

3. СОЦИОЛОШКИ МЕТОД И ПРАВО

3.1. Појам научног метода

Појам метода у науци заузима примарно место и разлог томе је што се наука види као систем знања о одређеном делу стварности који она изучава, а до сазнања не би могла доћи без извесних начина и поступака помоћу којих открива чињенице и законитости које доминирају појавом коју изучава. „Свака наука представља јединство теорије и праксе, као и јединство теорије

и метода.”¹⁰ Ако се пође од самог значења речи метод (грчки: *methodos* – пут, тражење), можемо метод објаснити као пут или начин којим се у науци долази до сазнања. Метод је не само то, већ и нешто чиме се мери проверљивост сазнања, тј. провера стеченог знања. Важност научног метода се огледа и у томе што се јавља у свим фазама научног рада и као такав, метод је саставни део науке. Метод је, према томе, саставни, нераздвојни и интегрални део сваке науке и представља начин на основу кога се проучава предмет науке. Појам метода најуже дефинисано је да је научни метод скуп начина и поступака уз чију помоћ се долази да сазнања о некој појави. Према томе, свака наука има начин на који проучава свој предмет. „С обзиром на то да је циљ научне делатности стицање знања, научни метод је елемент унутрашње структуре науке која нам показује како наука долази до знања, тј. како се одвија и обавља научна делатности.”¹¹ Такође, требало би поменути елементе метода који су од изузетне важности за стицање нових сазнања у науци и за верификацију стечених знања као додатног дела истраживања.

„Структуру научног метода чине три елемента: теоријски, технички и логички. У литератури се врло често метод изједначава са појединим од ових састојака. Тако се говори о позитивистичком методу, иако строго гледано, позитивизам спада у теоријски састојак научног метода и сам по себи није потпун научни метод. Други пут се под методом подразумевају логичке форме мишљења (анализа, синтеза, индукција, дедукција) па се научни метод изједначава са логиком. Најчешће се метод изједначава са његовим техничким елементом када се под методом подразумевају само различите технике прикупљања и обраде података (ове технике се најчешће називају научним методом у ужем смислу).”¹² Реч је о средствима помоћу којих се предмет може сазнати – конкретизовани специфични поступци, као и материјална средства, помоћу којих откривамо оне особине предмета чије нам сазнавање представља циљ научног истраживања.¹³ Дакле, ови елементи метода једино када су уједињени могу представљати јединствену целину, означену као научни метод. Види се, дакле да је метод срастао уз науку, док са друге стране метод је и тај знак распознавања којим се наука одваја од осталих идејних делатности. Самом чињеницом да се свака наука служи методом, значи да наука има свој пут којим ће пласирати своју научну активност и научну теорију и начин којим ће решавати истраживачке задатке. Ипак, ретко која наука има само један њој својствен метод којим се

¹⁰ Богдан Шешкић, *Основи методологије друштвених наука*, Научна књига, Београд 1974, 1.

¹¹ Саша Б. Бован, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информације, Београд 2014, 18.

¹² *Ibid.*

¹³ Радомир Лукић, *Основи социологије*, Научна књига, Београд 1975, 47 – 48.

служи на путу истраживања. Углавном су у служби науке, између осталог и права, више научних метода који служе организовању научне делатности. Дobar део савремене правне теорије је против издвајања било ког метода који се примењује у изучавању правних и осталих друштвених појава. Пример томе у правној науци је правни и социолошки метод који се узајамно допуњују и претпостављају, а затим и низ других метода попут лингвистичког, логичког, аксиолошког, економског и политичког метода. Тешко да се може рећи да се ради о методима који су специфично правни. Закључак је да је право комплексна друштвена наука која захтева примену више различитих метода како би се омогућила спознаја права у свим његовим видовима.

3.2. Социолошки метод и право

Социолошки метод је још један од метода којим се служи правна наука чија је примена временом постајала све распрострањенија. Са све широм применом овог метода, социолошки метод је успео да добије на значају, тако да је већ од XIX века третиран као савремен и модеран метод. Тада неспорно и дефинитивно, на интелектуалном обзору Запада, настаје и социологија права.¹⁴ Данас је његова примена још значајнија, тако да је успео да надвлада, до скоро доминантан, идеалан, правни (догматички) метод. Сама чињеница да је социолошки метод успео да превазиђе правни (догматички) метод, не значи да је правни метод престао да постоји, већ је социолошки метод само указао на недостатке и слабости правног метода и тиме потврдио своју супериорност над њим. То је довело до тога да тумачење права захтева обавезну примену социолошког метода и његово удружено деловање са правним методом.

Примена социолошког метода је присутна у разним областима права, па се тако разликују, различити видови његове примене у области права. Како се разликује примена социолошког метода у области права, социолошки метод се примењује у области сазнавања права и у правној техници. Када се говори о области сазнавања права улога социолошког метода двострана, тако да се примењује самостално за сазнавање извесне друштвене стране права, а са друге стране је примена несамостална, односно социолошки метод је тада помоћни метод правном (догматичком) методу. У правној техници, социолошки метод се примењује као помоћни метод са одређеним техничким методима при стварању и примени права. Области стварања и примене права су заправо питања судске праксе, а највећи допринос у решавању тих питања може дати управо социологија права. „Наравно, судска пракса се може проучавати из различитих аспеката, на

¹⁴ Indira Deva, *Sociology of Law*, New York 2005, 5.

пример када истражујемо утицај разних друштвених фактора на одлучивање судија, када се питамо како социолошко вештачење (знања која нам социологија даје о друштву) утиче на примену права, када истражујемо место правосуђа унутар система поделе власти, када истражујемо социјална обележја судијског сталежа и њихов утицај на пресуђивање, када са једног више субјективног, а заправо социо – психолошког становишта, усмеравамо пажњу на остале учеснике у судском поступку (парничари, жртва кривичног дела, починилац, поротници, тужилац, бранилац), итд.¹⁵ Једна од тема у анализи судске праксе је свакако и процес тумачења права са социолошког становишта, када се заправо говори о социолошком тумачењу права, тј. примени социолошког метода у тумачењу права. Социологија права дакле, може проучавати судску праксу из различитих аспеката, док се у њу сви резултати социолошког метода сливају, било да се ради о самосталној или несамосталној примени социолошког метода у области сазнавања права или правне технике. На основу значајне улоге коју социологија права има у судској пракси кроз стварање и примену права, може се видети да се ради о једној посебној социологији која се у решавању важних питања судске праксе бави испитивањем бројних друштвених, психолошких и природних фактора који заједнички утичу на формирање једне правне појаве. „Социологија права је посебна социологија која истражује однос друштва и права. Ово схватање социологије права прилично је апстрактно и неодређено, а у крајњој линији и непрецизно. У литератури га наилазимо у разним варијантама, па се, на пример, каже да социологија права проучава друштвену страну права, право као друштвену појаву, друштвену основу права, утицај друштва на право и слично.“¹⁶ Дакле, социологија права је заснована на нераскидивој вези друштва и права која је изузетно комплексна. Право је због своје друштвене стране предмет изучавања социологије и других друштвених наука, где се све истраживачке технике и теоријски принципи тих наука заснивају на узрочно - последичној анализи. Разлог због којег је социологија заинтересована за право је тај што је право и друштвена појава која настаје кроз интеракције друштвених односа људи, док је са друге стране социологија фокус свог истраживања ставила на друштво и друштвене односе. Право се, стога сматра и друштвеном појавом у одређеном смислу, али се може сматрати и нормативном појавом која има

¹⁵ Саша Б. Бован, „Социологија права као социологија правне праксе“, *Научни скуп са међународним учешћем „Право и друштвена ставност 2“*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2014, 117.

¹⁶ Саша Б. Бован, *Парадигматски корени социологије права*, Београд 2004, 109 – 120. Преузето: Саша Б. Бован, *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информације, Београд 2014, 131.

своју друштвену страну, тако да је важно навестити да је право и систем уређених норми, али да су те норме истовремено повезане са одређеним друштвеним процесима што доводи до закључка да право има и нормативну и друштвену страну.

