

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Научни скуп са међународним учешћем
„НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО – АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“

Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Зборник радова
„НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО – АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“

Издавач:

Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици,
Лоле Рибара 29, 38220 Косовска Митровица, тел. 028.425.336, www.pra.pg.ac.rs

За издавача

Проф. др Владан Михајловић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Олга Јовић-Прлаиновић

Уређивачки одбор

Чланови из земље: Проф. др Владан Михајловић, Проф. др Марија Крвавац, Проф. др Владимир Боранијашевић, Доц. др Здравко Грујић, Доц. др Драган Благић, Доц. др Душко Челић - Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици; Чланови из иностранства: Проф. др Дамјан Корошец, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Република Словенија; Проф. др Барбара Новак, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Република Словенија; Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Република Српска, БиХ; Доц. др Весна Симовић-Звицер, Правни факултет Универзитета Црне Горе, Република Црна Гора; Доц. др Драган Гоцевски, Правни факултет „Јустинијан Први“ Универзитета „Св. Кирил и Методије“, Република Македонија.

Секретар Уређивачког одбора:

Доц. др Здравко Грујић

Технички уредник:

Доц. др Здравко Грујић

Дизајн корица:

Димитрије Милић

Штампа: Кварк, Краљево

Тираж: 100 примерака

ISBN 978-86-6083-048-9

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

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



ЗБОРНИК РАДОВА
„НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО –
АКТУЕЛНА ПИТАЊА И ТЕМЕ“

COLLECTION OF PAPERS
„NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW –
CURRENT ISSUES AND TOPICS“

Научни скуп са међународним учешћем одржан је 26. маја 2017. године на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Том II

Косовска Митровица
2017.

С А Д Р Ж А Ј

КРИВИЧНОПРАВНА ОБЛАСТ

Др Иван ЂОКИЋ Кривично дело преваре	1
Др Дарко ДИМОВСКИ, Петар ПЕШИЋ Доказне радње у Закону о заштити конкуренције	19
Др Горан ЈОВАНИЋ Мере безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана и право избора осуђеног	31
Др Драган БЛАГИЋ, Др Здравко ГРУЈИЋ Принцип легалитета као гарант правне сигурности грађана - ретроспективни и проспективни контекст	53
Иван ИЛИЋ, Лука АНЂЕЛКОВИЋ Право окривљеног на испитивање сведока – међународни стандарди и домаће право	67
Бобан СИМИЋ, Никола АРИТОНОВИЋ Полицијска сарадња у земљама Југоисточне Европе	81
Др Марија МИЋОВИЋ Еколошки изазови као претња људској безбедности	97
Вера ПЕТРОВИЋ Изрицање казне затвора у Србији као реакција на злочин	111
Иван МИЛИЋ О неким лошим решењима у Закону о прекршајима	131

ЈАВНОПРАВНА И ТЕОРИЈСКОПРАВНА ОБЛАСТ

Академик Др Миодраг Н. СИМОВИЋ, Др Милена СИМОВИЋ Изазови пред Уставним судом Босне и Херцеговине у контексту његове надлежности да у складу са међународним стандардима оцјењује уставност закона	147
---	-----

Др Владан МИХАЈЛОВИЋ, Др Бојан БОЈАНИЋ Парламент као утицајни (или не) орган у остваривању контролне функције над владом	167
Др Владан ПЕТРОВ, Ђорђе МАРКОВИЋ Врховни суд у Уставу УК	191
Др Борче ДАВИТКОВСКИ, Др Ана ПАВЛОВСКА - ДАНЕВА, Др Елена ДАВИТКОВСКА, Др Ивана ШУМАНОВСКА-СПАСОВСКА Реформе јавне управе у Републици Македонији и изгледи за процес интеграције у Европску унију	209
Др Дарко СИМОВИЋ, Др Слободан ОРЛОВИЋ Правни режим ванредних ситуација изазваних природним катастрофама	233
Др Јелена ВУЧКОВИЋ Извршна власт и јавне агенције	249
Др Владимир ЂУРИЋ Уставни идентитет Србије у контексту европских интеграција и уставних промена	263
Саво МАНОЈЛОВИЋ Људска права у правном поретку Републике Србије – између уставних и међународних гаранција	279
Др Дејан МИРОВИЋ Међународни суд правде – Украјина и Србија 2017.	295
Др Весна СИМОВИЋ ЗВИЦЕР Престанак потребе за радом запослених	305
Др Петар АНЂЕЛКОВИЋ, Радица НЕДЕЉКОВИЋ Радно (не)право у Србији – од домаћинског ка слугарском народу	319
Марија ДРАГИЋЕВИЋ Одговорност за доспела потраживања из радног односа у случају промене послодавца	335

Александар АНТИЋ Репрезентативна бирократија и њена заступљеност у службеничком систему Србије	357
Др Момир МИЛОЈЕВИЋ Национално и међународно право у теорији и пракси	373
Др Бранко РАКИЋ, Др Урош ШУВАКОВИЋ Релативизација идеологије глобализма, мултиполарност и реактуелизација Лукићевог закључка о непостојању међународног права	399
Др Драгана ЋОРИЋ Процес законписања у Републици Србији, са посебним освртом на употребу посебног правничког језика у општим правним актима	413
Др Сава АКСИЋ Најзначајније правне теорије двадесетог века у Европи	431
ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ	
Др Марко ДИМИТРИЈЕВИЋ Утицај споразума о европском стабилизационом механизму на редефинисање принципа европског монетарног права	449
Др Сузана ДИМИЋ Фискална децентрализација у земљама сукцесорима СФРЈ	467
Данијела ПЕТРОВИЋ Економска регулација монопола	485
Стефан РАДОЈЧИЋ, Др Лука БАТУРАН Како побољшати услове за спољнотрговинску размену у подручју ЦЕФТА	501
УПУТСТВО АУТОРИМА	517

Др Иван ЂОКИЋ*

КРИВИЧНО ДЕЛО ПРЕВАРЕ

Апстракт: Иако инкриминисање преваре није сасвим криминалнополитички неспорно, ово дело има оправдано место у групи имовинских деликата, с обзиром на то да механизми грађанског права нису довољни да обезбеде потпуну заштиту нечије имовине од преварног поступања. Битна карактеристика преваре јесте обмана, тј. изазивање или учвршћивање заблуде код другог лица, лажним приказивањем или прикривањем чињеница, чиме се он наводи да нешто учини или не учини на штету своје или туђе имовине. Овде радњу којом се оштећује имовина другог лица не предузима непосредно извршилац преваре, већ обмануто лице, што је и битно мерило за разграничење преваре од других кривичних дела против имовине. На својеврстан начин учинилац овде манипулише пасивним субјектом, служећи се његовом, претходно изазваном или накнадно ојачаном, погрешном представом, наводећи га на радњу којом свесно или несвесно оштећује сопствену или туђу имовину. На субјективном плану код учиниоца је осим умишљаја неопходна и одговарајућа намера, која у зависности од унутрашње усмерености раздваја основни од лакшег облика дела. Аутор у раду анализира објективна и субјективна обележја кривичног дела преваре, указујући и на одређена важна спорна питања, с обзиром на изузетан значај разликовања једног дужничко-поверилачког односа, који остаје у границама грађанског права, и односа који стоји под претњом кривичне казне.

Кључне речи: превара, обмана, заблуда, чињенице, имовина.

1. УВОД

Према решењу из српског Кривичног законика¹ (чл. 208.) кривично дело преваре чини **ко у намери да себи или другом прибави противправну имовинску корист доведе кога лажним приказивањем или прикривањем чињеница у заблуду или га одржава у заблуди и тиме га наведе да овај**

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду
djokic@ius.bg.ac.rs

¹ Кривични законик „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр, 107/2005 – испр, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 198/2014 и 94/2016 – у даљем тексту КЗ.

на штету своје или туђе имовине нешто учини или не учини. За овај основни облик дела прописана је казна затвора у распону од шест месеци до пет година и новчана казна. Кривичним делом преваре не штити се искључиво својина или неко друго имовинско добро, већ имовина у целини.² Превара је у ствари оштећење туђе имовине обманом пасивног субјекта. Биће овог кривичног дела налази се у једном криминалнополитички напетом подручју сукобљених интереса – насупрот принципу кривичноправне заштите стоји ограничавајући принцип личне одговорности. Одустајање од бића кривичног дела преваре значило би један неподношљив подстрек ка искоришћавању лаковерних. С друге стране, постоје границе изван којих је свако одговоран за сопствену непромишљеност: Ко исувише лаковерно наседне на једну лаж, не односећи се из непромишљености брижљиво према својим поступцима,³ не заслужује ни кривичноправну заштиту.⁴ Ова је проблематика нарочито изражена у савременим условима тржишно оријентисане привреде; трговац који изричито указује на недостатке робе коју продаје врло брзо ће остати без купаца; осим тога, у основи, сваки је купац дужан да испита робу и сам мора проценити да ли ствар одговара цени коју је платио. У сваком случају, важно је правилно повући границу између довољне грађанскоправне⁵ и нужне кривичноправне заштите.

2. ОБЈЕКТИВНО БИЋЕ ПРЕВАРЕ

Радња извршења основног облика преваре састоји се у **навођењу** неког лица да нешто учини или не учини на штету своје или туђе имовине. То значи да се радњом извршења не проузрокује непосредно штета на имовини, већ се пасивни субјект наводи да он сам, чињењем или нечињењем,

² Зоран Стојановић, Наташа Делић, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 2017, 142.

³ Helmut Fuchs, Susanne Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen)*, Wien-NewYork, 2009, 150. Нпр. лице А обећа лицу Б камату од 20 процената на износ од 10 хиљада евра позајмице, коју би вратио за два месеца. *Ibid.*

⁴ Ипак, ово се може само делимично прихватити, тј. појединци су дужни да пажљиво и обазриво поступају у погледу чувања своје имовине и својих имовинских интереса, а кривичноправна заштита би била оправдана само у оним случајевима у којима се уз пажњу просечног грађанина не би могла избећи штета по имовину. З. Стојановић, Н. Делић, *op. cit.*, 142-143.

⁵ Неспорно је да искоришћавање једног преимућства у знању само по себи није кривично кажњиво (нпр. трговац продаје робу, а не каже купцу да се она на другом месту може јефтиније набавити). Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 150.

то учини на својој или туђој имовини.⁶ У погледу начина на који се навођење врши предвиђене су две могућности: довођење у заблуду неког лица, лажним приказивањем или прикривањем чињеница, или одржавање у заблуди. Заблуда је погрешна свест (представа) о неким чињеницама, што подразумева да између свести неког лица и објективне чињеничне подлоге не постоји поклапање, тј. постоји таква представа о некој чињеници која не одговара стварности.⁷ Осим погрешне свести (позитивна заблуда), заблуда постоји и у случају одсуства свести о некој стварној околности (негативна заблуда).⁸ Међутим, појам заблуде овде претпоставља једну (позитивну) погрешну слику о одређеном чињеничном стању.⁹ Стога се у заблуду не урачунава просто непознавање одређене чињенице (*ignorantia facti*). Но, и овај аргумент се може пренебрегнути, јер је незнање најчешће само једна непотпуна представа о чињеницама, па и непознавање каквог детаља у погледу чињеничног стања води ка погрешној свести о укупном чињеничном стању.¹⁰ Према томе, и непотпуна свест о неким чињеницама представља заблуду, као и случај када је лице у сумњи о (не)постојању какве чињенице.¹¹ Пошто је заблуда један психички процес обликовања воље, у њу се може довести само човек, тј. физичко лице, а не животиња или машина.¹² Код животиња или машина не може се развити погрешна представа; стога деловање на машину, укључујући и манипулисање њеним програмом не представља радњу извршења преваре.¹³

⁶ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2016, 655.

⁷ *Ibid.*

⁸ Вид. Јанко Таховић, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 1961, 345.

⁹ Код овог кривичног дела за постојање заблуде није довољно само одсуство представе о истинитој чињеници. Вид. З. Стојановић, *op. cit.*, 655.

¹⁰ Wolfgang Mitsch, *Strafrecht. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte (Kernbereich)/Teilband I*, Berlin (etc.), 2003, 452.

¹¹ Вид. З. Стојановић, *op. cit.*, 655. Заблуда постоји и када лице вероватноћу неистинитости држи за мању. Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2011, 1796.

¹² Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 152; Richard Card, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, Oxford, 2012, 486.

¹³ Т. Fischer, *op. cit.*, 1800. То је ипак могуће у садашњем енглеском кривичном праву; након реформе из 2006. год. (*Fraud Act*) за постојање кривичног дела преваре не тражи се да је пасивни субјект доведен у заблуду, већ је довољна само преварна активност, тј. лажно приказивање чињеница, прикривање чињеница или злоупотреба положаја у одговарајућој намери (да се себи или другом прибави каква корист, или да се други оштети), тако да је дело могуће учинити и деловањем на компјутер или машину, као што је примера ради убацивање лажног новчића у машину која наплаћује паркинг. R. Card, *op. cit.*, 489; Michael Jefferson, *Criminal Law*, Harlow (etc.), 2013, 608. Код нас је под одређеним условима могућа одговорност за дело из чл. 301 КЗ.

Учинио друго лице доводи у заблуду (лажним приказивањем или прикривањем чињеница), или га одржава у заблуди. У ствари, извршилац наводи друго лице на по имовину штетно чињење или нечињење **обманом**.¹⁴ Под обманом треба подразумевати свако смишљено, свесно и хотимично извртање истине у намери да се створи заблуда о извесној чињеници.¹⁵ То је најкраће речено неистинита изјава о чињеницама (фалсификовање истине), дакле једна лаж.¹⁶ Обмана треба да је таква да извршилац неко лице, као што је речено, доводи у заблуду, или га одржава у заблуди. То се најчешће чини експлицитном вербалном изјавом, али други се може обманути и одређеним понашањем, гестовима, симболима, конклюдентним радњама.¹⁷ Довођење у заблуду значи да учинилац код другог изазива заблуду, тј. ствара погрешну представу (која до тада није постојала) о неким чињеницама, на тај начин што неку постојећу чињеницу лажно приказује као другачију него што стварно јесте, или прикрива постојање неке чињенице. Тако, на пример, лажно приказивање чињеница постоји када извршилац представља као истинито нешто што уопште не постоји, тврђењем нечега што није стварно или истинито (у погледу свог имовног стања, своје солвентности),¹⁸ док се

¹⁴ Александар Стајић, *Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине*, редакција: Никола Срзентић, Београд, 1981, 512. Иако се навођење на штетну радњу врши „обманом“, што је традиционално прихваћено и у нашој пређашњој (Обмана је најбитнији и најкарактеристичнији елемент бића преваре. Михаило П. Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934, 579.) и новијој литератури (преузимањем овог појма из немачке доктрине), сама та реч (обмана/Täuschung) није употребљена у законском опису дела (исто важи и за немачко право). Обмана у ствари произлази из радње извршења и заблуде као њеног резултата. Вид. T. Fischer, *op. cit.*, 1786.

¹⁵ J. Таховић, *op. cit.*, 345.

¹⁶ W. Mitsch, *op. cit.*, 419.

¹⁷ T. Fischer, *op. cit.*, 1787; W. Mitsch, *op. cit.*, 425. При томе, за постојање обмане није неопходан неки нарочити квалитет преварног понашања; не само изузетно рафинисани начини довођења у заблуду, већ и невеште обмане испуњавају законски услов. Нпр. ко и обичним мастилом исцрта новчаницу може имати успеха у плаћању уколико на правилан начин користи пратеће околности (плаћа у мраку, помешао је лажну са правим новчаницама и сл.). Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 151.

¹⁸ Окривљена чини кривично дело преваре када лажно приказује чињеницу да помоћу „вихбути“ прашка, који наводно потиче од саи бабе из Индије, може излечити сина оштећене који болује од дијабетеса наводећи је да јој преда новац. Пресуда Округног суда у Београду Кж. 2719/02 од 7. фебруара 2003. год. и пресуда Другог општинског суда у Београду К. 1573/01 од 4. априла 2002. год. Наведено према: Илија Симић, Александар Трешњев, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје. Пета књига*, Београд, 2004, 131. Превару чини и окривљени који је оштећеном лажно приказивао чињеницу да ће му омогућити ангажман као рукометашу у рукометном клубу из Туниса и тиме га је навео да му на штету своје имовине у више наврата преда новац са потребним документима, али му ангажман није омогућио, нити му је вратио

друго лице може обманути и прикривањем (затајивањем) чињеница (на пример, своје инсолвентности, околности које укидају или умањују пословну способност, прикривање извесних мана и недостатака).¹⁹ Прикривање чињеница значи обмањивање о непостојању постојећих чињеница или прећуткивање њиховог постојања, односно њихове садржине, у случајевима кад је постојала обавеза саопштавања тих чињеница.²⁰ Разлика између лажног приказивања и прикривања чињеница лежи у томе што се у првом случају настоји да се неко лице увери у постојање неких чињеница које не постоје (или у непостојање постојећих околности),²¹ док се у другом случају настоји да се неко лице спречи да сазна одређене чињенице које постоје. У првом случају ствара се код неког лица погрешна представа да је нешто стварност што не постоји, а у другом случају се од некога прикрива стварност која постоји.²² Од довођења у заблуду треба разликовати одржавање у заблуди другог лица. Оно постоји када једно лице већ има погрешну свест о некој чињеници (својом грешком или услед радње неког трећег лица), а извршилац својим понашањем учвршћује (утврђује, подупире, подржава) већ присутну искривљену слику о објективним чињеницама, што се може остварити и конклюдентним радњама.²³ Одржавање у заблуди подразумева како спречавање или отежавање да се заблуда отклони, тако и јачање већ постојеће погрешне представе.²⁴ Оно није просто искоришћавање заблуде неког лица и треба га разликовати од таквих случајева у којима се извршилац само користи каквим непотпуним знањем другог лица о објективној подлози неког догађаја, али без предузимања радњи којима би то лице било одржавано у заблуди,²⁵ када нема преваре.²⁶

новац. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2212/06 од 18. септембра 2006. год. и пресуда Четвртог општинског суда у Београду К. 1391/05 од 17. маја 2006. год.

¹⁹ J. Таховић, *op. cit.*, 345.

²⁰ Љубиша Лазаревић, *Кривично право Југославије. Посебни део*, Београд, 1995, 651-652.

²¹ W. Mitsch, *op. cit.*, 448-449.

²² Драгољуб Р. Атанацковић, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 1981, 480-481.

²³ Нпр. зајмопримац, да би зајмодавца одржао у уверењу да је овај солвентан, галантно троши (туђ) новац пред зајмодавцем, плаћајући високе рачуне у скупим ресторанима. *Ibid.*, 481.

²⁴ З. Стојановић, Н. Делић, *op. cit.*, 143.

²⁵ Одржавање у заблуди или подржавање заблуде значи активно дејствовање на једно лице (убеђивањем напр.) управљено на задржавање лажне представе о некој ствари. J. Таховић, *op. cit.*, 345.

²⁶ Нпр. купац који препозна да продавац услед незнања (несвестан стварне вредности ствари) продаје ствар по знатно нижој цени од реалне, без секунде оклевања плаћа у готовом новцу и односи ствар. Овде нема преваре, јер купац не учвршћује заблуду продавца, већ само искоришћава његово незнање. W. Mitsch, *op. cit.*, 455.

То значи да превару није могуће учинити обичним ћутањем, јер се она по правилу може извршити само каквом активном радњом, али то не искључује могућност да се други обмане прећуткивањем, тј. неком конклюдентном радњом, или нечињењем.²⁷ Ово долази у обзир када постоји обавеза на чињење,²⁸ без обзира на конкретан извор (на пример, обавеза саопштавања извесних чињеница или својстава ствари).²⁹ Таква обавеза постоји не само у ситуацији када се она на основу пословних обичаја очекује од учесника, већ пре свега када је таква обавеза заснована на праву, тј. када постоји гарантна позиција.³⁰ Довођење или одржавање у заблуди постоји и у ситуацијама када је учинилац искористио наивност и лаковерност неког лица, тј. када му је недовољна пажња другог лица олакшала остварење преварне активности.³¹ Потребан је и узрочни однос између обмане (лажног приказивања или прикривања чињеница) и заблуде,³² тј. погрешне представе, а сходно томе и између обмане и заблуде, с једне стране, и штетног чињења или нечињења, с друге стране.³³ То, дакле, значи да мора бити утврђено да је извршилац

²⁷ Ћутање само по себи може бити обмана само ако му се може приписати вредност изјаве. И судска пракса и владајуће схватање у науци прихватају могућност обмане и нечињењем. Т. Fischer, *op. cit.*, 1786.

²⁸ Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 152.

²⁹ Ј. Таховић, *op. cit.*, 345.

³⁰ W. Mitsch, *op. cit.*, 425; З. Стојановић, *op. cit.*, 655. Гарантна обавеза може бити установљена законом, уговором, или претходним опасним чињењем (ингеренција). W. Mitsch, *op. cit.*, 428-431. Вид. Nicola Haralambous, *Criminal Law. Directions*, Oxford, 2010, 257; R. Card, *op. cit.*, 493.

³¹ З. Стојановић, *op. cit.*, 655.

³² Љубиша Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006, 585.

³³ Ј. Таховић, *op. cit.*, 345. С обзиром на то да се превара може учинити и одржавањем у заблуди неког лица, може бити спорно у чему се у том случају састоји узрочна веза. Пошто одржавање у заблуди не може да се изједначи са обичним искоришћавањем заблуде у којој се неко лице налази, каузалну везу треба тражити управо између постојеће заблуде и њеног (по правилу активног) подржавања од стране извршиоца. *Ibid.*, 345-346. Постојање каузалне везе се доводи у питање и код обмана услед просјачења и каквих донација, уколико се новац (или друга ствар) не искористи за претпостављену или изричито наведену сврху. Нпр. лице А да просјаку неколико стотина динара да овај на основу своје изјаве купи себи нешто за јело. У ствари, просјак, на огорчење лица А, искористи новац за куповину алкохолног пића и цигарета. Треба ли просјака казнити за превару? Или, лице А донира одређени новац организацији која се бави заштитом и помоћи деци без дома, али у стварности председник те организације потроши даровани новац за себе. У овом другом случају је пресудна сврха у коју даровани новац треба да буде уложен. Иако једна гола заблуда о мотиву сама по себи принципијелно не заснива кажњивост, део литературе и праксе овакве случајеве подводи под биће кривичног дела преваре. У првом случају је другачије, поклон лица А од користи је управо особи којој он ствар без противуслуге уступа, тако да нема преваре,

лажним приказивањем или прикривањем чињеница довео друго лице у заблуду или га је у заблуди одржао, као што је неопходно да је управо услед заблуде друго лице наведено на какво чињење или нечињење на штету своје или туђе имовине (радња управљена на превару мора бити узрок заблуде, а заблуда мора бити узрок оштећења имовине).³⁴

Заблуда се код кривичног дела преваре односи само на **чињенице**,³⁵ које треба да су подесне да наведу друго лице на чињење или пропуштање неке радње.³⁶ Вредносни судови и изражавање мишљења, код којих изјава садржи само једну унутрашњу субјективну процену лишenu практичне проверљивости, су ирелевантни за радњу извршења преваре,³⁷ иако је у појединим случајевима тешко разграничити релевантна чињенична тврђења од ирелевантних вредносних судова,³⁸ јер се по правилу у једном вредносном суду крије у позадини неко чињенично језгро.³⁹ Другим речима, обмана другог не може бити извршена изражавањем наде или веровања у могућност наступања или постојања неких чињеница. Обмана постоји само онда ако се она односи на чињенице, а не на мишљење и веровање.⁴⁰ Чињенице могу бити и из субјективне сфере, уколико се рационално могу утврђивати,⁴¹ као што је, на пример, постојање спремности и воље да се испуни уговорна

без обзира на то на шта ће просјак потрошити новац. Вид. Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 155-156; Т. Fischer, *op. cit.*, 1799.

³⁴ А. Стајић, *op. cit.*, 513.

³⁵ Чињенице су докази каквих приступачних и конкретних, спољних или унутрашњих, садашњих или прошлих догађаја или процеса. W. Mitsch, *op. cit.*, 419-420.

³⁶ А. Стајић, *op. cit.*, 512. Нпр. учинилац код пасивног субјекта ствара погрешну представу да је безвредни прстен у ствари дијамантски. R. Card, *op. cit.*, 488.

³⁷ Т. Fischer, *op. cit.*, 1784.

³⁸ Нпр. неко продаје робу „најбољег квалитета“. Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 152.

³⁹ З. Стојановић, *op. cit.*, 656; W. Mitsch, *op. cit.*, 420. Опште (похвалне) фразе или рекламне поруке по себи не садрже лажно приказане чињенице. Т. Fischer, *op. cit.*, 1784. У енглеској литератури се наводи да се лажно приказаном чињеницом (с обзиром на законску дефиницију) може сматрати и „улепшавање“ особина неког предмета од стране продавца (тврдња продавца половних аутомобила да је возило увек било добро одржавано), али да иако се тиме остварују објективна обележја преваре (*actus reus*), ипак то не значи увек и постојање одговорности, због потешкоћа у доказивању субјективног (*mens rea*) елемента. R. Card, *op. cit.*, 489-490. Потешкоће разграничења између чињеничних тврдњи и вредносних судова постоје и код одређених прогноза, нарочито у погледу будућих развоја цена, стања на тржишту итд, које по правилу садрже чињеничне изјаве. Овде је пресудно да ли та прогноза полази од тврдње о садашњим стварним околностима као условима њиховог наступања (онда чињеница) или су она гола мишљења и не заснивају се на неком реално присутном супстрату (тада вредносни суд). Т. Fischer, *op. cit.*, 1784-1785.

⁴⁰ Ј. Таховић, *op. cit.*, 345.

⁴¹ R. Card, *op. cit.*, 488.

обавеза.⁴² Од значаја је да ли је реч о околностима чије (не)постојање може бити утврђивано.⁴³ Владајући је став да у сферу релевантних чињеница спадају само садашњи или прошли догађаји, процеси или услови.⁴⁴ Чињеница је такође и тобожњи догађај, ако му је својствена објективна утврдивост и извесност. Пошто су чињеничне тврдње изјаве о стварности, будући догађаји не сматрају се чињеницама.⁴⁵ „Будућа чињеница“ према једном ставу представља *contradictio in adiecto* (једнако је примера ради рећи будућа чињеница и четвороугаони круг). Исказима о будућим догађајима није инхерентан какав садржај на основу кога би се могла испитати њихова истинитост. Они припадају царству нагађања (спекулација).⁴⁶

Свест о пословном ризику, тј. прихватање могућности једне стране која учествује у неком правном или другом послу од наступања штете по сопствену имовину не искључује заблуду и евентуално постојање радње извршења. Прихватање пословног ризика по правилу не искључује могућност да пасивни субјект буде доведен или одржаван у заблуди. Тиме што неко прихвата могућност да пословни партнер неће моћи да испуни своје уговорне обавезе, не прихвата самим тим и то да буде преварен, односно да је умишљај другог лица од самог почетка био управљен на то да не испуни своју обавезу.⁴⁷

Довођење у заблуду или одржавање у заблуди треба да је управљено на навођење лица на чињење или нечињење на штету своје или туђе имовине. **Објект заштите** је имовина у целини, тј. свеукупност имовинских

⁴² З. Стојановић, *op. cit.*, 656. Упор. А. Стајић, *op. cit.*, 512; Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 151. Нпр. гост једног ресторана и пре него што је наручио јело и пиће има намеру да домаћину не плати рачун. Он својим понашањем обмањује особље и исказује спремност која у њему реално није присутна. W. Mitsch, *op. cit.*, 421.

⁴³ М. П. Чубински, *op. cit.*, 580. Централна обележја обмане су стога појмови „истина“ и „лаж“. Но, ако се чињеница схвата као нешто стварно постојеће, део реалног света, не може се говорити о истинитим или лажним чињеницама. Оне могу да постоје или да не постоје. Истинит или лажан може бити само исказ о чињеницама. W. Mitsch, *op. cit.*, 423.

⁴⁴ Т. Fischer, *op. cit.*, 1784.

⁴⁵ Додуше, навођење каквог садашњег услова као претпоставке за један будући догађај (нпр. шанса, вероватноћа) сматра се чињеничном тврдњом. *Ibid.*

⁴⁶ W. Mitsch, *op. cit.*, 422. Стога криво закључује Стајић да се лажно могу приказати не само садашње чињенице или чињенице које су раније постојале, већ и будуће чињенице, будући догађаји, навођењем примера који не представља никакву „будућу чињеницу“ (нпр. извршилац преваре преузима обавезу да ће за наплаћени износ уоквирити слике у својој стаклорезачкој радњи, а он нити је стаклорезац нити поседује радионицу), већ само једну садашњу чињеницу, тј. неспремност да се испуни уговорна обавеза. Вид. А. Стајић, *op. cit.*, 512.

⁴⁷ З. Стојановић, *op. cit.*, 656.

права неког лица.⁴⁸ Према томе, **последница** се код кривичног дела преваре састоји у имовинској штети која је непосредно проузрокована радњом обманутог лица, а посредно радњом извршиоца преваре.⁴⁹ Та штета на имовини треба заиста и да наступи,⁵⁰ није довољно њено угрожавање.⁵¹ Тако, неће постојати превара ако је једно лице наведено на чињење или нечињење обманом али оно и поред тога није имовински оштећено (нпр. наведено је да купи робу лошег квалитета под видом робе доброг квалитета, али по цени која стварно одговара за такву робу).⁵² Под појам штете се подводи свако умањење имовине (смањење активе или повећање пасиве). Према преовлађујућем мерилу, треба упоредити вредност имовине пре и после предузимања радње обманутог.⁵³ Имовинска штета постоји уколико је друга вредност мања од прве.⁵⁴ То значи да неће сваки губитак одређеног имовинског добра значити и имовинску штету. Такве штете нема уколико је губитак једног имовинског добра компензован стицањем другог, барем једнако вредног, имовинског добра.⁵⁵ Ту је пресудна објективна вредност ствари или другог добра; нарочита склоност (афекциона вредност) коју неко лице има према одређеном предмету није од значаја. Умањење имовине само по себи није исто што и ненаступање увећања имовине. Иако би могло бити спорно да ли се и евентуално спречавање увећања нечије имовине може сматрати имовинском штетом, преовлађујуће учење полази од тога да је имовинска штета у смислу кривичног дела преваре стварно умањење

⁴⁸ Љ. Лазаревић (2006), *op. cit.*, 586.