Право дакле, повезује идеално - апстрактно са оним што је реално - конкретно, повезује норму и друштво. Друштво је у ширем смислу, реална појава јер је сачињена од повезаног деловања људи, односно телесних, психичких и духовних појава два или више појединаца које се манифестује кроз људско понашање у реалном свету. Оно што се ипак, намеће као питање јесте на који начин су та људска понашања повезана са правом, односно правним нормама, јер познато је да као што право делује на друштво, тако и друштво делује на право. Најбоља потврда деловању права на друштво даје правна свест коју људи имају о праву и та свест може бити позитивна или негативна, при чему се људи повезују, делују једни на друге и на тај начин обликују своју правну свест. Правна свест може бити одобравајућа или неодобравајућа, чиме се заузима одређен став према праву, а из правне свести човека, следи процес примене права. Право које има своју реалну манифестацију у нормама, ставља пред човека одређен модел понашања које ће код човека наићи на одобравање (примену) или неодобравање (кршење). Уколико право наиђе на неодобравање од стране човека и самим тим резултира поступком кршења права, тј. дође до тога да појединац неће да се понаша по норми, на сцену ступају државни органи који путем државне принуде (санкције), теже да изазову примену права.

Начин на који друштво делује на право је изражен кроз чињеницу да норма мора да се усагласи са временом у коме се доноси, да се надовеже на затечену друштвену атмосферу. Творац норме када ствара норму стога, мора да познаје тренутну друштвену атмосферу, односно он мора бити у вези са друштвом и друштвеним приликама тог времена преко актуелне друштвене културе, а коју опет спознаје путем важећег, позитивног права. Тако се исказују и дефинишу права и обавезе појединца у духу затечене друштвене атмосфере. На основу постављених модела понашања, норма почиње да производи одређене процесе и ствара односе међу људима који своје понашање усклађују, или не, са изнетим садржајем у норми. „У овом смислу правно деловање је једна врста друштвеног деловања, правне појаве су посебна врста друштвених појава, а право је само један део друштва као целине, тако да однос друштва и права није однос два одвојена ентитета него однос целине и једног њеног дела.”¹⁷

¹⁷ Милован М. Митровић, Саша Б. Бован, *Основи социологије и социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012, 48.

Како је правно деловање део друштвеног деловања, и право је део друштва као целине, то значи да је и право истовремено део предмета изучавања социологије, односно део друштва. Социологија као комплексна наука има широк опус интересовања, па је у том смислу можемо дефинисати као науку „која на основу одговарајућих парадигми сложеног детерминистичког модела проучава друштво као систем посебне врсте, открива правилности у саставу и кретању друштва, те особине човекове генеричке суштине.“¹⁸ Између осталог и право је део предмета проучавања социологије, али с обзиром да је и право сложена наука, то је довело до тога да се у оквиру социологије формира њена посебна грана која би била окренута изучавању друштвене стране права, па је тако настала и посебна научна дисциплина, социологија права. Према томе, сфере интересовања социологије и права се пресецају, а пресечна тачка социологије и права је правна социологија или социологија права.

Тумачење права се не може замислити без примене извесних метода попут правног и социолошког метода. Оба метода су међусобно повезани, узајамно се допуњују и претпостављају. Да би се објаснила улога социолошког метода у поступку тумачења права мора се дефинисати правни метод и његова улога у тумачењу права.

3.3. Правни метод

Правни метод је основни и посебни метод правних наука којим се проучава комплексност права и уз његову помоћ правне норме се тумаче онакве какве јесу. Реч је о најстаријем методу проучавања права који се још зове и догматички, нормативни, егзегетички и логички метод. Ако би се кренуло од догматичког метода, онда се мора пре свега објаснити значење самог назива „догматички метод“. „Догматички поступак нема, дакле, ништа са догматизмом, а састоји се у постављању и примењивању општих искуствених правила.“¹⁹ Узрок због којег се правни метод још зове догматички је и тај што се норма посматра као коначна и дефинитивна истина, тј. као нешто што је дато и задато. Догматички метод је своју примену нашао у тумачењу права, тако што се путем његове примене открива садржина (значење) правне норме. „Циљ догматичког метода је да се путем тумачења открије садржина, тј. право и тачно значење правне норме.“²⁰ Други назив за правни метод је још и нормативни метод. Нормативни метод се бави структуром правне норме, на супрот догматичком методу који је сконцентрисан на откривању садржине правне норме, односно

¹⁸ С. Б. Бован (2014а), 67.

¹⁹ Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, Београд 1991, 149 - 150.

²⁰ М. Митровић, С. Бован, 333.

на откривању правог значења правне норме. „Прецизније речено, нормативним методом се открива логичка природа правне норме, идентификују се елементи који је чине, трага се за начином на који се ти елементи везују у норму и најзад, нормативним методом истражују се односи између норми (правна снага и хијерархија између норми) и како се норме везују у правни поредак.”²¹ Дешава се да се термини догматички и нормативни метод поистовећују, међутим између ових метода постоје суштинске разлике. Тачно је да је заправо нормативни метод потекао из догматичког, али је домен интересовања нормативног метода усмерен у другом правцу. Док се догматички метод бави утврђивањем конкретних значења правних норми, како би тачно одредио понашање које право људима наређује, тј. допушта, дотле се нормативни метод бави правом као целовитим нормативним системом који врши одређену друштвену функцију, те утврђује какав је његов нормативни став, који су његови саставни делови и какве су везе и односи између њих.

Правни метод се још зове и егзегетички метод, а узрок томе је свакако тај што се бави утврђивањем садржине правних норми. У поступку тумачења садржине правних норми користе се и закони формалне логике, па се правни метод зове још и логички метод. Међутим, правни метод не успева да у потпуности научно објасни право и однос права и друштва или права и државе, тако да је улога правног метода више дескриптивне природе и уз његову помоћ могуће је само описати право. Да би се могло доћи до суштине, неопходно је открити друштвене узроке настанка права, а затим и утврдити улогу коју право имају у друштву и обрнуто. Једини метод који то може открити је социолошки метод.

3.4. Однос социолошког и правног метода

У праву се користе две врсте социолошког метода, па се тако социолошким методом који се користи у социологији, добијају и примењују резултати саме социологије, па се социолошки метод примењује као теоријски метод. Овом другом врстом социолошког метода се врши истраживање тако што се испитује примена социолошког метода на право као друштвену појаву путем посматрања, а затим и путем научног објашњења.

Како правни метод има дескриптивни карактер, односно њиме се само описује право, нека питања ипак остају без одговора јер он не успева да да одговоре на питања која се тичу друштвених узрока који доводе до стварања права, правних норми и успостављања државе. Одговоре на таква питања

²¹ *Ibid.*, 334.

може дати само социолошки метод. Неопходност социолошког метода је очигледна када испитујемо везе између одређених норми (или права као целине) и друштва. Говорећи о процесу примене права, мора се узети у обзир сплет повезаних деловања људи у том поступку јер немогуће је говорити о праву, а да се при том занемари његова социјална природа која се испољава кроз константан утицај друштва на право, његову садржину, али и на његово функционисање и са друге стране, утицај права на друштво. Право и друштво су повезани јако сложеним и многобројним везама које су од изузетне важности за суштину права. Веза између права и друштва се најбоље може видети ако право посматрамо са социолошког аспекта, односно ако право видимо као посебан скуп друштвених процеса, повезаних односним нормама. Право се не треба посматрати као потпуно друштвена појава, већ као нормативна појава која има своју друштвену страну. Позитивно право је, на пример, друштвена појава, јер позитивно право као важеће, „живи“ у одређеном друштву, постоји међу људима, у њиховој свести, те на тај начин утиче и на њихово понашање. Извесно је да право не би могло да опстане без својег социолошког аспекта, јер би тако егзистирало као идеална појава која постоји искључиво и само за себе, независно од оног права које постоји у свести и понашању људи. Будући да право има и своју друштвену страну, све друштвене законитости, процеси и односи који је чине проучавају се социолошким путем, односно применом социолошког метода. Социолошки метод ће своју примену наћи само ако се право посматра у ужем смислу (скуп правних норми) дакле, у том случају ће настојати да утврди право као нормативну појаву која настаје под утицајем бројних друштвених појава. На основу свега тога, јасно је да право, у великој мери, можемо посматрати као друштвену појаву. Социолошким методом се објашњава начин на који право стварно функционише, као и фактори ефикасности, циљеви које право остварује и дејство које право оставља на друштво. То заправо значи да се социолошки метод занима и за дејство правних норми које оне остављају на друштво, а такође испитује узроке који су довели до делимичног или потпуног неостваривања дејства правних норми у друштву. Сходно томе, социолошки метод се бави и питањима у вези друштвених снага које утичу на стварање одређених правних норми и интереса који друштвене снаге заступају.

Социолошки метод инсистира на друштвеној визури права, посматра право као друштвену појаву, као део друштва, помаже бољем разумевању еволуције права као друштвене појаве. Да би се приступило испитивању узрока настанка, делимичне или потпуне примене или непримене правних норми, неопходно је познавање садржине самих норми. Социолошки метод посматра и истражује реалне појаве, а то је и људско понашање и његово повезано деловање међу људима, однос људских реакција на представљен модел понашања кроз норму. Када се пореди оно што је изнето као модел

(правило) понашања у правној норми, и правна свест човека о том изнетом правилу, долази се до једне јако честе ситуације, а то је постојање несклада између онога што треба да буде (права и обавезе у правној норми) и оног што јесте (правна свест човека, односно како човек резонује и прихвата оно што му је изнето као модел или правило понашања). Несклад између нормативног и стварног, односно идеалног и реалног утврђује социолошки метод, открива норму као друштвену стварност, али и правна норма је истовремено и идеална појава па је неопходно да у поступку истраживања учествује и правни метод. Када се открије разлика између реалног стања друштвене стварности и права које је утврдила правна догматика, нови задатак социолошког метода је да утврди одакле потичу дате разлике. Социолошки метод истражује и текст норме у свести људи, тј. људску правну свест и када се говори о писаном, и када се говори о неписаном праву. Уколико се пак проналазе разлике између друштвене стварности и писаног права, задатак социолошког метода није нарочито тежак јер је лако увидети разлику између писаног права и оног права које се испољава у друштвеној стварности. Много је сложеније уочити разлике између неписаног права и права које постоји у људској свести, односно обичајног права. Тада најчешће постоји неко устаљено, важеће право које сви знају и поседују у својој свести, али се ипак људи понашају супротно од оног што знају и што носе у својој свести као неписану норму. Социолошким методом се на основу тога уочава разлика између права које постоји као важеће, односно писано и стварно важеће, односно оног које се примењује.

Уколико би социолошки метод био искључен из поступка тумачења права, право би се посматрало као апсолутно идеална појава која егзистира као ванпросторна и ванвременска и независна творевина, која нема свој почетак и крај, односно нема свој узрок настанка, нема своју сврху постојања и у том смислу не би имала ни значаја. Говорећи о важности социолошког метода за поступак тумачења права, мора се рећи и то да социолошки метод претпоставља правни метод, односно да правни метод претходи социолошком методу јер социолошки метод, на тај начин, добија свој предмет проучавања. Наиме, постоје питања на која социолошки метод не може дати одговор, а то су питања садржине правне норме и питања нормативних елемената од којих се норма састоји. Пошто су правне норме идеалне творевине, а социолошки метод је реалан метод, онда у поступку сазнавања садржине правне норме и нормативних елемената учествује правни метод као идеални метод. Тек пошто норма буде сазната, испитује се њена веза са друштвом, односно који су то реални фактори условили њен садржај, а то је предмет социолошког истраживања. У том смислу, правни метод претходи социолошком методу, па се на тај начин обезбеђује предмет проучавања социолошком методу.

Када правни метод сазна садржину правне норме, социолошки метод истражује због чега је садржина правне норме таква каква јесте. Будући да је правна норма класног карактера, односно да је њено основно обележје, које има кроз своју друштвену функцију, остварење одређеног друштвеног циља, то довољно говори о друштвеном утицају на садржај норме и самим тим постојању одређеног односа између норме и друштва. Управо том везом бави се социолошки метод и уједно истражује зашто је садржај норме такав какав јесте, односно који су то друштвени чиниоци обликовали садржај правне норме.

4. СОЦИОЛОШКИ МЕТОД И ПОСТУПАК ОТКРИВАЊА ПРАВОГ ЗНАЧЕЊА ПРАВНЕ НОРМЕ

Откривање правог значења правне норме је поступак у коме ни сам тумач не може бити сасвим слободан у доношењу коначне одлуке. Наиме, ако се узме пример судијског регулисања, судија се у суштини неће много разликовати од било ког појединца, али ће иза његовог поступка стајати фактички монопол принуде, односно држава. Судија као и сваки грађанин има своје сопствено виђење ствари када су у питању интереси које право треба да штити. Поступак тумачења и примене права од стране правника практичара, у овом случају судије, најпре почиње процесом прикупљања и обраде чињеница, које се потом класификују и утврђују, а које су од изузетне важности за одређен случај који треба решити, односно за доношење судске одлуке. Том приликом сваки судија зна или осећа у којој мери је одговарајућа искуствена евиденција битна за доношење судске одлуке.²² Након поступка обраде чињеница који се спроводи кроз поступак судског вештачења, следи најважнији део, а то је процес повезивања чињеница. Повезивање се врши на основу процене значаја чињеница за дати случај који треба решити. Најзад треба рећи да и повезивање, и процењивање, а самим тим и тумачење је немогуће спровести без социолошког закључивања којим се судија користи при доношењу одлуке. Иако се критеријум тумачења налази у глави интерпрета, како је Хасемер сматрао²³, судија, чак и кад су у питању рутински случајеви, мора бити опрезан у доношењу одлуке и свестан да одлучује о људским судбинама. Стога, при доношењу судијске одлуке, одлука не сме бити потпуно слободна, односно потребно је ту слободу методизовати како се не би извргла арбитрности. На тај начин, судија као тумач дужан је да узме у обзир све околности затечене друштвене атмосфере и да се држи мишљења које је имао сам творац правне норме када је стварао

²² Bernd Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, 377.

²³ Вид. Bernd Rüthers, *Methodenfragen als Verfassungsfragen*, *Rechtstheorie* 3/2009, 253-283.

норму, јер као што А. Бек истиче, потребно је стално истраживање ауторових речи.²⁴ Право значење правне норме, које изводи судија, мора бити ограничено датим језичко – логичким тумачењем, а које је у службу социолошког метода. У том случају, судија мора да поступи у већ одређеним границама, иако се он лично не би сложио са тим, тј. уколико би сматрао да право не штити интересе које би требало да штити. Ипак, судија је као тумач у обавези да својим произвољним мишљењем никако не пређе границе које су му постављене.

Социолошки метод је уз правни метод неопходан за научно објашњавање државе и права. Држава је дакле, примарна организација у друштву која остварује своје политичке циљеве. „Право, пак, није само средство политике, већ и облик ограничавања државне власти и остваривања одређених вредности прихваћених од претежног дела друштва.”²⁵ На основу тога, право и држава се проучавају са становишта друштва, односно циљева које треба да остваре и вредности које треба да реализују са становишта друштва. „Наиме, у сваком глобалном друштву је прихваћен одређен систем вредности (судови о правди, слободи, једнакости, реду, миру сигурности и другим; ови вредносни судови садрже и објективне и субјективне елементе), и, са становишта тог система вредности, одређене делатности државе или извесна садржина правних норми се оцењује као позитивна или негативна, као пожељна или непожељна.”²⁶ Ослањајући се на социолошки метод, може се сазнати зашто су држава и право такви какви јесу и шта утиче на њихову природу.