⁴⁹ А. Стајић, *op. cit.*, 513. У енглеском кривичном праву превара је након реформе и закона из 2006. год. делатносно кривично дело, тј. за разлику од ранијег права, не тражи се наступање штете за довршено кривично дело, већ само предузимање једне од три алтернативно предвиђене радње извршења у одговарајућој намери. R. Card, *op. cit.*, 487; Jonathan Herring, *Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 2013, 235.

⁵⁰ Вид. Метод Доленц, *Тумач Кривичног законика Краљевине Југославије*, Загреб, 1930, 426.

⁵¹ З. Стојановић, *op. cit.*, 656.

⁵² Ј. Таховић, *op. cit.*, 346; Д. Р. Атанацковић, *op. cit.*, 482. Или учинилац прода другом лицу коришћени аутомобил, коме је смањио број пређених километара. Купац управо сматра да због пређене километраже улаже у добар аутомобил. Иако је купац неспорно обманут о стварно пређеним километрима моторног возила, неће постојати превара уколико је купац платио цену која одговара стварно пређеном путу, јер не постоји оштећење његове имовине. Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 154.

⁵³ W. Mitsch, *op. cit.*, 479.

⁵⁴ Спорни су случајеви, и отвара се питање постојања стварне штете, онда када ствар додуше има неку објективну вредност, али је за пасивног субјекта та ствар постала неупотребљива. Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 155.

⁵⁵ W. Mitsch, *op. cit.*, 479. Нпр. лице А обманом наведе лице Б да му прода слику за 1.000 евра, а ни продавац ни купац нису знали да то уље на платну вреди 20.000 евра. *Ibid.*, 480.

имовинске вредности која је постојала пре извршења дела, а не и осујећење једног очекиваног увећања имовине. Превара штити само од „осиромашења“ („Ärmerwerden“).⁵⁶ Само штетно понашање се може састојати у активној радњи, чињењу или пасивном понашању, тј. нечињењу. Та радња, нарочито када се ради о нечињењу, може бити и несвесна у погледу свог дејства, тј. није нужно да пасивни субјект има свест о томе да оштећује своју или туђу имовину.⁵⁷ Тако се и у нашој литератури заузима став да и поред тога што је пасивни субјект наведен обманом на чињење или нечињење, да је он свестан својих поступака, само што је био доведен у заблуду о значају својих поступака. Према овом схватању, нема преваре уколико је лице неурачунљиво или из неких других разлога није способно за свесно и вољно делање. Тада би могло да постоји неко друго кривично дело.⁵⁸

Одређени проблеми постоје и на плану одређивања појма **имовине**. Најопштија дефиниција имовине гласи: имовина је свеукупност материјалних добара која припадају неком лицу.⁵⁹ Материјално је оно добро које има одређену економску вредност.⁶⁰ На овом месту је спорно да ли тако схваћен појам имовине обухвата целокупност имовинских добара у економском смислу, тј. чак и ону имовину која је прибављена противправним (кривичним) делом, или је тако широко схваћен појам имовине потребно кориговати одређеним нормативним критеријумима. У нашој литератури, а и у делу стране теорије, владајући је економски појам имовине (*Wirtschaftlicher Vermögensbegriff*)⁶¹ према коме се под појам имовине подводи не само укупност законито стечених материјалних добара, већ и фактичка могућност располагања добрима до којих је неко дошао противправном радњом.⁶² С обзиром на то да је за економски појам имовине

⁵⁶ *Ibid*, 481. Штета подразумева ефективан губитак имовинске супстанце. Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 154. У складу са тим, и у нашој литератури постоји схватање да се изгубљена добит, која у грађанском праву представља штету, не може укључити у појам кривичног дела преваре због одсуства стварне штете. Вид. А. Стајић, *op. cit.*, 513. Супротно сматра Лазаревић. Упор. Љ. Лазаревић (2006), *op. cit.*, 587.

⁵⁷ Т. Fischer, *op. cit.*, 1802. Нпр. секретарица која је добила отказ обмањује дотадашњег послодавца адвоката о крајњем року за благовремено подношење тужбе у корист свог клијента који има потраживање према свом дужнику, тако да други буде оштећен нечињењем обманутог. W. Mitsch, *op. cit.*, 458-459.

⁵⁸ Ј. Таховић, *op. cit.*, 346.

⁵⁹ W. Mitsch, *op. cit.*, 469.

⁶⁰ Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 153; W. Mitsch, *op. cit.*, 471.

⁶¹ Имовина није правни појам, већ економска категорија. Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 153.

⁶² Ј. Таховић, *op. cit.*, 346. Постоји додуше и у нашој литератури схватање према којем се не може преварити неко ко је обманом наведен на неко чињење или нечињење али је на тај начин оштетио имовину до које је дошао противправним понашањем, нпр. кривичним делом. Ипак је ово схватање усамљено, јер владајући став полази од тога да

пресудна фактичка могућност располагања добрима као одлучујући критеријум, у појам имовине улазе и добра која су прибављена на правно недопуштен начин. Тако ће се сматрати жртвом преваре нпр. трговац дрогом који продаје хероин другом лицу, које му заузврат предаје лажне новчанице. Ипак, овакво решење није задовољавајуће, јер дилер дроге губи нешто што није смео имати у поседу, јер правни поредак то не толерише.⁶³ Због тога је у последње време у странијој литератури напуштен чисто економски појам имовине, и претежни део доктрине препознаје неопходност извесне нормативне коректуре на тај начин схваћеног појма, тако да он у ствари постаје један економско-правни појам имовине (*ökonomisch-juristischer Vermögensbegriff*).⁶⁴ Ту се полази од имовине као економске категорије, али је тај појам у извесној мери ограничен нормативним критеријумом, тј. у његов појам улазе само добра која уживају правну заштиту. Стога се у горе наведеном примеру не може радити о превари као кривичном делу, јер опојна дрога не представља добро које на тај начин ужива правну заштиту, тако да трговац дроге није имовински оштећен.⁶⁵

У погледу тренутка остварења објективног бића кривичног дела преваре, наступање имовинске штете је увек његово последње остварено обележје. Објективно биће је у потпуности остварено наступањем имовинске штете. Уколико је навођење другог обманом успело, тј. други је наведен да нешто учини или не учини, али не наступи штета по његову или туђу имовину радиће се о покушају,⁶⁶ који је с обзиром на прописану казну и општу одредбу (чл. 30 КЗ) кажњив.

Када је реч о **пасивном субјекту** то може бити лице које се наводи на одређено чињење или нечињење, што је типична констелација која укључује два лица, учиниоца и жртву, али то може бити и друго лице, уколико је тим чињењем или нечињењем оштећена туђа имовина, када није исто лице и обмануто и оштећено.⁶⁷ Пасивни субјект је дакле пре свега лице које се доводи у заблуду, али ово дело може имати и тзв. споредног или посредног

је објект заштите код овог кривичног дела свака имовина у економском смислу, у коју као што је речено спада и фактичка могућност располагања стварима прибављеним на противправан начин. Стога, према овом схватању и примера ради крадљивац може бити преварен у погледу украдених ствари. Ово је схватање у складу са владајућим становиштем да се и крадљивцу може украсти ствар коју је он претходно украо. А. Стајић, *op. cit.*, 513-514.

⁶³ W. Mitsch, *op. cit.*, 469-470.

⁶⁴ T. Fischer, *op. cit.*, 1806.

⁶⁵ W. Mitsch, *op. cit.*, 470-471. Слично је у дејству и схватање одређених аутора о тзв. персоналном појму имовине (*personale Vermögensbegriff*). *Ibid.*, 471.

⁶⁶ *Ibid.*, 495.

⁶⁷ А. Стајић, *op. cit.*, 514. Могуће је нпр. да обманути поступа као пуномоћник другог лица и својом радњом оштети имовину тог лица. *Ibid.*

пасивног субјекта, односно у тој улози се може појавити и лице (правно или физичко) на штету чије имовине је (главни) пасивни субјект, тј. оно лице које је доведено или одржавано у заблуди нешто учинило или пропустило да учини.⁶⁸ У случају када обмануто лице није и непосредно оштећено, већ оно нешто предузима на штету туђе имовине (када читав однос укључује три лица, *Dreiecksbetrug*), услов који се у страној литератури и пракси једнодушно захтева је блиска повезаност (*Nähebeziehung*) између обманутог и оштећеног. Једино ближе прецизирање услова такве повезаности изазива одређене потешкоће.⁶⁹ Јасно је да обична фактичка могућност обманутог да има захват у туђе имовинске интересе и могућност да на штету туђе имовине предузме одређену радњу није задовољавајући критеријум. Често се захтева таква позиција која је повезана са задатком заступања имовинских интереса другог лица (*Lagertheorie*). Обманути мора бити у таквој позицији пре извршења кривичног дела.⁷⁰

Иако није спорно да и правно лице може бити пасивни субјект,⁷¹ и оштећено преварном радњом извршиоца, у заблуду се доводи (или у њој одржава) само физичко, а не и правно лице.

Као посебна појавна форма преваре у којој обманути није непосредно оштећен, већ неко друго лице, у немачкој литератури наводи се тзв. процесна превара (*Prozessbetrug*) када учинилац обмањује државни орган,⁷² најчешће судију и тако испровоцира доношење једне формалне одлуке која је на штету туђе имовине (оштећена може бити и држава). Нпр. лице А тужи лице Б за невраћени дуг. У поступку пред судом Б тврди да је позајмљени новац у потпуности вратио зајмодавцу А. Он подноси и лажну признаницу да је дуг враћен, а при томе и сведок Ц свесно говорећи неистину обмане суд да је присуствовао чину враћања дуга. Судија поверује сведоку и признаницу сматра за праву, те одбије тужбени захтев лица А.⁷³ Овде владајуће схватање (*Lagertheorie*) није прикладно да објасни основ одговорности, јер судија мора бити неутралан и непристрасан, те не може од самог старта бити искључиво на једној страни, тј. не постоји блиска веза између обманутог и оштећеног која би оправдала ову специфичну конструкцију. Решење нуди једно другачије схватање (*Befugnistheorie*) које полази од тога да је судија захваљујући својој служби и положају овлашћен на одређене процесне радње које могу непосредно утицати на права и овлашћења (имовину) странака у

⁶⁸ З. Стојановић, *op. cit.*, 656.

⁶⁹ W. Mitsch, *op. cit.*, 462-463.

⁷⁰ *Ibid.*, 463.

⁷¹ У том случају у заблуду се доводи физичко лице у правном лицу. З. Стојановић, *op. cit.*, 655-656.

⁷² T. Fischer, *op. cit.*, 1794; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 152.

⁷³ W. Mitsch, *op. cit.*, 466-467.

поступку, што се од њих и мора прихватити. Такво овлашћење, које подразумева захват у туђу имовину начелно једнако стоји и према тужиоцу и према туженом.⁷⁴

3. СУБЈЕКТИВНО БИЋЕ ПРЕВАРЕ

Поред умишљаја,⁷⁵ **субјективни елемент** бића кривичног дела преваре чини и **намера** да се себи или другом прибави противправна имовинска корист. Утврђивање те намере је у пракси скопчано са одређеним потешкоћама, с обзиром на то да се у пословању јављају ситуације у погледу објективних обележја сличне превари, али где се без ове намере може радити само о односу између дужника и повериоца, што се решава у оквиру грађанског права.⁷⁶ Намера се по правилу уврђује на посредан начин, преко објективних околности, тј. на основу понашања извршиоца и свих околности под којима је радња предузета,⁷⁷ као и на основу свеукупног односа учиниоца и оштећеног пре извршења радње, као и држања учиниоца након извршеног дела.⁷⁸ Корист треба да је имовинске природе и треба да произађе из чињења или нечињења обманутог лица. Осим тога, мора се радити о противправној користи, а као таква се сматра свака корист на коју извршилац дела или друго лице нема право. Не постоји превара ако се корист појављује као оправдана (нпр. поверилац лукавством и обманом наводи дужника да му врати дуг).⁷⁹ Ова намера треба да постоји код учиниоца у време када он друго лице доводи у заблуду. У том смислу, обмана се појављује као

⁷⁴ *Ibid*, 467.

⁷⁵ Умишљај обухвата свест о томе да се други лажним приказивањем или прикривањем чињеница доводи у заблуду и на тај начин наводи да нешто учини или не учини на штету своје или туђе имовине, као и вољу учиниоца, тј. он је свестан свих објективних обележја дела и то хоће.

⁷⁶ З. Стојановић, *op. cit*, 656-657.

⁷⁷ *Ibid*, 657. Од таквог начина утврђивања намере полази и судска пракса, па закључује да иако је окривљени дао мањи износ новца оштећеном који му је предао краву и свињу, обећавши да ће му остатак новца дати у року од 30 дана, он поступа преварно, јер је касније бацио картицу свог мобилног телефона, чији је број дао оштећеном, а при томе је оштећеном дао и лажну адресу становања. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 568/04 од 15. марта 2004. год. и пресуда Општинског суда у Обреновцу К. 292/01 од 1. новембра 2002. год.

⁷⁸ У судској пракси се полази од тога да и претходна успешна пословна сарадња представља индицију да нема преварне намере. Вид. пресуду Општинског суда у Нишу К. 1786/04 и пресуду Окружног суда у Нишу Кж. 1271/09.

⁷⁹ J. Таховић, *op. cit*, 347; T. Fischer, *op. cit*, 1832-1833.

средство за реализовање ове намере.⁸⁰ Но, није искључено да један у почетку дужичко-поверилачки однос доцније преварним поступањем извршиоца прерасте у кривично дело преваре, уколико извршилац поступа у намери да довођењем у заблуду или одржавањем у заблуди пасивног субјекта себи или другом прибави противправну имовинску корист.⁸¹ Дело је (формално) довршено (*Vollendung*) остварењем објективног бића уз постојање умишљаја и наведене намере, тј. није потребно да је противправна имовинска корист заиста и прибављена.⁸² Остварењем ове намере дело се сматра и материјално довршеним (*Beendigung*).⁸³

4. ПРИВИЛЕГОВАНИ И КВАЛИФИКОВАНИ ОБЛИЦИ ПРЕВАРЕ

Кривично дело преваре има и **лакши облик**, који се од основног облика разликује само у погледу намере као субјективног обележја. Овде привилегујућу околност представља намера да се други оштети. Учиниоца дакле поступа без намере да себи или другом прибави противправну имовинску корист.⁸⁴

Тежи облик се од основног облика разликује по висини прибављене имовинске користи или нанесене штете. Уколико је преваром прибављена имовинска корист или је нанета штета у износу преко четиристо педесет хиљада динара учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година и новчаном казном. **Најтежи облик** постоји ако је преваром прибављена имовинска корист или је нанета штета у износу преко милион и петсто хиљада динара. За најтежи облик је прописана казна затвора у распону од две до десет година и новчана казна.

⁸⁰ Љ. Лазаревић (2006), *op. cit.*, 586-587. То значи да нема преваре ако нпр. купац робе на кредит тек накнадно одлучи да кредит не исплати и да тако оствари противправну имовинску корист. А. Стајић, *op. cit.*, 514.

⁸¹ З. Стојановић, *op. cit.*, 657. Тако је у једном случају из праксе закључено да постоји кривично дело преваре када окривљени закључи са оштећеним уговор о изградњи, изведе мањи део грађевинских радова, а затим новац потроши и преостале грађевинске радове не доврши, а новац не врати. Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 7666/02 од 26. априла 2002. год. и пресуда Трећег општинског суда у Београду К. 133/02 од 1. марта 2002. год. Наведено према: И. Симић, А. Трешњев, *op. cit.*, 133-134.

⁸² Упор. А. Стајић, *op. cit.*, 514.

⁸³ W. Mitsch, *op. cit.*, 497.

⁸⁴ Осим овог лакшег облика у засебном члану (210) предвиђено је и ситно дело преваре, које постоји ако штета проузрокована преваром не прелази износ од пет хиљада, а учинилац је ишао за тим да прибави малу имовинску корист, односно да проузрокује малу штету. Прописана је казна затвора до шест месеци или новчана казна.

5. ОДНОС СА ДРУГИМ КРИВИЧНИМ ДЕЛИМА

Како је битна карактеристика преваре да се обманом други наводи да он сам (а не учинилац непосредно) нешто учини или не учини на штету своје или туђе имовине,⁸⁵ то је и основни критеријум за разграничење преваре од других имовинских деликата, пре свега **крађе**. Тако, не би се радило о превари, већ о крађи, уколико се извршилац послужи лукавством и лажно се представи као радник који трага за узроком квара у инсталацијама у једној згради, те замоли власника једног стана да отрчи до улице и тобоже обавести његовог колегу да је овај пронашао узрок проблема, па онда искористи прилику да неометано узме какву ствар. Пошто сам пасивни субјект није непосредно оштетио своју имовину, ради се о одузимању ствари, што је обележје крађе.⁸⁶ Као нарочито споран случај квалификовања бића, на граници између крађе и преваре, наводи се напуштање бензинске пумпе након самопослуживања без плаћања наточеног горива.⁸⁷ У страног литератури се углавном закључује да се ради о кривичном делу преваре, јер учинилац иако решен да не плати гориво и понашајући се као сваки обичан купац, пошто верује да га посматрају, обмањује запослене на пумпи. За наше право је прихватљивије овакву ситуацију посматрати као вид кривичног дела крађе (чак тешке крађе на нарочито дрзак начин).⁸⁸ Кривично дело преваре би неспорно постојало ако би радник на пумпи наточио гориво, а учинилац након тога побегао.⁸⁹

У пракси је честа ситуација када се превара врши прављењем и употребом лажне, тј. **фалсификоване исправе**. Начелно, стицај ова два кривична дела је могућ, с обзиром на то да је реч о различитим објектима

⁸⁵ Нужна је непосредна веза између радње чињења или нечињења обманутог и наступања имовинске штете; таква веза недостаје уколико обманути својим понашањем само олакшава учиниоцу или неком другом лицу да непосредно проузрокује штету. W. Mitsch, *op. cit.*, 459.

⁸⁶ Н. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *op. cit.*, 153.

⁸⁷ *Ibid.*, 157.

⁸⁸ Игор Вуковић, „О радњи одузимања код крађе (§ 203 КЗ)“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*, Београд, 2009, 51-52. Постојала би обична крађа уколико учинилац није посматран. *Ibid.*, 52.

⁸⁹ *Ibid.*, 52. То је неспорно и у нашој пракси. У једном случају суд закључује преварно поступање учиниоца који је довео у заблуду радницу оштећеног предузећа лажним приказивањем чињеница да ће јој након точења ауто гаса у путничко возило платити купопродајну цену, па је тиме навео да му пружи тражену услугу, након чега се удаљио са бензинске пумпе не плативши рачун. На тај начин у његовим радњама су остварена сва субјективна и објективна обележја кривичног дела ситне преваре из чл. 210. ст. 1. КЗ. Пресуда Општинског суда у Нишу К. 849/08 и пресуда Округног суда у Нишу Кж. 300/09.

заштите. Ипак, и у литератури преовлађује став да када се превара могла извршити једино употребом лажне исправе онда нема стицаја између фалсификовања исправе и преваре, већ постоји само превара,⁹⁰ тј. стицај је само привидан (превара својим неправом консумира фалсификовање исправе).⁹¹

Када је реч о односу преваре и **лажног представљања** у теорији и пракси постоје два схватања. Према једном решењу, ради се о два кривична дела између којих је стицај могућ, јер су другачији заштитни објекти ових деликата. Ипак, у доктрини и ранијој пракси, присутан је став да кривично дело преваре консумира неправом кривичног дела лажног представљања уколико је лажним представљањем учиниоца неко лице наведено да нешто учини или не учини на штету своје или туђе имовине, тако да је стицај само привидан. То се образлаже тиме да се лажним приказивањем чињеница, као радњом извршења преваре, сматра и лажно приказивање својства учиниоца, тј. његово лажно представљање да је војно или службено лице, тако да је реч о истој криминалној садржини.⁹²

Поред општег кривичног дела преваре из чл. 208. у КЗ су садржана и нека друга посебна кривична дела преваре.⁹³ У односу на та кривична дела преваре реч је о привидном идеалном стицају по односу специјалитета и треба узети да постоји само то друго кривично дело.

Ако је учинилац у блиском односу према пасивном субјекту (брачни друг, лице са којим учинилац живи у трајној ванбрачној заједници, сродник по крви у правој линији, брат или сестра, усвојилац или усвојеник или друго лице са којима учинилац живи у заједничком домаћинству) кривично гоњење се предузима по приватној тужби (чл. 222).

⁹⁰ Вид. З. Стојановић, *op. cit.*, 657.

⁹¹ А. Стајић, *op. cit.*, 515. Тако је закључено и у једном случају из праксе, када је учинилац преварио купца моторног возила на тај начин што је фалсификовао саобраћајну дозволу, јер је суд сматрао да се ово дело могло извршити једино прављењем и предајом лажне исправе. Вид. пресуду Апелационог суда у Новом Саду Кж. I 397/10 од 19. маја 2010. год.

⁹² А. Стајић, *op. cit.*, 515. Практика оправдано полази од тога да између кривичних дела преваре и давања мита не постоји привидни реални стицај по основу консумпције. Пресуда Апелационог суда у Београду – Посебног одељења, КжI ПоI 13/10 од 20. децембра 2010. год. и пресуда Окружног суда у Београду, Посебно одељење Кп. бр.17/06 од 3. марта 2009. год.

⁹³ Превара у обављању привредне делатности (чл. 223), рачунарска превара (чл. 301) и превара у служби (чл. 363).

Ivan ĐOKIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

CRIMINAL OFFENCE OF FRAUD

Summary

Although the criminalization of fraud is not entirely unquestionably, this offence has a justified place in the group of crimes against property, given the fact that the mechanisms of civil law are not sufficient to ensure complete protection of one's property from fraudulent behavior. An important feature of the offence of fraud is the deception, ie. causing or maintaining mistake of fact of another person, by false representation or concealment of facts, which induces the deluded person to do or not to do some act on account of her own or someone else's property. This act that damages the property of another person does not take the perpetrator of fraud directly, but deluded person, which is the essential criterion for the distinguishing the fraud from the other offences against property. In a way, the offender here manipulate a victim, using his mistake of fact, leading him to take an action that damages property. Mens rea element is the intent to acquire unlawful material gain for himself or another. The author analyzes the actus reus and the mens rea of the crime of fraud, pointing at some important issues, given the great importance of distinguishing a debtor-creditor relationship, which remains within the limits of civil law, and the relationship that is under threat of criminal penalties.

Key words: *fraud, deception, mistake of fact, facts, property.*

ЛИТЕРАТУРА

- АТАНАЦКОВИЋ Р. Драгољуб, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 1981,
- CARD Richard, *Card, Cross & Jones Criminal Law*, Oxford, 2012,
- ЧУБИНСКИ П. Михаило, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934,
- ДОЛЕНЦ Метод, *Тумач Кривичног законика Краљевине Југославије*, Загреб, 1930,
- FISCHER Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, München, 2011,
- FUCHS Helmut, REINDL-KRAUSKOPF Susanne, *Strafrecht. Besonderer Teil I. Delikte gegen den Einzelnen (Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Privatsphäre, Vermögen)*, Wien-NewYork, 2009,
- HARALAMBOUS Nicola, *Criminal Law. Directions*, Oxford, 2010,
- HERRING Jonathan, *Criminal Law*, Palgrave Macmillan, 2013,
- JEFFERSON Michael, *Criminal Law*, Harlow (etc.), 2013,
- ЛАЗАРЕВИЋ Љубиша, *Кривично право Југославије. Посебни део*, Београд, 1995,
- ЛАЗАРЕВИЋ Љубиша, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006,
- MITSCH Wolfgang, *Strafrecht. Besonderer Teil 2. Vermögensdelikte (Kernbereich)/Teilband 1*, Berlin (etc.), 2003,
- СИМИЋ Илија, ТРЕШЊЕВ Александар, *Збирка судских одлука из кривичноправне материје. Пета књига*, Београд, 2004,
- СТАЈИЋ Александар, *Коментар кривичних закона СР Србије, САП Косова и САП Војводине*, редакција: Никола Срзентић, Београд, 1981,
- СТОЈАНОВИЋ Зоран, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2016,
- СТОЈАНОВИЋ Зоран, ДЕЛИЋ Наташа, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 2017,
- ТАХОВИЋ Јанко, *Кривично право. Посебни део*, Београд, 1961,
- ВУКОВИЋ Игор, „О радњи одузимања код крађе (§ 203 КЗ)“, *Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ*, Београд, 2009.

Др Дарко ДИМОВСКИ*
Петар ПЕШИЋ*

ДОКАЗНЕ РАДЊЕ У ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ*

Апстракт: Законом о заштити конкуренције предвиђају се доказне радње које може предузети Комисија за заштиту конкуренције у поступцима које води поводом потенцијалних повреда права конкуренције. Те радње су махом преузимане из права Европске Уније у којем су оне омогућиле откривање великог броја случајева повреда права конкуренције које су резултирале изрицањем високих новчаних казни. Комисија за заштиту конкуренције све чешће користи овлашћења која јој Закон омогућава и то доводи до поступака и одлука праћених новчаним и другим „казнама“. Сагледавајући само називе ових радњи можемо увидети њихову сличност са оним које су предвиђене у ЗКП-у. Тако су у Закону о заштити конкуренције предвиђене истражне радње увиђаја, привременог одузимања ствари и исправа и друге. Закон даје овлашћење Комисији да доказне радње спроводи уз помоћ полиције. Све ово показује само неке од основних сличности између поступка који се води поводом повреда конкуренције пред Комисијом и кривичног поступка. Повреде конкуренције могу бити предмет и кривичног поступка јер чл. 232. КЗ-а предвиђа као кривично дело злоупотребу монополистичког положаја за које је предвиђена и казна затвора. Аутори су анализирали одредбе Закона о заштити конкуренције, направили поређење са доказним радњама које Европска Комисија примењује у свом раду, а на основу којих су ове радње постале део домаћег Закона и сагледали њихову примену у случајевима које је Комисија водила.

Кључне речи: *Закон о заштити конкуренције, истражне радње, повреде конкуренције, право ЕУ, право конкуренције*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу
darko@prafak.ni.ac.rs

* мастер правник

* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

1. УВОД

Закон о заштити конкуренције¹ даје Комисији овлашћења да у сврху спровођења поступака ради утврђивања да ли је дошло до повреде права конкуренције предузима одређене радње. Те радње су такође регулисане Законом о заштити конкуренције. Предвиђено је да се оне предузимају у току испитног поступка. Њихово постојање и опсег овлашћења који се на тај начин даје једној независној и самосталној организацијикаква је Комисија за заштиту конкуренције намеће питање њихове правне природе и потенцијалног конфликта са доказним радњама предвиђеним у Законику о кривичном поступку². То питање добија на значају ако се има у виду да је и даље на снази одредба у Кривичном законику која предвиђа као кривично дело злоупотребу монополистичког положаја.³ Такође, Комисија за заштиту конкуренције има право да изриче тзв. управне мере у које спадају и мере заштите конкуренције које су у својој суштини новчане казне. Пракса Комисије је таква да се изричу све већи износи мера за заштиту конкуренције и самим тим се оправдано може рећи да се њима жели постићи и генерална и специјална превенција.

Сличности међу истражним радњама у ЗЗК-у и у ЗКП-у полазе од назива. И један и други пропис предвиђају узимање изјава, вештачење, вршење увиђаја, привремено одузимање ствари. Сличности се ту не заустављају. Овлашћења која се дају органима задуженим за предузимање ових радњи се у великој мери преклапају.

2. ДОКАЗНЕ РАДЊЕ У ЗАКОНУ О ЗАШТИТИ КОНКУРЕНЦИЈЕ

Комисија за заштиту конкуренције, као орган задужен за спровођење доказних радњи, је самостална и независна организација са статусом правног лица која врши јавна овлашћења и за свој рад одговара Народној скупштини. Законом о заштити конкуренције предвиђени су Савет и Председник Комисије као органи ове институције а испитни поступак спроводи овлашћено лице из редова Стручне службе.

Доказне радње које су предвиђене у Закону су вештачење, увиђај и привремено одузимање ствари. Једна додатна доказна радња

¹ Закон о заштити конкуренције, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 51/2009 и 95/2013.

² Законик о кривичном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

³ Кривични законик, “Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

карактеристична за поступке поводом повреде права конкуренције је *секторска анализа*.

Секторска анализа се спроводи у случајевима када кретање цена или друге околности указују на могућност ограничавања, нарушавања или спречавања конкуренције. Тада Комисија може анализирати стање конкуренције у одређеној грани привреде или одређене категорије споразума у различитим гранама привреде што се назива секторском анализом.

Комисија ради спровођења ове радње може захтевати од учесника на тржишту да доставе све неопходне податке или документа и може спровести истраживања која сматра неопходним. У вршењу анализе, Комисија може да захтева од учесника на тржишту да доставе све споразуме, одлуке или обавештења у погледу усаглашених пракси. Након обављене анализе, Комисија је дужна да објави извештај, нарочито на својој интернет страни. Комисија може тражити и од трећих лица да јој достави или омогући увид тражене податке уколико основано претпоставља да се ти подаци налазе код трећих лица.

У погледу овлашћења Комисије при вршењу увиђаја, службено лице које спроводи увиђај је овлашћено да:

1) уђе и прегледа пословне просторије, возила, земљиште и друге просторије у седишту странке и осталим местима где странка или треће лице обављају пословне и друге активности;

2) изврши проверу пословних и других докумената, без обзира на начин на који се та документа чувају,

3) одузме, копира или скенира пословну документацију, а може и одузети пословну документацију и задржи је ради копирања,

4) запечатити све пословне просторије и пословна документа за време док увиђај траје,

5) узима од заступника странке или запослених усмене или писмене изјаве, као и документа о чињеницама које су предмет увиђаја, а ако је неопходна писмена изјава, овлашћено лице мора одредити датум до којег таква изјава мора бити достављена,

б) обавља остале радње у складу са циљевима поступка.