Уз социолошки и правни метод користе се и додатни методи као што су психолошки, историјски, логички, упоредно-правни, аксиолошки, лингвистички (језички), економски или политички. Неки од ових метода имају мању примену у правној науци, попут психолошког и економског метода, док упоредно-правни и историјски имају велики значај и они се најчешће примењују уз социолошки и правни метод. Логички и лингвистички метод омогућавају, када је то неопходно социолошком или догматичком методу, сазнања до којих је дошла логичка наука и наука о језику. Аксиолошки метод је за разлику од осталих помоћних метода, највећим делом присутан у филозофији права и правној политици, али је такође неопходан и у поступку тумачења права. Аспект права којим се бави аксиолошки метод је идејног, вредносног карактера јер право поред самих норми и друштвених односа у својој структури поседује и одређене

²⁴ August Boeckh, *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Darmstadt 1977, 11.

²⁵ Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутуић, Драган М. Митровић, *Увод у право*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ Београд, Београд 2001., 17 – 18.

²⁶ *Ibid.*, 18.

вредности, што је идејни састојак права. И док се социолошки метод бави правом онаквим каквим јесте, аксиолошки метод говори о томе какво право треба да буде и на тај начин помаже социолошком методу да увиди разлику између *de lege lata* и *de lege ferenda*. Најзад, применом социолошког метода стиче се јаснија и потпунија представа о друштвеним појавама, процесима и њиховом утицају на право што је за правне науке од изузетног значаја.

5. ЗАКЉУЧАК

Бројни су разлози из којих проистиче потреба за тумачењем правних норми, а један од разлога је свакако поступак примене правне норме који у највећој мери зависи од процеса тумачења правне норме. Уколико норма није сазната (протумачена) на прави начин, неће бити ни примењена, односно неће постојати могућност деловања правне норме. Још један од разлога је да тумачење правне норме утиче на могућност кршења права. Наиме, правна норма је правило о понашању које се односи на људску вољу и свест, а да би правна норма могла да произведе правно дејство, најпре мора бити сазната од стране субјекта на чије се понашање норма односи. Основни услов за правилно сазнавање норме је да најпре буде правилно протумачена, а то значи да уколико дође до нетачног тумачења, неће бити примењена одговарајућа норма, него нека другачија од ње, те долази до кршења права. Зато је важно следити правилно тумачење и када су у питању људи, а посебно када су у питању државни органи.

Улога тумача у том случају припада стручним људима и врским познаваоцима права. Да би поступак тумачења права био успешан, неопходна је обдареност тумача, смисао за правичност, савесност, добронамерност, упорност и марљивост. Како би се дошло до правог значења правне норме, потребна су и одређена средства, тј. методи који би омогућили боље сазнавање правне норме. Један од тих метода које користи правна наука је и социолошки метод. Право је јако комплексна друштвена појава која настаје у интеракцији друштвених односа и као објективна друштвена појава поседује временски и просторни оквир. Право се, дакле, може сматрати и друштвеном појавом у одређеном смислу, али се исто тако може сматрати и нормативном појавом која има своју друштвену страну, тако да је важно наговестити да је право и систем уређених норми, али да су те норме истовремено повезане са одређеним друштвеним процесима, што доводи до закључка да право има и нормативну и друштвену страну. Веза између права и друштва се најбоље може видети ако право посматрамо са социолошког аспекта, односно ако право видимо као посебан скуп друштвених процеса, повезаних односним нормама. Право не треба посматрати као потпуно друштвену појаву, већ као нормативну појаву која има своју друштвену страну. Социолошки метод уједно истражује и зашто је

садржај норме такав какав јесте, односно који су то друштвени чиниоци обликовали садржај правне норме и узима се у обзир комплетна друштвена ситуација коју право регулише, затим се испитују и који су то доминантни друштвени интереси којима се право води, па се тако покушава доћи и до правог значења правне норме. Будући да право има и своју друштвену страну, све друштвене законитости, процеси и односи који је чине, проучавају се социолошким путем, односно применом социолошког метода.

Најзад, социолошки метод, сходно својој функцији у поступку тумачења права, омогућава бољу, прецизнију, јаснију и темељнију спознају интеракције права и друштва, односно права и друштвених појава и процеса, те је као такав неизоставни предмет интересовања правних наука.

Aleksandra MITROVIC

Teaching Assistant

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

SOCIOLOGICAL METHOD AND THE LEGAL MEANING OF THE LEGAL NORM

Summary

This scientific paper aims to emphasize the theoretical and practical significance of the sociological method in the process of discovering the true meaning of the legal norm in order to better know the social reality and introduce a greater degree of social responsibility in legal interpretation.

Legal interpretation on the basis of its theoretical - methodological platform, and above all by applying the sociological method, sets the condition of greater social responsibility in the field of legal interpretation, ie the creation and application of law. Thus, more frequent application of the sociological method in correlation with other canons of interpretation of law in legal interpretation would enable a more reliable formulation of legal norms, as legally sublimated social reality, and thus confirm law as a more socially responsible state system.

At last, a more socially responsible legal interpretation must be in accordance with legal responsibility, where law and society must presuppose each other and be in the unity of their opposites, and thus confirm the legal and social essence of law in legal theory and legal practice.

Key words: *sociological method, interpretation of law, legal norm, law, society.*

ЛИТЕРАТУРА

Бован С. Б., *Основи социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информације, Београд 2014.

Бован С. Б. , *Парадигматски корени социологије права*, Центар за издаваштво и информације, Београд 2004.

Бован С. Б. , „Социологија права као социологија правне праксе“, *Научни скуп са међународним учешћем „Право и друштвена ставрност 2“*, Правни факултет у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Косовска Митровица 2014.

Boeckh A., *Enzyklopädie und Methodenlehre der philologischen Wissenschaften*, Darmstadt 1977.

Водинелић В.В., *Грађанско право – уводне теме*, Београд 1991.

Deva I. , *Sociology of Law*, New York 2005.

Кулић Ж., ., *Увод у право*, Висока школа струковних студија за криминалистику и безбедност у Нишу, Ниш 2010.

Лукић Р. Д., *Увод у право*, Научна књига, Београд 1968.

Лукић Р. Д., Кошутић Б. П., *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Издавачки центар, Јавно предузеће Службени гласник, Београд 2009.

Лукић Р. Д., Кошутић Б. П., Митровић Д. М., *Увод у право*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ Београд, Београд 2001.

Лукић Р., *Основи социологије*, Научна књига, Београд 1975.

Митровић М. М., Бован С. Б., *Основи социологије и социологије права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012.

Rüthers V., *Rechtstheorie*, München 1999.

Rüthers V., *Methodenfragen als Verfassungsfragen*, *Rechtstheorie* 3/2009.

Бранко ШАПОЊИЋ*

322(497.11)"18"

СРПСКА ПРАВОСЛАВНА ЦРКВА КАО ДРЖАВНА ЦРКВА КРАЈЕМ XIX ВЕКА?

Апстракт: Крај друге половине XIX века представља период у коме је српска држава потпуно ограничила црквену аутономију. Први такав атак на Цркву учињен је неканонском сменом митрополита Михаила Јовановића 1881. године. Повод за његову смену представљало је митрополитово противљење примени Закона о таксама који је донет без консултација са Архијерејским сабором, а предвиђао је високе таксе за хиротонију и хиротесију. Међутим, прави узрок митрополитове смене огледао се у његовом пропагирању политике која Аустро-Угарској монархији није била по вољи. Михаило као руски ђак, залагао се за вођење проруске политике, а то је било у супротности са тајном конвенцијом коју је Србија потписала са Аустро-Угарском 1881. године. Након његове смене, држава је новим законодавством у потпуности подредила Цркву себи. Сви чланови Сабора морали су да буду именовани од стране краља, док је митрополита бирало посебно тело сачињено од чиновника. Абдикацијом краља Милана, ситуација постаје за нијансу повољнија по цркву. Митрополит Михаило је враћен на чело Цркве. Године 1890. донет је нови Закон о црквеним властима источно православне цркве који је Цркву ставио у нешто повољнији положај. У раду ћемо показати да је Црква крајем XIX века уживала статус државне цркве, али и да је држава успоставила апсолутну контролу над читавим њеним деловањем и потпуно га подредила својој политици. За приказивање наведених чињеница користићемо историјски, упоредни и аналитички метод.

Кључне речи: *Црква, Држава, краљ Милан, митрополит Михаило, Закон о таксама.*

1. УВОД

Српска православна црква¹ је кроз историју увек имала огроман значај за српску државу. У време када се земља налазила под турском опсадом СПЦ се борила и изборила за очување становништва, а самим тим и

* Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, aleksandra.mitrovic@pr.ac.rs

¹У даљем тексту СПЦ

државе. Као две нераскидиве целине држава и СПЦ се међусобно прожимају. Питање регулисања њиховог односа је јако комплексно. Постоје три начина регулисања истог. Први начин је постојање државне цркве у коме црква ужива све привилегије. Остале вероисповести нису забрањене, али само једна ужива положај државне и као таква има све привилегије које иду уз њен положај. Други начин на који се може регулисати ово комплексно питање је постојање слободних цркава и на крају имамо режим одвојености државе од цркве.² Предмет анализе у овом раду ће бити однос државе и СПЦ крајем XIX века. Политичке околности које су се збиле у том периоду промениле су курс српске спољне политике. Личност која је обележила другу половину XIX века био је митрополит Михаило Јовановић. Руски ђак, велики панслависта, у свом срцу је чувао идеју уједињења словенских народа. Након промене курса спољне политике краља Милана од Русије ка Аустро-Угарској монархији, митрополитова уверења постају пут ка његовој смени. Повод за његову смену био је његово противљење неканонским одредбама у Закону о таксама. Анализом архивске грађе приказаћемо како се одвијао поступак саслушања епископа у митрополији, али и митрополитово држање поводом истог. Његова неканонска смена као и повлачење читаве јерархије, свакако је један од главних разлога за постављање питања да ли је Српска православна црква крајем XIX века уживала положај државне цркве? Други битан догађај за однос државе и СПЦ који ће у раду бити анализиран је доношење Закона о црквеним властима источно-православне цркве.

2. ОДНОС ДРЖАВЕ И СПЦ КРАЈЕМ XIX ВЕКА

Према уставу из 1869. године, који је на снази остао све до 1888. године, чланом 31. предвиђено је да је владајућа вера у Србији источно-православна. Овим чланом је прописано да су слободне и друге вере и да подпадају под законску заштиту.³ Почетак осамдесетих година XIX века обележила је неканонска смена митрополита Михаила Јовановића и повлачење легалне јерархије. Након потписивања санстефанског мировног споразума 3. марта 1878. године, политика руске царевине окренула се ка Бугарској. Кнез Милан Обреновић се осетио изневерено таквим држањем царевине, па је курс српске спољне политике усмерио ка Аустро-Угарској

² Будимир Кошутић, Драган Митровић, „АУТОНОМНО ПРАВО с посебним освртом на колективне преговоре, право на штрајк и lock-out у упоредном и нашем праву”, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1996, 86.

³ Чл. 31. Устав Кнежевине Србије, <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/04/Radikalski-ustav-iz-1888.pdf>, приступљено: 23. 07. 2021.

монархији.⁴ Како наводи Новаковић, нови курс спољне политике озваничен је потписивањем тајне конвенције 1881. године којом се кнез Милан обавезао да неће дозволити никакав вид антимонархијског деловања на територији Србије. Обавеза монархије је дефинисана чланом 3. тајне конвенције и она подразумева пружање помоћи у циљу проглашења Србије краљевином.⁵

2.1. Смена митрополита Михаила Јовановића

На челу СПЦ се тада налазио митрополит Михаило Јовановић. Руски ђак који је имао јако велики утицај у Србији. Како наводи Перић, митрополит је заједно са владом успео да од Цариградске патријаршије издејствује *Томос о аутокефалности* 1879. године.⁶ Новаковић наводи како је митрополит био велики патриота и јако способан у вођењу Цркве.⁷ Митрополит није био трн у оку само кнезу и Аустро-Уграској монархији. Напредњаци су га посматрали као човека оданог либералима те им је као такав био велика сметња. Јовановић наводи како је борба напредњака против либерала достигла свој врхунац у црквеном питању које он назива још и питање митрополита Михаила.⁸

Аутори су различитог мишљења када је разлог за смену митрополита Михаила у питању. Јовановић и Новаковић се слажу око тога да је разлог пронађен у држању митрополита против Закона о таксама који је изгласан 3. априла 1881. године. Са друге стране имамо Перићев став који каже да је закон о таксама био само параван за митрополитову смену. Наиме, Перић разлог налази у непристајању митрополита да разведе брак између краља Милана и краљице Наталије. Није било канонских разлога који би развод брака учинили оправданим.⁹

Имајући у виду чињеницу да је Србија била мала кнежевина, антимонархијска политика јој никако није ишла у прилог. Кнез Милан је морао, нарочито након пораза у рату са Бугарском, да неутралише сваки вид пропаганде који је штетио односима Србије и монархије.

⁴ Љубодраг Ристић, „Србија у британској политици 1889 – 1903“, Српска академија наука и уметности, Институт за балканске студије, Београд 2014, 19.

⁵ Драган Новаковић, „Државно законодавство православне цркве у Србији од 1804. до 1914. године“, Универзитет у Београду, Богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд, 2010, 119.

⁶ Димчо Перић, „Црквено право“, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 1999, 187.

⁷ Д. Новаковић, *op. cit.* 120.

⁸ Слободан Јовановић, „Влада Милана Обреновића књига друга (1878 до 1889)“, ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА, Београд, 1927, 103.

⁹ Д. Перић, *op. cit.* 187.

Дуго је кнез тражио повод за разрачунавање са митрополитом и коначно га је нашао приликом доношења Закона о таксама 3. априла 1881. године. Према Слијепчевићу, закон је садржао одредбе које су подразумевале наплату такси за „*уверења о рукоположењу, хиротонији и хиротесији*“.¹⁰ Митрополит је одмах исказао своје неслагање са спорним одредбама, нарочито зато што никакве консултације са Архејерејским сабором нису учињене поводом њиховог прописивања.¹¹ Скупштинска расправа поводом Закона о таксама била је јако жустра. Једна од спорних одредаба била је плаћање таксе од 100 динара за ступање у монашки чин.¹² Народни посланик Милан Милићевић је овај члан закона прокоментарисао на следећи начин: „*Монах, господо, није старешина или онакав калуђер како ми можда замишљамо или разумемо. Монах просто нема чина свештеничког на себи, то је по црквеном реду, човек, који на себи има камилавку и расу, али који нема никакве власти ни да одслужи службу, ни да крсти, ни да венча, док јеромонах све то може да уради. Сад кад сте поставили таксу за човека који у манастиру има власт, као што рече г. известилац, само да звони и Богу се моли, шта ћете са онима који имају власт свештеничку и онакву какву има свештеник бољег реда нашег? Зар да предухитримо па и овоме поставимо као оном напред? Ако и овде усвојимо тако, онда не знам где ћемо се уставити, и ако и даље идемо тако прогресивно, ја не знам шта ће најзад бити. Ја бих, дакле, молио господу да не наглимо тако, него да се уставимо и размислимо о томе.*“¹³

Према уставу из 1869. године духовна надлежатељства свију вероисповеди стоје под надзором министра црквених послова.¹⁴ Митрополит Михаило се, одмах након доношења закона обратио Стојану Новаковићу, министру просвете и црквених послова и јасно му ставио до знања да је при доношењу закона о таксама „неправилно поступано“ јер су регулисана питања која се тичу СПЦ без договора са Архијерејским сабором. Према Слијепчевићевим речима, тада почиње борба између митрополита и Стојана Новаковића око Закона о таксама. Митрополит је сматрао да се таксе на свештенички чин никако не могу наплаћивати јер би то значило њихову продају. Слијепчевић овде додаје да би то значило „*мешање државе у*

¹⁰ Ђоко Слијепчевић, „*ИСТОРИЈА СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ друга књига*“, СAТЕНА MUNDI, Београд, 20118, 382.