Комисија мора странци обезбедити могућност присуства увиђају, ако она то захтева. Међутим, ако је захтев усмерен на одуговлачење или отежавање поступка онда Комисија може ускратити странци могућност да присуствује увиђају иако се то изричито не наводи у Закону.

Комисија такође може предузети и радњу ненајављеног увиђаја. Ова радња се предузима изузетно, уколико постоји могућност уклањања или измене доказа који се налазе код странке или трећег лица. Врши се путем изненадне контроле просторија, односно података, исправа и ствари које се налазе на том месту, о чему се обавештава странка, односно држалац простора и ствари у тренутку извођења увиђаја и на лицу места.

Уколико Комисија приликом вршења увиђаја треба да изврши улазак у просторије странке или трећег лица, службено лице које спроводи увиђај је дужно да власнику, односно држаоцу тих просторија, предочи службену легитимацију и преда закључак о извођењу увиђаја и да захтева да му се омогући улазак у те просторије уколико је тако нешто неопходно. Уз помоћ полиције, може се спровести присиљан улазак у просторије када се власник или држалац просторије неоправдано противи спровођењу увиђаја. Комисији је дата могућност да затражи издавање одговарајуће судске наредбе уколико у току увиђаја утврди да је потребно спровести увиђај у стану или другој просторији која има исту, сличну или повезану намену а власник односно држалац те просторије се томе успротиви. У овом случају Закон прописује да је Председник Комисије тај који тражи, без одлагања, издавање судске наредбе. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог пуномоћника присуствује увиђају уз још два пунолетна сведока. Ако држалац или његов пуномоћник нису присутни, за обављање увиђаја довољно је присуство два пунолетна сведока.

Комисија је Законом овлашћена да предузима и радњу привременог одузимања исправе и ствари. Ова радња се предузима у случајевима када се приликом увиђаја пронађу ствари, односно исправе које садрже податке или друге ствари или друге ствари од значаја за одлучивање у поступку. Одузимање ствари или исправе се врши најдуже до краја поступка. Службено лице које спроводи увиђај, односно поступак доноси закључак о привременом одузимању исправе, односно ствари као и о њиховом враћању.

Комисија има и овлашћење да наложи престанак вршења одређених радњи или примене акта, односно обавезу предузимања радњи којима се спречавају или отклањају њихове штетне последице у случајевима када постоји опасност од наступања ненадокнадиве штете за лица на која се непосредно односе радње или акти који су предмет поступка. Овде се ради о одређивању привремених мера. Закључак доноси председник Комисије, а у поступку по жалби надлежан за одлучивање је Савет. Привремене мере које се на овај начин одређују могу трајати до доношења решења у том поступку.

3. ДОКАЗНЕ РАДЊЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Чланом 105. Уговора о функционисању ЕУ⁴ предвиђено је да је Комисија та која треба да осигура примену чл. 101. и 102. УоФЕУ. Истим

⁴ Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the

чланом, Комисији је дата надлежност да реагује у случају повреде права конкуренције. Поред Комисије, важну улогу играју и органи држава чланица који се баве заштитом права конкуренције. Сви они чине Европску мрежу за заштиту права конкуренције⁵.

Поступак се може покренути и пријавом од стране привредних субјеката, других правних или физичких лица или чак држава чланица.⁶ Покретање поступка се објављује на интернет страници Комисије као и у изјави за медије, осим када би то могло нанети штету истрази. Пре објављивања, обавештавају се привредни субјекти против којих се покреће поступак како би могли правовремено да реагују, пре свега према својим акционарима и медијима. Савет је, на основу овлашћења добијеног чланом 103. УоФЕУ, донео Регулативу⁷ којом је предвидео начине имплементације ова два члана.

У поменутој Регулативи важни су чланови преамбуле којима су регулисана бројна питања и појашњена овлашћења. Рециталом 5. Регулативе предвиђено је да је терет доказивања на ономе ко тврди да је дошло до повреде права конкуренције, а доказивање одбране на ономе који је износи. Али притом је одређено једно ограничење. Наиме, ово правило неће утицати на примену националног права у погледу терета доказивања, као ни на процедуре за прибављање доказа, под условом да су правила националног права у складу с општом политиком Уније. Рециталом 11. Регулативе, Комисији се даје могућност да донесе привремене мере уз навођење да је то Европски суд правде такође препознао. Истовремено се даје могућност да Комисија утврди повреде права конкуренције и без изрицања казне. Преамбулом се успостављају и оквири сарадње Комисије, као органа Уније који се стара о поштовању права конкуренције и органа држава чланица. Предвиђа се консултовање, размена информација, доказа и друго што може помоћи у ефикасној борби са онима који нарушавају право конкуренције. Такође, Комисија може поступање у одређеном случају препустити националним органима држава чланица уколико сматра је то целесходније.⁸ Комисији се дају шира овлашћења у поступку прикупљања

Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 - Tables of equivalences, *Official Journal* C 326 , 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

⁵ European Competition Network, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/>, приступ 27.03.2017. године.

⁶ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU OJ C 308, 20.10.2011, 6-32.

⁷ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1, 1-25.

⁸ Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU Text with EEA relevance, OJ C 308, 20.10.2011, 6–32.

доказа. Предвиђена је могућност да Комисија запечати просторије као и да пословне податке тражи и у приватним просторијама, под условом добијања судског налога. Дата је могућност изрицања пенала за непоштовање процесних правила. Европском Суду Правде дата је надлежност контроле и ревизије над одлукама Комисије у овој области. Комисији је дата могућност давања неформалних мишљења нарочито у погледу иновативних пословних пракси. Комисији је дато у надлежност да изриче привремене мере на основу тзв. „prima facie“ доказа којим се доказује да постоји хитност и опасност од знатне и ненадокнадиве штете за конкуренцију. Привремене мере су временски ограничене али након истека времена за које су одређене могуће је продужити њихово дејство.

Поменути рецитали Преамбуле врло детаљно прописују разлоге за доношење Регулативе као и промене које она доноси. Све је учињено без компликованих израза, тако да се и лаици могу лако снаћи у овим правилима што свакако подиже ниво правне сигурности.

Комисија може покренути испитивање да ли постоји повреда конкуренције уколико на то указују трендови трговине између неких држава чланица, ригидност цена или друге околности. Приликом испитивања може затражити да јој буду достављени одређени документи или споразуми које сматра неопходним за доношење одлуке. О резултатима испитивања Комисија може објавити извештај.

Информације се од привредних субјеката могу затражити захтевом или одлуком. У оба случаја се мора навести:

- а) правни основ,
- б) информације које се траже,
- в) временски оквир у којем се информације требају доставити,
- г) казне за непоступање.

Ове одлуке могу бити предмет провере од стране ЕСП-а. Они од којих се захтевају информације дужни су да те информације и доставе. Уколико се информације не доставе Комисији, или се доставе лажне или обмањујуће информације Комисија може изрећи новчану казну у висини до 1% годишњих прихода привредног субјекта коме се казна изриче. Може се изрећи и дневна казна у висини до 5% дневног обрта како би се приморали привредни субјекти на пружање информација. У прибављању информација се може затражити помоћ држава чланица, односно њихових надлежних органа. Адресат захтева може одбити да пружи информације позивајући се на право да се не инкриминише које је развијено у пракси Европског Суда Правде.⁹ Тим правом адресат одбија да достави информације које сматра да би могле да га инкриминишу. Адресат може нагласити и да су информације

⁹ Case C-301/04 P Commission v SGL, [2006] ECR I-5915.

поверљиве. Такође, могу се користити подаци који су добијени од стране националних власти других држава чланица. Овакво решење је критиковано у теорији, највише због тога што се сматра да се на овај начин „прави ерозија фундаменталних права“.¹⁰ Мада, има и другачијих мишљења. Вилс наводи да једина забринутост може бити око статуса тзв. „правника из куће“ односно правног тима запосленог у компанији против које се води поступак и приватности информација која се њима саопштавају.¹¹ Међутим, да би заиста Комисија дошла до потребних информација она мора показати са стандардом „разумне прецизности вероватноћу да ће те информације помоћи да ли је заиста дошло до повреде права конкуренције“¹². У пресуди у случају Оркем је створено правило које предвиђа да Комисија не сме користити своја овлашћења да присили привредне субјекте и појединце да признају да су прекршили чл. 101. или чл. 102. УоФЕУ.¹³

Комисија такође може узимати изјаве од физичких лица и представника правних лица али само уколико се та лица сагласе са тим. Ове изјаве се могу снимати у било којој форми, уз претходно обавештавање лица од кога се исте узимају.

У Регулативи је предвиђено и да Комисија може захтевати од надлежних органа држава чланица да предузимају одређене активности као и да јој помажу у спровођењу истрага. Такође је дата могућност националним властима да сами, или на захтев надлежних органа друге државе чланице, иницирају поступак ради утврђивања да ли је дошло до повреде члана 101. или члана 102. УоФЕУ.

Важно је напоменути да у праву ЕУ егзистирају одређене процедуралне гаранције које се користе у поступцима поводом повреде права конкуренције. Те гаранције садржане су у Повељи о фундаменталним правима и у највећој мери су компатибилне са Европском Конвенцијом о Људским Правима и Основним Слободама. С обзиром да је ЕКЉП у примени у Србији, тим гаранцијама се могу служити и правна и физичка лица у

¹⁰ M. Araujo, „The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities“, in B. E. Hawk (ed.) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Juris Publishing, 2005, 511-531, 528, 530.

¹¹ W. P. J. Wills, „EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights“, *World Competition*, No. 2, Vol. 34.

¹² Opinion of Advocate General Jacobs, 15 December 1993 у: Case C-36/92 PSEPVCommission [1994] ECR I-1914 (изричито наведено од стране Европског Суда Правде у пресуди од 19 маја 1994. године у истом случају, [1994] ECR I-1932, пар. 21), пар. 30 и 21.

¹³ Case 374/87 Orkem v Commission [1989] ECR 3343, par. 35- 40.

Србији онда када Комисија за заштиту конкуренције покрене поступак против њих.

3.1. Увиђај

Комисија може као истражну технику користити и *увиђај*. Увиђајем се може ући у просторије, земљиште или врсте транспорта које припадају привредни субјекти, могу се прегледати пословне књиге или документа без обзира на каквом се медијуму налазе које могу копирати за потребе истраге, могу запечатити просторије или конфисковати документа потребна за вођење истраге и могу постављати питања ради разјашњења чињеница или докумената.

Увиђај мора добити писану сагласност у којој ће бити наведен разлог, сврха увиђаја и казне за непотпуна документа или за нетачне или податке који доводе у заблуду од стране представника привредног субјекта који је исте давао приликом постављања питања током увиђаја. Законитост одлуке Комисије о спровођењу увиђаја може проверити само ЕСП.

Уколико постоји противљење због вршења увиђаја, органи државе чланице у којој се увиђај спроводи морају пружити помоћ како би се исти спровео.

Током увиђаја могу се постављати усмена питања ради разјашњења чињеница и одговори ће бити забележени у било којој форми. После вршења увиђаја, привредним субјектима се може дати додатно време да допуне или измене свој одговор.

Уколико постоји основана сумња да се одређена пословна документа налазе у другим просторијама, (мисли се на приватне просторије), а верује се да та документа доказују озбиљна кршења права конкуренције, у том случају Комисија може својом одлуком одредити увиђај, уз консултовање органа државе чланице у којој се исти треба спровести. Да би се увиђај спровео потребно је прибавити одобрење од националних судова државе чланице. Национални судови ће проценити да ли је одлука Комисије аутентична и да ли су ове принудне мере арбитрарне или прекомерне. Приликом оцене, национални судови ће узети у обзир озбиљност кршења права конкуренције, важност доказа који се желе прибавити, умешаност привредног субјекта у питању као и степен вероватноће да се заиста ти подаци налазе у тим просторијама. Оцену легалности поступања Комисије врши једино ЕСП, те тај аспект не оцењују национални судови.

4. ЗАКЉУЧАК

Након сагледавања на који начин су регулисане доказне радње у Закону о заштити конкуренције и у Европској Унији по чијем узору су прописи донети у Србији, можемо закључити да је тиме Комисија за заштиту конкуренције обскрбљена у довољној мери да свој циљ може ефикасно и делотворно остваривати. Несумњиво је да је Комисија у својој првој декади постојања прошла, у кратком периоду, пут од институције која је била знатно напреднија по својој функцији од схватања тржишта у јавности до институције која је својим радом заслужила да се о њој говори као о институцији која свој посао обавља професионално и уз коришћење овлашћења које има по прописима Републике Србије. Доказне радње које предузима у свом раду и резултати који су њима постигнути говоре у прилог томе да је њихово инкорпорисање у правни систем Републике Србије био избор вредан похвале. Ипак, не треба спавати на ловорикама већ треба наставити са радом на заштити права конкуренције на тржишту Републике Србије како би позитивни ефекти конкуренције могли осетити у свим гранама. Примери из Европске Уније могу бити добар пример како неке доказне радње могу бити коришћене али и које „замке“ приликом вођења испитних поступака треба избегавати и на који начин.

Постојање адекватних овлашћења који омогућавају да Комисија свој посао обавља професионално је од нарочитог значаја уколико би се покренули кривични поступци поводом кривичног дела злоупотребе монополистичког положаја, јер би се у тим поступцима могли као докази користити подаци до којих је Комисија у свом раду дошла што би у значајној мери олакшао посао тужилаштва. С обзиром на то да је Комисија та која прати и анализира стање у сфери заштите права конкуренције и да је нарочито у последњих неколико година подигла ниво свог рада преузимајући знатно активнију улогу јасно је да у случају покретања кривичних поступака за поменуто кривично дело тужилаштва требају блиско сарађивати са Комисијом ради потпуног и правилног расветљења кривичне ствари. Тиме рад Комисије може добити на још већем значају и резултати до којих она дође могу бити искоришћени и од стране тужилаштва.

Darko DIMOVSKI, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

Petar PEŠIĆ, LL.M.

EVIDENTIARY ACTIONS IN THE LAW ON PROTECTION OF COMPETITION

Summary

This Article reviewed legal framework of Republic of Serbia in the area of protection of competition, more specifically regarding investigative techniques that are in force in Serbia. When reviewing legal framework, the authors made a comparison with the EU Law which served as a model for Serbian legislators. The way investigative techniques were implemented in Serbia speaks about harmonisation procedure that the legislators followed on this occasion. Regulations of investigative techniques in the EU Law were basically copied into the law in Serbia. Although such models usually carry with itself negative consequences as the local circumstances are not taken care of, we can say that on this occasion law makers managed to achieve success in implementing these techniques in their everyday work.

Good parameters were set which can now be used to improve the standards in the protection of competition in Serbia and consequently see the benefits of competition in every area on the market. Good example in that regards can be the EU Law with which Serbian law is being harmonized.

Investigative techniques that are used by the Commission for protection of competition can prove useful in criminal proceedings in Serbia as Criminal Law of Serbia proscribes as an offence Abuse of monopoly position. Public prosecution office can find information and results which were obtained by the Commission useful and thus can help reach a decision. In such proceedings, Public prosecution should call the Commission to assist them in their efforts to see whether or not there has been an offence in certain situation.

Keywords: *Law on Competition Protection, investigative actions, competition infringement of EU law, competition law*

БИБЛИОГРАФИЈА

1. Case 374/87 Orkem v Commission [1989] ECR 3343, par. 35- 40.
2. Case C-301/04 P Commission v SGL, [2006] ECR I-5915.
3. Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU OJ C 308, 20.10.2011,
4. Commission notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU Text with EEA relevance, OJ C 308, 20.10.2011,
5. Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union - Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union - Protocols - Annexes - Declarations annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference which adopted the Treaty of Lisbon, signed on 13 December 2007 - Tables of equivalences *Official Journal C 326*, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.
6. Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty OJ L 1,.
7. European Competition Network, <http://ec.europa.eu/competition/ecn/>, приступ 27.03.2017. године.
8. M. Araujo, 'The Respect of Fundamental Rights Within the European Network of Competition Authorities', in B.E. Hawk (ed.) *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute – International Antitrust Law and Policy*, Juris Publishing, 2005,
9. Opinion of Advocate General Jacobs од 15 December 1993 у Case C-36/92 PSEP v Commission [1994] ECRI-1914 (изричито наведено од стране Европског Суда Правде у пресуди од 19 Мау 1994 у истом случају, [1994] ECRI-1932, пар. 21),
10. W. P. J. Wills, EU Antitrust Enforcement Powers and Procedural Rights and Guarantees: The Interplay between EU Law, National Law, the Charter of Fundamental Rights of the EU and the European Convention on Human Rights, *World Competition*, No. 2, Vol. 34.
11. Закон о заштити конкуренције, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 51/2009 и 95/2013.
12. Законик о кривичном поступку, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014
13. Кривични законик, “Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014.

Др Горан ЈОВАНИЋ*

МЕРЕ БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ЛЕЧЕЊА АЛКОХОЛИЧАРА И НАРКОМАНА И ПРАВО ИЗБОРА ОСУЂЕНОГ

Апстракт: Осуђени наркомани (МБН) и алкохоличари (МБА) на извршењу мере безбедности обавезног лечења у Специјалној затворској болници (СЗБ), не разликују се према квалитету и интензитету индивидуалних потреба за третманом. Посматрајући дефинисане потребе за третманом, може се констатовати да су оне готово једнако присутне код МБА и МБН. Осуђени МБА и МБН не разликују се ни према интензитету ризика рецидивизма. Уочљиво је одсуство особа са ниским степеном ризика, док је код обе категорије најчешће присутан висок степен ризика рецидивизма. Разлике се могу констатовати поводом квалитета и интензитета капацитета за промену, тако што алкохоличари чешће имају умањене капацитете, док су наркомани чешће са делимично очуваним капацитетима за промену. Упркос уоченим разликама, не спроводи се програм поступања који би задовољио принцип индивидуализације, у складу са уоченим карактеристикама МБА и МБН. Дијагностички протоколи се квалитетно спроводе, али проблем представља прерани одлазак осуђених на наставак извршења казне затвора у другу пеналну установу или отпуштање из СЗБ. Остаје премало времена за корективни рехабилитациони рад и лечење зависности. То је последица неусаглашености суда који је решењем упутио осуђеног на лечење и служби унутар затвора које искључују третманске службенике. Програми третмана се прекидају, цео Програм поступања се обуставља и свако даље праћење осуђеног бива онемогућено. Стога је често непознат исход третмана, с обзиром да се са третманом само започне, али се не оконча. Осуђени се изјашњава да не прихвата Програм поступања или не учествује фактички у његовој реализацији, тако да се обавеза лечења претвара у факултативност.

Кључне речи: *мере безбедности, зависност, осуђени, затвор, рехабилитација*

* Доцент, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Универзитет у Београду, goranjovanic@fasper.bg.ac.rs

1. ЗАВИСНОСТ, КРИМИНАЛИТЕТ И ДРУШТВЕНА РЕАКЦИЈА

Алкохолизам и наркоманија, као облици зависности, представљају значајне проблеме друштва. Последице које остављају на појединца, породицу, школу, радни амбијент и остваривање друштвених улога, делимично залазе у простор индивидуалних права. Када се те последице рефлектују на штету других појединаца, група или норми, тада се друштвена опасност увећава. Агресије, пљачке, изнуде, недозвољена трговина, неретко и убиства и многа друга понашања у вези су са болестима зависности. Још од периода Ломброза, друштво је увидело да изолација и сегрегација, без икаквог третмана, нису решења проблема, већ да се морају отклонити примарно опасна стања, која појединца или групе неминовно стављају у позицију принуде на вршење кривичних дела.

Монистички систем, заснован искључиво на казнама, инспирисан класичним схватањем казне као одмазде за извршено дело, није оправдавао оне циљеве који су се применом кривичноправне репресије желели постићи. Генерална и специјална превенција нису биле ефикасне. Инперсоналистички приступ одмеравању казне обезбеђивао је апстрактну правду. Занемарујући специфичне, биопсихичке и социјалне факторе делинкветног понашања, правда је истом казном погађала различите случајеве.¹

Један од начина реаговања на овај проблем јесте уважавање субјективитета и изрицање мере безбедности обавезног лечења наркомана, односно обавезног лечења алкохоличара. На тај начин се људи, који имају проблем са зависношћу, издвајају из социјалне средине. То је тек почетак борбе против проблема зависности од алкохола и дроге. Како истичу Бачић² и Дракић³, Франс фон Лизст заступа становиште по коме се не кажњава кривично дело, него учинилац. У том смислу, друштво настоји да отклони опасна стања присутна у личности преступника. Циљ реакције је усмерен на специјалну превенцију, стављањем лечења у први план, а потом на кажњавање и генералну превенцију. Стога суд изриче меру безбедности ОБАВЕЗНОГ лечења. Логично би се очекивало да се обавезно лечење обавезно и спроведе. Само у таквој ситуацији, након прилагођеног третмана индивидуалитету преступника са проблемом зависности може се очекивати да ће бити елиминисан онај део факторског склопа који је имао доминантну улогу у вршењу кривичних дела. Постоји општа сагласност да се изрицањем

¹ Јасмина Киурски, „Настанак и развој мера безбедности“, *Ревија за криминологију и кривично право*, Вол. 49. бр. 2-3, Београд, 2011, 526.

² Фрањо Бачић, *Кривично право – Опћи дио*, Информатор, Загреб, 1980, 67.

³ Драгиша Дракић, „О настанку мера безбедности као кривичних санкција“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2015, вол. 63, (1), 109.

и извршењем казне, која није праћена адекватним третманом, може скоро гарантовано очекивати ново вршење кривичних дела по изласку на слободу. Нарочито ако је реч о сложенијим, интензивнијим третманским потребама, уз присуство повишеног и високог ризика рецидивизма.

Добро пројектована концепција ресоцијализације, базирана је на промени понашања. Та промена треба да има трајнији карактер и да елиминира рецидивизам. Оваква концепција ресоцијализације, рехабилитације, корекције или како год је терминолошки називали, има позитивну основу. Она се огледа у хуманизацији пеналног третмана, као и у постпеналној користи за осуђеног и друштво у целини. Честа појава рецидивизма и поновног затварања, сведочи да се пројектоване концепције нису оствариле. Проблем постоји или у теоријској концепцији или у обезбеђивању предуслова за реализацију, односно у начину спровођења третмана. Критике упућене на рачун теоријских концепција, ретко уважавају чињеницу да се концепт пеналне рехабилитације, у пракси, најчешће одвијао или одвија на нивоу прокламације, без суштинског садржаја и стварног напора у правцу обезбеђивања неопходних услова.⁴

Кривични законик⁵ прописује (члан 78.) у оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 4. став 2.), да је сврха мера безбедности отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела. У члану 80. (став 4.) наводи се да се обавезно лечење наркомана, обавезно лечење алкохоличара, забрана вршења позива, делатности и дужности, забрана управљања моторним возилом, одузимање предмета и јавно објављивање пресуде, могу изрећи ако је учиниоцу изречена казна, условна осуда, судска опомена или је учинилац ослобођен од казне.

1.1. Појмовно одређење алкохолизма и наркоманије

Зашто су етиолошке специфичности нарочито изражене код алкохоличара и наркомана, који се знатно разликују од „класичних“ преступника? Одговор на ово питање могуће је дати познајући појам и суштину ових болести зависности. Оне добијају сложенију манифестацију у

⁴ Горан Јованић, „Потребе за третманом и његова реализација у пенитенцијарним условима“, У: В., Жунџић Павловић, и М., Ковачевић Лепојевић, (ур.), *Превенција и третман поремећаја понашања*, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2010, 261.

⁵ Кривични законик Републике Србије - КЗРС, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

виду додатног испољавања друштвено неодобреног понашања - вршењем кривичних дела.

Најчешће коришћена дефиниција алкохолизма, коју наводе Станковић и Беговић,⁶ дата је од стране Светске здравствене организације. По тој дефиницији „алкохоличари су особе које ексцесивно пију алкохолна пића, постајући постепено зависне од алкохола, при чему испољавају било отворене социјалне поремећаје, било манифестације које оштећују њихово телесно и душевно здравље, њихове односе са другим особама и њихово добро социјално и економско понашање, било да само испољавају предзнаке који наговештавају поремећаје таквог карактера“. Ова дефиниција наглашава три основне карактеристике алкохоличара: дуготрајно, прекомерно и неконтролисано пијење, праћено проблемима; психичку и/или физичку зависност од алкохола и здравствене (телесне и психичке) и/или социјалне (породичне, професионалне и шире социјалне) компликације.

Худолин⁷ је из практичних разлога модификовао ову дефиницију. Он наводи да споменути симптоми морају бити утврђени класичним медицинским и социјалним дијагностичким поступцима, да се не смеју само претпоставити и на темељу анамнестичких података о прекомерном пијењу, закључивати да особа болује од алкохолизма. Поповић наводи Јелинекову дефиницију алкохолизма као „сваку потребу за алкохолним пићима која проузрокује штету индивидуи или друштву, или обома“.⁸ Можда би једноставнија за разумевање била дефиниција нашег алкохолога Бранка Гачића, по којој „свако поновљено пијење, без обзира на количину и учесталост, које ствара одређене проблеме и тешкоће (здравствене и/или социјалне), знак је алкохолизма и захтева стручну помоћ“.⁹

Познавање личности алкохоличара нужен је предуслов рада на корекцији, а такође је и тема бројних истраживања. То је један од принципа на којима се заснива третман и услов за процену ризика, капацитета и потреба. У психолошком погледу, алкохоличаре одликују емоционална лабилност, инфантилност, зависност, несигурност, импулсивност, неспособност контролисања афеката, неуротичност и површна

⁶ Зоран Станковић и Дејан Беговић, *Алкохолизам од прве до последње чаше, Терапијски приручник*, Креативни центар. Београд, 2005, 11.

⁷ Владимир Худолин, „Овисност о алкохолу и други алкохолном изазвани поремећаји“ У: Д. Кецмановић, (ур) *Психијатрија*. Медицинска књига. Београд, Загреб. 1989, 1367-1451.

⁸ Војин Поповић, *Алкохолизам: епидемија нашег доба*. Друштво бихејвиоралне теорије и праксе, Ниш, 2007, 16.

⁹ З. Станковић, Д. Беговић, *op. cit.*, 11.

социјабилност.¹⁰ Међутим, не може се рећи да постоји јединствен скуп особина личности алкохоличара, већ су само неке карактеристике личности чешће у овој групацији.

Станојковић¹¹ истиче да је Светска здравствена организација дефинисала 1957. године наркоманију као стање периодичног или хроничног тровања, штетног за појединца, као и за друштво, проузрокованог понављаним узимањем природних или синтетичких дрога. То је синдром састављен из следећих симптома: неодољива жеља да се настави узимање дроге и да се дрога набави по сваку цену; постојање толеранције, услед дуготрајног узимања дроге, са тенденцијом да се доза дроге повећава; постојање психичке или физичке, или и психичке и физичке зависности; појава апстиненцијалног синдрома после наглог прекида узимања дроге; измена понашања наркомана, са свим штетним последицама по њега и по његову околину и друштво. Поремећаји понашања који најчешће настају као последица наркоманије су лажи и обмањивања; запостављање личне хигијене, школе, радних и породичних обавеза; отуђење ствари; крађа; просјачење; обијање апотека; проституисање; неовлашћена производња, прерада и продаја дрога; кријумчарење; фалсификовање рецепата.

С обзиром да се мере безбедности изричу у циљу отклањања примарног проблема зависности, уочавају се сличности између алкохоличара и наркомана у појединим сегментима. По речима Гудмена и Гилмана, наркоманија је сваки облик немедицинске употребе дрога посматран као облик индивидуалне патологије. Означена као врста маније (необузданог, присилног или суманутог понашања) употреба дрога је претворена у болест. Термин наркоманија, према ставовима наведених аутора, изведен је од појма наркотик, којим су у старијој фармаколошкој литератури означаване супстанце које имају опојна (наркотска) својства. Савремена фармакологија, међутим, средства која могу довести до наркозе сврстава под појам општи анестетици, док се као наркотици означавају искључиво дроге опијатског типа (опијум, морфијум, хероин, метадон, кодеин, петидин, итд).¹²

Драгишић-Лабаш и Милић указују да се новије поделе психоактивних супстанци заснивају на основу дејства дрога на централни нервни систем. Тако постоје дроге које снижавају ниво функционисања делова мозга или мозга у целини – депресоре централног нервног система (ЦНС): алкохол,

¹⁰ Слободанка Констатниновић-Вилић, Весна Николић-Ристановић, *Криминологија*. Центар за публикације Правног факултета у Нишу. Ниш, 2003.

¹¹ Бора Станојковић, *Социјални аспекти наркоманије младих као узрок безбедносних проблема у републици Србији*, Докторска дисертација, Универзитет у Београду, Факултет политичких наука, 2013, 38.

¹² Goodman & Gilman, *The Pharmacobiological Basis of Therapeutics*, eleventh edition, McGraw-Hill, New York, 2006.