¹¹ *Ibid.*

¹² Чл. 69. Закон о таксама, Српске новине, број 91, У Београду 28. априла 1881. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenenovine.rs/> приступљено 23. 07. 2021.

¹³ Записник са седнице Народне Скупштине од 3. Априла 1881. године у Београду.

¹⁴ Чл. 120. Устав Кнежевине Србије, <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/04/Radikalski-ustav-iz-1888.pdf>, приступљено: 23. 07. 2021.

унутрашње уређење Цркве и обара ово што је црква дужна да чува.“¹⁵ Војводић наводи како је доношење закона узроковало размену оштрих писама између Стојана Новаковића и митрополита. Војводић овај сукоб упоређује са борбом коју је немачки канцелар Бизмарк својевремено водио против католичке цркве.¹⁶

Анализирајући догађаје и њихове последице долазимо до закључка да је опасност од потпуног потчињавања СПЦ држави била велика. Страх који је обузео митрополита Михаила показаше се као оправдан убрзо након доношења Закона о таксама. Комплетна црквена јерархија ће на неканонски начин бити смењена или приморана да се повуче са својих положаја. Сличну ситуацију смо могли видети у Византијском царству где је владар сазивао црквене саборе и председавао њима. Именовано је патријарха бирајући једног од три кандидата које би му црквени сабор предложио. Такав положај цркве у Византији у коме држава има потпуну контролу над њом назива се цезаропапизам.¹⁷

Архијерејски сабор је поводом спорних одредаба Закона о таксама заседао у октобру месецу и донет је закључак да се закон у својој тренутној редакцији не може примењивати јер је супротан канонима и донет је без консултација са Архејерејским сабором. Сабор је био спреман на компромис уколико би се спорне одредбе измениле, међутим, друга страна није имала слуша за Сабор.¹⁸

Јовановић бележи како је митрополит заклон у својој борби против владе тражио у Сабору, а влада је са друге стране јасно направила разлику између епископа који су инсистирали на томе да дође до измена закона и митрополита који је одбијао да се закон примени.¹⁹ Уколико анализирамо одредбе Закона о црквеним властима православне вере из 1862. године који је тада био на снази, видимо да је доношење Закона о таксама у складу са истим. Наиме, чланом 77 је прописано да ће се Архијерејски сабор у потребним случајевима обраћати државном правитељству преко министарства просвете и црквених дела, као што ће преко њега и примати све оно што правитељство нареди и узакони за цркву и свештенство, било по

¹⁵ Ђ. Слијепчевић, *op. cit.* 382.

¹⁶ Михаило Војводић, „Стојан Новаковић“, Српска књижевна задруга, Београд, 2012, 166.

¹⁷ Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, „УПОРЕДНА ПРАВНА ТРАДИЦИЈА седмо издање“, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 2011, 153-154.

¹⁸ М. Војводић, *op. cit.* 167.

¹⁹ С. Јовановић, *op. cit.* 104.

предлогу Архијерејског сабора, било само од своје стране.²⁰ На основу завршних речи овог законског члана лако можемо закључити да влада није била у обавези да се са Сабором консултује по питању Закона о таксама.

Министар Новаковић је 15. октобра 1881. године организовао саслушање епископа у митрополији. Увидом у архивску грађу можемо упоредити исказе које су дали епископи са ставовима које је након тога митрополит Михаило изнео у писму упућеном Милану Пироћанцу, председнику владе.

Министар просвете и црквених дела, Стојан Новаковић је 15. октобра 1881. године у просторијама митрополије организовао саслушање епископа, а у вези примене Закона о таксама. Увидом у архивску грађу можемо видети да је сваки епископ засебно саслушан и да је сваком епископу постављено исто питање које је гласило: „*Je ли решено у Архијерејском сабору да се Закон о таксама не примени и не извршује?*“. Сви епископи су одговорили да није било речи о томе да се закон не треба вршити већ је речено да се закон мора вршити док као закон постоји.²¹ Министар Новаковић није саслушао митрополита Михаила што можемо видети у писму које је митрополит 16. октобра 1881. године послао Милану Пироћанцу председнику владе.

Писмо које је упућено Милану Пироћанцу садржи наводе који су у супротности са ставовима епископа изнетим на саслушању од стране министра просвете и црквених дела. Митрополит Михаило наводикако је у писму које је 21. јула текуће године упућено Стојану Новаковићу назначено да „*не могу сви архијереји у својим богослужбеним јерархијама извршавати Закон о таксама у садашњој његовој редакцији. Прво, зато што је закон у означеним тачкама 61-76 противан законима цркве и друго, зато што извршавање његово чини насиље архијерејској савести.*“²² Када упоредимо исказе епископа добијене на саслушању од стране министра и садржај писма које је митрополит Михаило упутио Милану Пироћанцу, добијамо две потпуно различите слике о ставовима везаним за примену закона о таксама. Морамо да се сложимо са Слијепчевићевим наводима да је сведочење епископа само отежало положај митрополитов који је и после тога остао при

²⁰ Чл. 77. Закон о црквеним властима православне вере, <http://digital.bms.rs/ebiblioteka/pageFlip/reader/index.php?type=publications&id=3516&m=2#page/31/mode/1up>, приступљено 24. 07. 2021.

²¹ Архив Србије, Записник о саслушању епископа Српске православне цркве поводом Закона о таксама, МПС-Ц, ФVр2/96

²² Архив Србије, Писмо митрополита Михаила Милану Пироћанцу председнику владе, МПС-Ц, ФVр2/96

ставу да се закон не може примењивати све док се не изврши измена спорних одредби.²³

Након саслушања епископа, министар Новаковић је 18. октобра поднео извештај кнезу Милану у коме пише да митрополит Михаило својим делима одриче и не признаје Уставом и законима опредељени положај. Проучавајући садржај извештаја јасно можемо уочити да је министар Новаковић био љут на митрополита јер писмо које је митрополит послао министру Новаковићу 12. маја 1881. године писано је „*тоном каквим се никад не служи ни власт према власти, ни државни орган један према другоме*“.²⁴ Уз писмо министар је кнезу проследио и записник са саслушања епископа. На основу извештаја добијеног од надлежног министра, кнез Милан доноси одлуку да митрополита разреши дужности. Одлука је донета 18. октобра 1881. године и њом је решено „*да се Његово Високопреосвештенство господин митрополит Михаил, који је указом Књажевим од 26. јула 1859. године признат за Архиепископа Београдског и Митрополита српског, разреши од Администрације Архиепископије Београдске и Митрополије Српске.*“²⁵

Кнез Милан је истога дана на митрополитово место, као вршиоца дужности, поставио епископа неготинског, господина Мојсеја.²⁶ Слијепчевић тврди да је његово држање на саслушању у митрополији било врло проблематично. Према његовом исказу на Сабору је решено да се Закон о таксама примењује све док се не учине његове исправке предложене влади.²⁷

Дуго очекивани разлог за смену митрополита Михаила коначно је дочекан. Сада је кнез Милан могао неометано да спроводи своју промонархијску политику, а монархија је била корак ближе да уклони сваки утицај Русије у Србији и да Балкан постане сфера директног монархијског утицаја.

Одмах након смене митрополита, Влада је приступила изради новог закона који би се односио на регулисање положаја СПЦ. Закон о изменама и допунама закона о црквеним властима из 1862. године усвојен је крајем децембра у Народној скупштини. Радикална измена у односу на закон из 1862. године била је измена члана 81. Према закону из 1862. године, члан 81

²³ Ђ. Слијепчевић, *op. cit.* 386.

²⁴ Архив Србије, Писмо Стојана Новаковића кнезу Милану Обреновићу, МПС-Ц, ФVр2/96

²⁵ Архив Србије, Указ кнеза Милана Обреновића о разрешењу митрополита Михаила, МПС-Ц, ФVр2/96

²⁶ Архив Србије, Указ кнеза Милана Обреновића о именовању архијереја Мојсеја, МПС-Ц, ФVр2/96

²⁷ Ђ. Слијепчевић, *op. cit.* 386.

је предвиђао да Сабором председава митрополит, а чине га сви епископи.²⁸ Новина у односу на ово решење била је у томе што су у састав Сабора према Закону о изменама и допунама закона о црквеним властима сви епископи, два архимандрита и по један протојереј из сваке епархије. Архимандрите и протојереје поставља краљ²⁹ на период од пет година. Епископе бира Архијерејски сабор, а њихов избор потврђује краљ указом.³⁰ Новаковић наводи како је надлежност за именовање митрополита имало посебно изборно тело у чији састав су улазили сви чланови Архијерејског сабора, председник министарског савета, министар просвете и црквених дела, председник државног савета, председник касационог суда и пет чланова Народне скупштине.³¹ На основу наведених норми видимо да је краљ Милан имао апсолутну контролу над радом Архијерејског сабора. Норме су тако формулисане да се цео састав Сабора бира по краљевој вољи. Краљ је учинио све да се случај „митрополита Михаила“ више не понови.

Након смене митрополита, требало је изабрати новог поглавара цркве. Привремену управу над митрополијом вршио је епископ Мојсеј, међутим краљ је имао на уму да на место митрополита постави, како пише Јовановић, Теодосија Мраовића. Према Јовановићу, епископи нису били задовољни новим законским решењима те су у складу са тим одбијали да посвете Теодосија. Да би остварила своју замисао, Влада је замолила карловачког патријарха Германа Анђелића да изврши посвећење на шта је он пристао. Морамо напоменути да Анђелић свој пристанак није хтео да да пре одобрења монархијске владе. Посвећење Теодосија Мраовића извршено је 27. 04. 1883. године у Карловцима.³²

Избором новог митрополита тек настају проблеми у СПЦ, али и у држави. Епископи нису хтели да признају новог митрополита, па су сви, поново неканонски, смењени. Овакво поступање према епископима наишло је на осуду у међународним круговима. Најгласнија у томе је била Русија. Смењени митрополит Михаило је вишеструко одликован од стране руског цара те је стога и утицај који је Русија имала у Србији умногоме ослабио.³³ Не можемо а да не приметимо да су у обнови јерархије велики део епископа били пореклом са територије Војводине. Јовановић пише како су они били

²⁸ Чл. 81. Закон о црквеним властима православне вере, <http://digital.bms.rs/ebiblioteka/pageFlip/reader/index.php?type=publications&id=3516&m=2#page/31/mode/1up>, приступљено 29. 07. 2021.

²⁹ Србија је 6. марта 1882. године уздигнута на ниво краљевине.

³⁰ Д. Новаковић, *op. cit.* 122.

³¹ *Ibid*, 123.

³² С. Јовановић, *op. cit.* 107.

³³ С. Јовановић, *op. cit.* 108.

школованији од наших калуђера, више пажње су обраћали на црквено певање и били су слободнијег понашања.³⁴

Краљ Милан Обреновић је обдигирао 22. фебруара 1889. године. Годину дана пре абдикација Србија је добила нови Устав. Према новом Уставу, државна вера у Србији је источно-православна³⁵ те је на тај начин само потврђен положај који је црква имала према претходном Уставу. Након краља Милана, на српски престо долази његов малолетни син, Александар Обреновић. Као намесници, краљевску власт су вршили Јоанн Ристић, Јован Бели-Марковић и Коста Ст. Протић. Одмах је именована нова влада која је покренула преговоре око повлачења тренутне јерархије и повратка бившег митрополита Михаила на чело цркве.³⁶

Према Слијепчевићу, митрополит је у Београду дочекан веома срдечно. Његове прве активности су биле усмерене на то да се у цркви успостави редовни канонски поредак. Закон о изменама и допунама закона о црквеним властима из 1862. године, суспендован је и приступило се изради новог закона.³⁷

3. ДОНОШЕЊЕ ЗАКОНА О ЦРКВИНИМ ВЛАСТИМА ИСТОЧНО-ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ ИЗ 1890. ГОДИНЕ

Повратком на место митрополита, Михаило Јовановић је покренуо иницијативу за доношење новог закона по коме држава неће имати апсолутну контролу над СПЦ. Његов представник у комисији која је имала задатак да припреми нацрт закона био је архимандрит Нићифор Дучић. Новаковић наводи како је Дучић био ватрени поборник обнове Српске патријаршије. После великих неслагања са Владом око нацрта закона, 27. априла 1890. године је усвојен Закон о црквеним властима источно-православне цркве.³⁸

Новим законом је предвиђено да митрополита бира Изборни сабор. У састав Изборног сабора улазе сви чланови Архијерејског сабора, сви архимандрити, сви окружни протопресвитери и протопресвитри београдски и нишки, председник министарског савета, министар просвете и црквених послова, председник и потпредседници Народне скупштине, а ако Народна скупштина није на окупу председник и потпредседници последње Народне

³⁴ *Ibid*, 109.

³⁵ Чл. 3. Устав за Краљевину Србију, Српске новине, број 282, У Београду 23. децембра 1888. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenenovine.rs/> приступљено 29. 07. 2021.

³⁶ Д. Новаковић, *op. cit.* 129-130.

³⁷ Ђ. Слијепчевић, *op. cit.* 402.

³⁸ Д. Новаковић, *op. cit.* 131.

скупштине, било редовне, ванредне или велике, председник државног савета, председник касационог суда, председник Главне контроле, ректор Велике школе и ректор Богословије. У овом члану је назначено да сва лица која улазе у састав Изборног сабора морају бити источно – православне вере.³⁹ Све црквене власти у краљевини Србији стоје под врховним надзором министра просвете и црквених послова.⁴⁰

Према Новаковићу, митрополит Михаило није у потпуности успео у својој намери да отргне цркву од државног утицаја. Неминовно је да је према новом закону предвиђена мања заступљеност световњака у управи цркве, међутим, Изборни сабор је великим делом био сачињен од државних функционера. Чињеница је да је на тај начин краљ задржао контролу над избором митрополита, а самим тим радом да би се контрола успоставила у потпуности прописано је да краљ мора дати сагласност на избор митрополита и на предлог надлежног министра изда указ о његовом именувању.⁴¹

Према Слијепчевићу још једно спорно питање при састављању закона било је питање постављања чланова Духовног суда. Спор је настао између митрополита и радикала јер се митрополит залагао да се сва власт врати епископима док су радикали инсистирали да се епископска власт што више обузда. Председник Великог духовног суда је требао бити митрополит, док је чланове суда на предлог Архијерејског сабора постављала влада. Народна скупштина није хтела да пристане на овакво решење јер би то подразумевало јачање утицаја епископа и митрополита. Избор чланова Духовног суда поверила је збору епархијског свештенства. Сабор је могао да именује једног од пет чланова Духовног суда. Према Слијепчевићу, овде настаје сукоб између митрополита са једне и Народне скупштине са друге стране. Решење је нађено посредством руског посланика. Компромис је постигнут тако што ће се чланови Великог духовног суда бирати у договору између митрополита и Владе.⁴²

На основу наведених чињеница можемо да изведемо два битна закључка. Прво, након доласка на престо краља Александра, политика према СПЦ је остала готово непромењена. Законским решењима контрола је

³⁹ Чл. 127. Закон о црквеним властима источно-православне цркве, Српске новине број 99, Београд 1890. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenovine.rs/> приступљено 29. 07. 2021.

⁴⁰ Чл. 232. Закон о црквеним властима источно-православне цркве, Српске новине број 99, Београд 1890. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenovine.rs/> приступљено 29. 07. 2021.

⁴¹ Д. Новаковић, *op. cit.* 150.

⁴² Ђ. Слијепчевић, *op. cit.* 404.