седативи, опиоиди (морфијум, опијум, хероин, »чај од мака«) и испарљиве раствараче (лепак, бронза, бензин). Дроге које привремено убрзавају психичко функционисање су стимуланси ЦНС – амфетамини, кофеин, никотин, кокаин, ПЦП. Халуциногени мењају структуру менталног функционисања – ЛСД, мескалин, канабис, псилоцибин, МДМА („Екстази“).¹³

Исти аутори настоје да отклоне широко прихваћену заблуду, која је често и аргумент у прилог легализације дрога. Истичу да се у јавности говори о лаким и тешким дрогама, што није научно засновано. Оваква подела доводи до стварања заблуде да су неке дроге мање штетне од других. Све дроге су опасне и могу да изазову тешка оштећења физичког и психичког здравља, чак и после само једног узимања. Млади често комбинују алкохол и друге психоактивне супстанце, они воле да експериментишу, мешајући разне врсте алкохола, уз седативе, амфетамине и друге психоактивне супстанце (ПАС). Повремено пију велике количине алкохола и то брзим испијањем. Оваква злоупотреба ПАС, после кратког периода, може да доведе до тешких физичких и психичких оштећења. Закључују да су болести зависности мултифакторијалне етиопатогенезе. У факторе ризика за обољевање, убрајају индивидуалне и социјалне чиниоце.¹⁴

2. ЕТИОЛОШКА САЗНАЊА КАО ОСНОВ ПЕНАЛНОГ ТРЕТМАНА

Истраживања показују да су индивидуалне карактеристике особа које злоупотребљавају психоактивне супстанце: нижи ниво самопоштовања, нижи праг толеранције на фрустрацију, виши ниво анксиозности и слабија контрола понашања. Депресија, анксиозност, напади страха, уз зависност од психоактивних супстанци, представљају озбиљне проблеме савременог света. Страх и депресија су истакнути у великом броју истраживања као фактори који два пута повећавају ризик за злоупотребу дрога.¹⁵ Неки изражавају бојазан да је изрицање мера безбедности само „замена етикета“ јер се у законодавству повећава број мера безбедности, а остаје исти број казни. Истовремено указују да се све мање пажње посвећује процени

¹³ Слађана Драгишић-Лабаш, Милан Милић, „Болести зависности као болести друштва, породице и појединца - критика нечињења“, *Социологија*, вол. 49, бр. 1, 2007, 35.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

опасности учиниоца.¹⁶ Посебан изазов представља процена опасности учиниоца са аспекта пеналног третмана. Уколико се суд одлучи за изрицање МБА или МБН, указује се потреба да се, по пријему осуђеног у СЗБ изврши поступак опсервације. Утврђује се какве потребе, ризике и капацитете за промену поседује особа којој је изречена МБА или МБН. Резултат те процене треба да укаже стручњацима СЗБ какав програм третмана треба да понуде и спроведу са осуђеним.

У процесу програмирања третмана ваља се придржавати до сада утврђених принципа, потврђених у науци и пеналној пракси. Ефикасност програмирања може варирати у зависности од карактеристика програма, али и карактеристика преступника, који су програмом обухваћени. Ипак, истраживачи су открили да поштовање основних принципа и карактеристика ефективних програма може адекватно да програмира третманско-програмске услуге и садржаје, који ће дати позитивне резултате у смањењу рецидивизма.¹⁷ Основни принципи и карактеристике ефективних програма садржани су у неколико ставова:

1) **Програми треба да се придржавају „начела ризика“.** Код сваког преступника мора бити процењен ниво ризика од поновног вршења кривичних дела. Процена нивоа ризика је важна због повезаности нивоа ризика и интензитета програма третмана. Програми високог интензитета најефикаснији су за преступнике са високим ризиком рецидивизма. *Ризик не треба изједначавати са озбиљношћу почињеног кривичног дела. Починилац који је оцењен са највишим нивоом ризика може бити преступник који је починио кривично дело крађе. Са друге стране, са најмањим нивоом ризика може бити починилац који је извршио кривично дело убиства.* Ризик представља вероватноћу криминалног рецидива, на основу *статичких фактора* (као што је криминална прошлост) и *динамичких фактора*, који су подложни промени, ако је починилац ангажован у третману (као што су проблеми злоупотребе ПАС). Преступницима са високим нивоом ризика је неопходна *"највећа доза"* и најинтензивнији програм, усмерен ка смањењу ризика рецидивизма.¹⁸ Интензитет програма означава концентрисаност

¹⁶ Наташа Мрвић-Петровић, „Функција мера безбедности у савременом кривичном праву“, у: *Преступ и казна: де леге лата ет де леге ференда*, Л. Крон (ур.), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2014, 94.

¹⁷ Christopher T. Lowenkamp, Edward J. Latessa & Paula Smith, „Does Correctional Program Quality Really Matter? The Impact of Adhering to the Principles of Effective Intervention“, *Criminology & Public Policy*, 5(3), 575-594. http://www.uc.edu/content/dam/uc/ccjr/docs/articles/Correctional_Program_Quality.pdf, приступ: 16. јун 2014. године

¹⁸ Christopher T. Lowenkamp & Edward J. Latessa, „Increasing the Effectiveness of Correctional Programming Through the Risk Principle: Identifying Offenders for Residential

програма и његових садржаја, време реализовања и неопходно време учествовања преступника.¹⁹

2) **Програми треба да буду усмерени ка идентификованим криминогеним потребама преступника.** Криминогене потребе представљају проблеме или услове услед којих је преступницима потребна помоћ. Позитивне промене на нивоу проблема, услова или стања могу довести до позитивних промена у вероватноћи поновног вршења кривичних дела. Такве потребе идентификоване у литератури су: антисоцијални ставови, ниска самоконтрола, злоупотреба супстанци, дисфункционално породично окружење, проблеми запошљавања и постојање стручних/образовних потреба.²⁰

3) **Неопходно је предузети све организационе кораке за добру реализацију и одржање интегритета програма.** Да би осигурао позитиван ефекат, важно је да стручно особље спроводи добро планиран и дизајниран програм. Ако недостаје интегритет у спровођењу, недостајаће и утицај на смањење ризика рецидивизма приликом евалуације.²¹

Сличне ставове наводе и други истраживачи. Тако Ловенкамп и сарадници у својим истраживањима указују да су добра имплементација и квалитет програма у значајној вези са смањењем ризика рецидивизма. Поменути аутори такође истичу неколико кључних елемената као што су: употреба добрих инструмената за процену ризика рецидивизма; обучено стручно особље које разуме програм и прати упутства програма; постојање посебних вештина стручног особља (емпатичност и ентузијазам), затим добра доза тј. интензитет програма (нпр. једночасовни програм једном недељно у укупном трајању од десет недеља не може бити ефикасан за преступнике високог ризика); адекватан мониторинг и надзор третмана.²²

4) **Третмански програми треба да се ослањају на когнитивно-бихејвиоралну терапију и стратегију социјалног учења.** Наведени програми могу да реше проблеме у више области (као што су проблеми сексуалног понашања или проблеми болести зависности), али и да

Placement“, *Criminology & Public Policy*, 4 (2), 263-290. www.cjonline.uc.edu/resource/criminal-justice-research приступ: 23. август 2014. године

¹⁹ Ted Strickland, Terry Collins, „*What Works? General Principles, Characteristics, and Examples of Effective Programs*“, Ohio Department of Rehabilitation and Correctional. www.drc.ohio.gov/web/reports/effective%20programs.pdf, приступ 11. јун 2014. године

²⁰ Весна Жунић-Павловић, *Евалуација у ресоцијализацију*, Партедон, Београд, 2004, 168.

²¹ Doris Layton MacKenzie, *What Works in Corrections: Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2006.

²² C. T. Lowenkamp, E. J. Latessa & P. Smith, *op. cit.*

побољшају опште размишљање и интеракцијске односе преступника. Ови програми идентификују мисаоне процесе који доводе до негативних осећања и понашања. Потом их замењују са процесима који доводе до позитивних осећања и понашања. Кроз когнитивно реструктурирање, мисаони процеси су модификовани у циљу смањења образаца који воде ка криминалном понашању (нпр. антисоцијални ставови). Евалуације различитих врста третмана, заснованих на когнитивно-бихејвиоралном приступу, показују да је примена ове терапије веома успешна у смањену ризика рецидивизма (од 18% до 50%).²³

5) **Неопходно је да преступници имају одређене вештине потребне за успех програма.** Добри програми се морају ослањати и на одређене позитивне вештине починилаца-учесника. Ту се, пре свега, мисли на интелигенцију, одговорност, анксиозност, вербалне способности, мотивацију и културолошку припадност преступника. Тако нпр. когнитивно-бихејвиорални терапијски приступ може бити неефикасан код преступника са ограниченим менталним капацитетима. Истраживачи сугеришу да постоје одређене индивидуалне предности које могу да допринесу успеху примењених програма, као што су: постојање вештина за решавање проблема, поштовање породице и просоцијални пријатељи.²⁴

6) **Структура програма и активности треба да буду слични активностима које се реализују на слободи, када је то могуће.** Структура програма и програмске активности треба да допру до стварног света преступника и његове социјалне мреже, када је то могуће. Добри програми потенцирају кидане веза са криминалним контактима и јачање просоцијалних веза и друштвених односа, уз укључивање чланова породице и других социјалних чинилаца. Свакако да просоцијална подршка јача настанак позитивних и пожељних облика понашања, док са друге стране, криминогена породица, вршњаци и друштвене групе повећавају ризик рецидивизма.²⁵

7) **Одржавање континуитета услуга и надзора у заједници након отпуштања је изузетно важна за превенцију рецидива.** У циљу

²³ Mark W. Lipsey, Nana A. Landenberger & Sandra J. Wilson, „*Effects of Cognitive - Behavioral Programs for Criminal Offenders*“, A Campbell Collaborative Systematic Review, Center for Evaluation Research and Methodology, Vanderbilt Institute for Public Policy Studies, Nashville. https://www.campbellcollaboration.org/media/k2/attachments/1028_R.pdf, приступ: 1. јун 2009. године

²⁴ Mark W. Lipsey & Francis T. Cullen, „The Effectiveness of Correctional Rehabilitation: A Review of Systematic Reviews“, *Annual Review of Law and Social Science*, 3. 297-320. www.researchgate.net/profile/Mark_lipsey/publication. Приступ: 10 март 2016. године

²⁵ T. Strickland & T. Collins, *op. cit.*

одржавања напретка који је реализовањем одређених програма постигнут у затворској установи, од изузетног значаја је одржавање бриге и након отпуштања из установе. Добро структурирани програми, који претендују да буду ефикасни, не окончавају се у затвору. Имају континуитет неге и након отпуштања, у заједници, кроз систем услуга, подршке и надзора. Овакви програми помажу бившим осуђеним особама да се уздрже од високо-ризичних ситуација, на које наилазе у социјалној средини. Уједно се сматра да су програми, који имају ову компоненту, далеко ефикаснији у смањењу ризика рецидивизма, од програма који се завршавају у затворској средини.²⁶

Може се закључити да је потребно доста професионалне умешности да се утврди шта је проблем, како се он може решавати и шта је потребно учинити да се особа, која се налази на извршењу мере безбедности, врати заједници, третмански лишена проблема зависности од алкохола или дрога. Међутим, није увек лако спровести предвиђени третман одвикавања јер Закон о правима пацијената²⁷ одређује у члану 17. да пацијент, који је способан за расуђивање, има право да предложеној медицинској мери одбије, чак и у случају када се њоме спасава или одржава његов живот. Како се ради о болести зависности, осуђени има право да одбије, односно не прихвати понуђени програм лечења и третмана. Инструментално га некад прихвати, али не учествује активно у спровођењу програмских активности (одбија третман у групи, а прихвата индивидуални разговор). Услед таквог понашања осуђеног, управа СЗБ покреће поступак да се осуђени упути на извршење казне затвора која му је изречена уз меру безбедности. Суд редовно подржава таква настојања СЗБ, те прекида меру и упућује га у класичну затворску средину. У таквој ситуацији наступају нови проблеми. Није решен примарни проблем зависности од ПАС, није отклоњен онај фактор који у етиолошком низу остварује најснажније дејство на поновно вршење кривичних дела. Затвор у који се осуђени упућује нема адекватне услове ни кадрове да додатно ради на отклањању проблема зависности.

Третмански стручњаци немају овлашћења да некога присилно лече, једнако као што немају могућност да осуђеног током извршења казне затвора подвргну присилно Програму поступања. Боравак у затвору, лишен икаквог третмана (сем генералног поступања према правилима кућног реда) осиромашен је за онај део професионалног рада који треба да постигне корективне и рехабилитационе промене код осуђеног.

²⁶ Donald A. Andrews, „Principles of Effective Correctional Programs“, In *Compendium 2000 On Effective Correctional Programming*. Part One Contributing to Effective Correctional Programs. In Motiuk, L. L. & Serin, R. C. Eds. Ottawa. Correctional Services Canada. www.csc-scc.gc.ca, Приступ: 21 децембар 2013. године

²⁷ Закон о правима пацијената, „Сл. гласник Републике Србије“, бр. 45/2013.

Емпиријски показатељи упућују да ће, у ситуацији извршења затворске казне, без примене третмана, осуђени највероватније рецидивирати. Не може се очекивати да ће боравак у затворским условима довести до побољшања у понашању осуђеног. Проблеми на које се константно указује, везани за „криминалну инфекцију“, различите облике депривација, неупосленост осуђених, непостојање специјализованих пеналних програма, прекобројност и многи други, само додатно учвршћују уверење да ће осуђени убрзо по изласку извршити ново кривично дело.²⁸

3. КАРАКТЕРИСТИКЕ, РИЗИЦИ, ПОТРЕБЕ И КАПАЦИТЕТИ МБА И МБН

Анализом документације осуђених у СЗБ,²⁹ који су се налазили на извршењу МБА и МБН, настојали смо сагледати њихове основне карактеристике и утврдити постојање евентуалних разлика у односу на тип зависности. Интересовало нас је и у којој мери су очувани капацитети за промену, односно да ли се може уочити разлика у степену ризика код посматраних група. Постављени циљеви остварени су кроз следеће истраживачке задатке:

- анализа и компарација утврђених индивидуалних потреба (Социјалне вештине, побољшање способности комуникације; Стручно усавршавање и образовање; Психолошка, психијатријска, медицинска, социјална помоћ; Лечење болести зависности; Припрема за отпуст; Посебне мере заштите од свих видова психичког, физичког, сексуалног угрожавања; Пружање правне помоћи у вези са извршењем казне);
- анализа и компарација утврђиваних капацитета за промену (очувани, делимично очувани, умањени капацитети);
- анализа и компарација утврђеног степена ризика за понављање кривичног дела (низак, средњи, висок и веома висок ризик);
- анализа и компарација основних социо-демографских карактеристика (година рођења, брачно стање, родитељство);

²⁸ Горан Јованић, *Стандардизација поступка условног отпуста као мера заштите од рецидива*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2012.

²⁹ Део истраживачких резултата искоришћен је за израду завршног мастер рада Златковић Мирослава, „Компарација потреба, ризика и капацитета у пеналном третману алкохоличара и наркомана у Специјалној затворској болници“, који је одбрањен на Факултету за специјалну едукацију и рехабилитацију 2016. године.

- анализа и компарација криминолошко-пенолошких карактеристика (ранија осуђиваност, висина казне, кривично дело, изречена мера безбедности).

Укупан узорак чинило је 176 досијеа осуђених (109 МБН и 67 МБА). Издвојени подузорак чинило је 100 (по 50 осуђених) затечених у време истраживања у СЗБ на дан 18.04.2015. године. Издвајање подузорка извршено је са намером праћења актуелног стања и активности током пеналног третмана. Резултати истраживања које приказујемо, односе се на тај издвојени подузорак.