ослабљена, али и даље у великој мери присутна. Избор митрополита и даље је био под апсолутним утицајем државе. Велики сукоб око састава Духовног суда решен је у корист државе. Српска православна црква јесте била у статусу државне цркве и према новом законодавству, али ако се вратимо на дефиницију државне цркве према којој црква ужива све привилегије у држави, у случају СПЦ крајем XIX века би морали да је допунимо на тај начин што ћемо дописати да подлеже и апсолутној државној контроли у вршењу својих делатности. Друга ствака која је привукла пажњу аутора је утицај Русије, односно руског посланика на доношење компромисног решења у погледу избора чланова Духовног суда. Митрополит Михаило је од стране руског цара више пута одликован, те је уживао и велики углед, али имао и велики утицај у царевини. Посредовање руског посланика у решавању сукоба између митрополита и Владе свакако дугује захвалност самом митрополиту. На основу овог догађаја можемо видети да се кнез Милан оправдано бојао његовог деловања против монархије 1881. године.

4. ЗАКЉУЧАК

Крај XIX представљао је период великих сукоба између државе и цркве. Политика коју је држава водила на међународном плану имала је велики утицај на канонски поредак у СПЦ. Аустро-Угарска монархија је, да би заштитила своје интересе на Балкану захтевала од Србије да обустави сваки вид деловања против ње. Незадовољан политиком Русије, кнез Милан је једини излаз видео у Аустро-Угарској те је све своје напоре усмерио на стварање што бољих односа са њом. Митрополит Михаило се у тој борби за опстанак и борби за утицај на Балкану нашао у незавидној ситуацији. Руски ђак је радећи по својим убеђењима у духу панславизмастао на пут краљу Милану и довео до тога да га краљ смени са места митрополита. Повод за смену било је његово противљење примени Закона о таксама који је написан без консултација са Сабором. Анализом законских норми Закона о црквеним властима видимо да консултације са Архијерејским сабором при изради Закона о таксама нису биле обавезне без обзира на то што су се поједине норме (61-76) односиле на црквена питања. Морамо да се сложимо са Јовановићем и Слијепчевићем који кажу да је прави разлог за митрополитову смену било његово деловање мимо политике коју је монархија пропагирала. Међутим, не смемо да занемаримо ни Перићев став да је разлог за смену био одбијање митрополитово да разведе брак краља Милана и краљице Наталије До доласка на престо Александра Обреновића црква је имала положај државне цркве који ће и за време његове власти остати такав, међутим, контрола коју је држава имала над црквом је била апсолутна. На крају можемо без икакве дилеме закључити да је СПЦ крајем XIX века уживала положај државне цркве, али, поред привилегија које је СПЦ ужива, налазила се и под потпуном контролом државе.

Branko ŠAPONJIĆ

Teaching Assistant

University of Pristina - Kosovska Mitrovica, Faculty of Law

SERBIAN ORTHODOX CHURCH AS A STATE CHURCH AT THE END OF XIX CENTURY?

Summary

The end of the second half of the XIX century represents a period in which the Serbian state completely limited church autonomy. The first such attack on the Church was made by the non-canonical dismissal of Metropolitan Bishop Mihailo Jovanović in 1881. The reason for his removal was the Metropolitan's opposition to the application of the Law on Taxes, which was passed without consultation with the Council of Bishops and provided high fees for ordination and appointments. However, the real cause of the metropolitan's dismissal was reflected in his propaganda of a policy that was contrary to the Austro-Hungarian monarchy interests. As a Russian student, Mihailo advocated pro-Russian policy, and that was in contradiction with the secret convention that Serbia signed with Austro-Hungary in 1881. After his removal, the state completely subordinated the Church to itself with the new legislation. All members of the Council of Bishops had to be appointed by the king, while the metropolitan bishop was elected by a special body composed of state officials. With the abdication of the King Milan situation becomes slightly favorable for the church. Metropolitan Mihailo was returned to the head of the Church. In 1890, a new Law on Church Authorities of the Eastern Orthodox Church was passed, which put the Church in a somewhat agreeable position.

In this paper, we will show that the Church enjoyed the status of a state church at the end of the 19th century, but also that the state established absolute control over all its activities and completely subordinated it to its policy. The historical, comparative and analytical method will be used to present the stated facts.

Key words: *Church, State, king Milan, metropolitan bishop Mihailo, Law on Taxes*

ЛИТЕРАТУРА

Сима Аврамовић, Војислав Станимировић, „УПОРЕДНА ПРАВНА ТРАДИЦИЈА седмо издање“, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 2011, 153-154.

Михаило Војводић, „Стојан Новаковић“, Српска књижевна задруга, Београд, 2012, 166.

Слободан Јовановић, „Влада Милана Обреновића књига друга (1878 до 1889)“, ИЗДАВАЧКА КЊИЖАРНИЦА ГЕЦЕ КОНА, Београд, 1927, 103.

Будимир Кошутић, Драган Митровић, „АУТОНОМНО ПРАВО с посебним освртом на колективне преговоре, право на штрајк и lock-out у упоредном и нашем праву“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 1996, 86.

Драган Новаковић, „Државно законодавство православној цркви у Србији од 1804. до 1914. године“, Универзитет у Београду, Богословски факултет, Институт за теолошка истраживања, Београд, 2010, 119.

Димчо Периф, „Црквено право“, Универзитет у Београду Правни факултет, Београд, 1999, 187.

Љубодраг Ристић, „Србија у британској политици 1889 – 1903“, Српска академија наука и уметности, Институт за балканске студије, Београд 2014, 19.

Ђоко Слијепчевић, „ИСТОРИЈА СРПСКЕ ПРАВОСЛАВНЕ ЦРКВЕ друга књига“, САТЕНА MUNDI, Београд, 20118, 382.

ИЗВОРИ

Архив Србије, Записник о саслушању епископа Српске православне цркве поводом Закона о таксама, МПС-Ц, ФVр2/96

Архив Србије, Писмо митрополита Михаила Милану Пироћанцу председнику владе, МПС-Ц, ФVр2/96

Архив Србије, Писмо Стојана Новаковића кнезу Милану Обреновићу, МПС-Ц, ФVр2/96

Архив Србије, Указ кнеза Милана Обреновића о разрешењу митрополита Михаила, МПС-Ц, ФVр2/96

Архив Србије, Указ кнеза Милана Обреновића о именовању архијереја Мојсеја, МПС-Ц, ФVр2/96

Закон о црквеним властима источно-православне цркве, Српске новине број 99, Београд 1890. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenenovine.rs/> приступљено 29. 07. 2021.

Устав за Краљевину Србију, Српске новине, број 282, У Београду 23. децембра 1888. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenenovine.rs/> приступљено 29. 07. 2021.

Закон о таксама, Српске новине, број 91, У Београду 28. априла 1881. године, скинуто са <http://digitalizovanaizdanja.sluzbenovine.rs/> приступљено 23. 07. 2021.

Закон о црквеним властима православне вере, <http://digital.bms.rs/ebiblioteka/pageFlip/reader/index.php?type=publications&id=3516&m=2#page/31/mode/1up>, приступљено 29. 07. 2021.

Устав Кнежевине Србије, <http://mojustav.rs/wp-content/uploads/2013/04/Radikalski-ustav-iz-1888.pdf>, приступљено: 23. 07. 2021.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

НАУЧНО истраживачки пројекат "Правни аспекти савремених друштвених кретања у Републици Србији" : тематски зборник - пројекат. Св. 3 / [главни и одговорни уредник Јелена Беловић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет, 2021 (Краљево : Кварк). - 510 стр. : граф. прикази, табеле ; 25 cm

Тираж 50. - Стр. 4: Предговор / Јелена Беловић. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-6083-077-9

1. Беловић, Јелена, 1976- [главни и одговорни уредник] [аутор додатног текста]

а) Право -- Зборници

COBISS.SR-ID 53459465



www.pra.pr.ac.rs

e-mail: pra@pr.ac.rs, pravnipristina@vgn.rs

Ул. Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица

Тел/факс: 028/425-339, 028/425-338