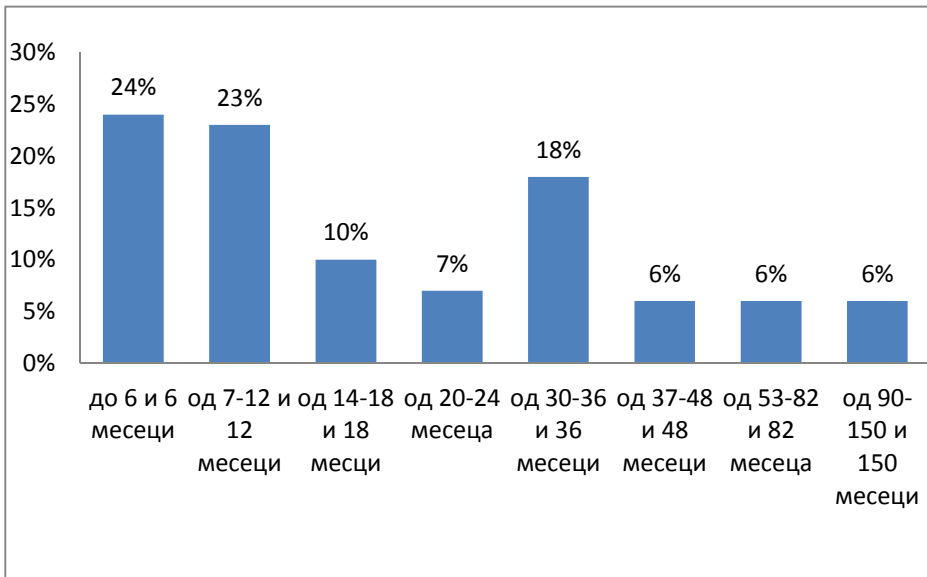
Старосна структура посматраних група се значајно разликује. Применили смо χ^2 тест и утврдили постојање статистички значајних разлика при вредности $\chi^2=24,357$; $df=3$; $p=0,000$. Постоје разлике у старосној структури у зависности од МБ коју осуђени извршава. У категорији од 31 до 45 година разлика није драстична. Уочљива је разлика у категорији од 20 до 30 година између алкохоличара и наркомана. Снижава се доња граница уласка у свет наркоманије и расте број уживалаца дроге, нарочито међу младима. С друге стране, алкохолизам, као и дела извршена под утицајем алкохола, доминирају у старијој категорији, од 46 до 60 година.

Брачни статус - у категорији неожењен има по пет МБА и МБН. Ожењених је девет МБА и осам МБН. Даље, 19 је разведених МБА, док је са истим статусом 33 МБН. У ванбрачној заједници је 14 МБА и четири МБН. Применили смо χ^2 и уочили постојање статистички значајних разлика при вредности $\chi^2=10,125$; $df=3$; $p=0,018$.

Родитељство - сагледавање разлика у родитељству потврђује постојање статистички значајних разлика при вредности $\chi^2=27,993$; $df=5$; $p=0,000$. Ови резултати указују да постоје разлике у родитељству у зависности од МБ коју осуђени извршава. Двоструко више испитаника из категорије МБН је без деце.

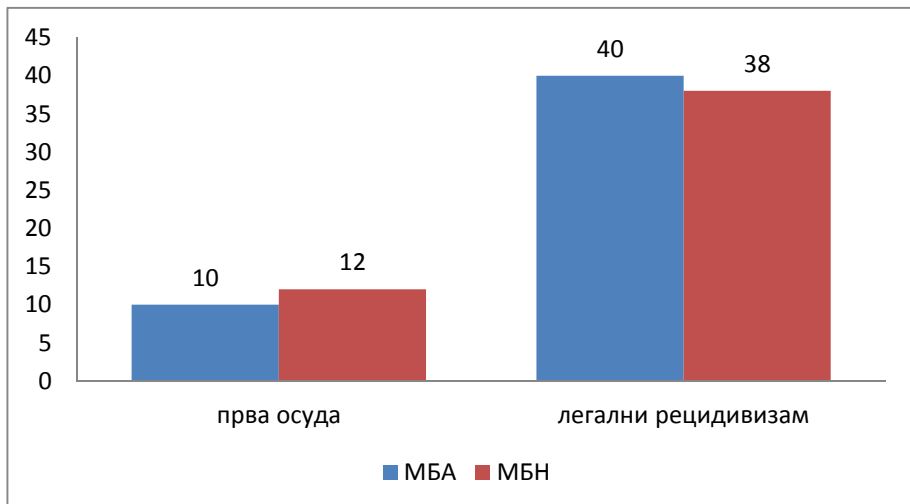
Кривична дела - кривична дела везана за дрогу карактеристична су за осуђене који се налазе на МБН чине 31% узорка, односно то учешће је код њих 62%. Имовински деликти су заступљени код 26% узорка. За кривично дело насиља у породици осуђено је 21% узорка и то су углавном особе које се налазе на МБА. За друга насилна кривична дела је осуђено 15% узорка. Остала кривична дела заступљена су у 7% случајева. Оваква дистрибуција показала се статистички значајно различитом, о чему говоре вредности $\chi^2=59,600$; $df=4$; $p=0,000$.

Дужина казне затвора – најчешће су изрицане казне затвора до шест месеци (24%). По учесталости следе изречене казне од седам месеци до годину дана (23%). Најређе су изрицане дуже затворске казне, што је приказано на Графикону 1. Није уочена статистички значајна разлика у дужини изречене затворске казне према врсти мере безбедности.



Графикон 1 - Дужина казне затвора

Легални рецидивизам - од укупног подузорка (100), легални рецидивисти чине 79%, а 21% су први пут осуђени. Није установљена статистички значајна разлика између изречене мере безбедности и легалног рецидивизма.



Графикон 2 - Поређење МБА и МБН према легалном рецидивизму

Пенални рецидивизам - од укупног подузорка 22% је примарно у пеналним условима, а 78% су пенални повратници. Структура пеналног рецидивизма је следећа: 19 осуђених (24% повратника) су једноструки повратници; двоструких повратника је 18 осуђених (22%); троструких повратника је 11 (14%), седам осуђених (9%) су четвороструки повратници; осам осуђених (10%) су петоструки повратници; шест (7,6%) су шестоструки; седмоструких повратника је шест (7,6%); по један осуђени (1,3%) су осмоструки и девоструки повратници; а по један осуђени из сваке групе (2,5%) су дванаестоструки повратници. Није установљена статистички значајна разлика између врсте мере безбедности и пенолошког рецидивизма.

Третман МБА и МБН се спроводи на основу програма поступања, сачињеног према Правилнику о третману,³⁰ кроз индивидуално прилагођавање, у зависности од процене ризика, капацитета и потреба осуђеног. У Предлогу третмана, који се подноси стручном тиму, наведено је седам потреба које се могу одредити осуђеном кроз Програм поступања. Набројаћемо их и уједно констатовати да ли се МБА и МБН разликују у односу на утврђене потребе:

1. Социјалне вештине, побољшање способности комуникације – код 66% подузорка је утврђена, код 34% није утврђена и није установљена статистички значајна разлика.

2. Стручно усавршавање и образовање - ову потребу има велики број осуђених, али је процењено да она тренутно није приоритет. Негирање потребе за образовањем осуђених само је сегмент настојања заговорника укидања било каквог корективног рада са њима. Промотери тих идеја се залажу за идеју изолационизма и сегрегације као нужног и довољног модела рада, у којем ретрибутивно извршење казне затвора своју функцију испуњава чувањем и изолацијом.³¹

3. Психолошка, психијатријска, медицинска, социјална помоћ - ова потреба је одређена код целокупног подузорка (100%).

4. Лечење од болести зависности - и ова потреба је одређена код целокупног подузорка (100%).

5. Припрема за отпуст - код 80% подузорка је одређена (46 МБА и 34 МБН) док код преосталих 20% она не постоји (4 МБА и 16 МБН). Утврђено

³⁰ Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица - Правилник „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2010.

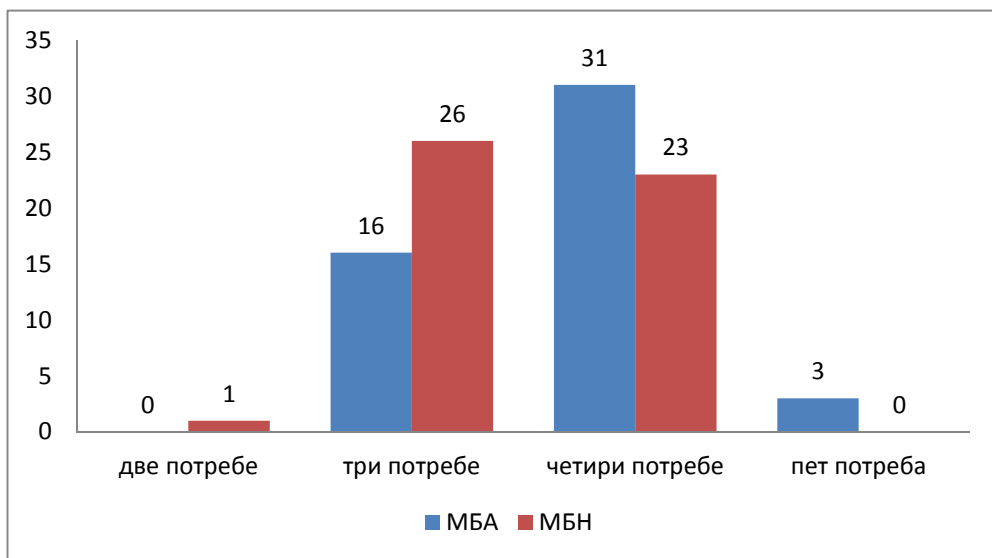
³¹ Гордана Одовић, Весна Жунић-Павловић и Горан Јованић, „Професионално оспособљавање као фактор рехабилитације осуђених лица у установама за извршење казне затвора“, *III International Scientific Conference Special Education and Rehabilitation-Adult Persons with Disabilities*. октобар, 24-26. 2014. г., Шабац, 2014.

је постојање статистички значајне разлике на нивоу $\chi^2=9,000$; $df=1$; $p=0,003$ што значи да алкохоличари имају чешће потребе за интензивнијим припремама за отпуст. Досадашња пракса показује да осуђени слободу најчешће дочекују без адекватне припреме за интеграцију у друштво. Постпенални период представља завршну карику, па ако је занемарен, позитивне промене постигнуте у пеналним условима остају без ефекта. Срњић и Вулевић истичу да након изласка на слободу, уместо да настави са просоцијалним обрасцима понашања и постане користан члан друштва, због неадекватне подршке и недостатка основних средстава за живот, особа наставља са понашањем које доводи до чињења нових кривичних дела.³²

6. Посебне мере заштите од свих видова психичког, физичког и сексуалног угрожавања – ова потреба је одређена само код десет МБА, а није установљена код МБН, што је условило постојање статистички значајне разлике на нивоу $\chi^2=11,111$; $df=1$; $p=0,001$.

7. Пружање правне помоћи у вези са извршењем казне - присутна је у Програму поступања код два МБА и једног МБН, али како ту потребу нема 97% подузорка, није било ни статистички значајних разлика.

Додатно интересовање било је усмерено на сагледавање укупног броја потреба које су одређене Програмом поступања према МБА и МБН.

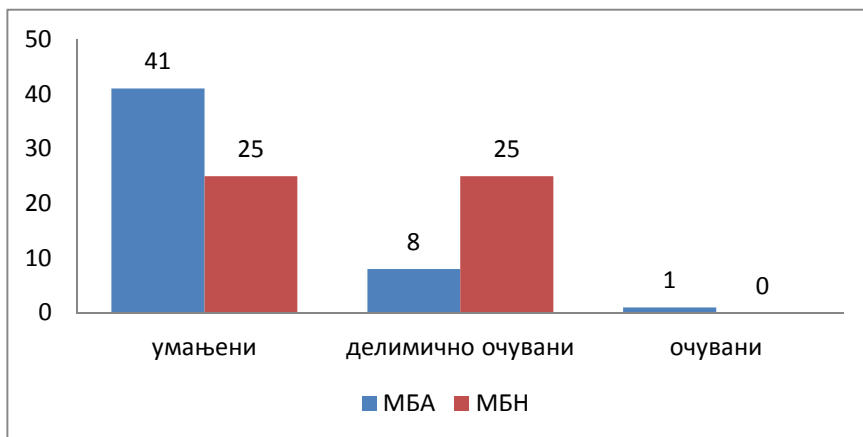


Графикон 3 - Заступљеност потреба МБА и МБН

³² Јелена Срњић и Дарјан Вулевић, *Модерно друштво и постпенална пракса*, Центар за превенцију криминала и постпеналну помоћ – НЕОСТАРТ, Београд, 2016, 11.

Две потребе су уочене код једног МБН. Три потребе има 16 МБА и 26 МБН. Највише има оних са четири потребе (31 МБА и 23 МБН). Пет потреба има три МБА. Не постоји статистички значајна разлика између броја потреба у односу на МБА и МБН ($\chi^2=7,566$; $df=3$; $p=0,056$), што значи да су потребе готово једнако присутне и код МБА и код МБН.

Последице болести зависности могу утицати на умањење капацитета осуђеног за промену, а у следећем Графикону приказаћемо стање уочених капацитета обе посматране групе.



Графикон 4 - Утврђени капацитети код МБА и МБН

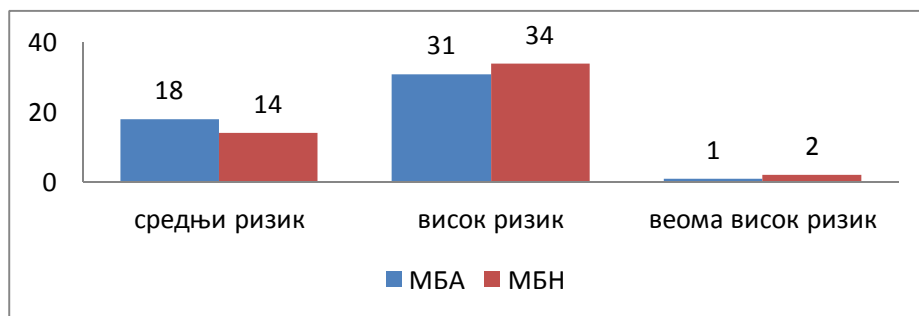
Како се може уочити на Графикону 4, са умањеним капацитетима има 41 МБА и 25 МБН, са делимично очуваним капацитетима има осам МБА и 25 МБН, док је са очуваним капацитетима један МБА. Уочена је статистички значајна разлика ($\chi^2=13,636$; $df=2$; $p=0,001$), што нам указује на чињеницу да услед дуготрајније конзумације алкохола постоји веће умањење капацитета за промену. Третмански се отвара простор за ефективнији рад са наркоманима који чешће поседују делимично очуване капацитете. Истовремено је потребно применити сложеније и интензивније облике третмана према алкохоличарима.

Процена ризика се обавља на основу врсте и тежине кривичног дела, висине изречене казне, облика кривице, начина ступања на извршење казне, односа осуђеног према извршеном кривичном делу и казни, раније осуђиваности, чињенице да ли се води нови кривични поступак, понашања током ранијег извршења казне, психолошких социјалних и здравствених карактеристика.

Ризик се степенује као низак, средњи, висок и веома висок, у односу на чињенице: да ли осуђени представља опасност за друге осуђене, запослене у заводу или друге особе које посећују завод; да ли постоји вероватноћа да ће покушати да се самоповреди или изврши самоубиство; да ли је склон

бекству; да ли може представљати опасност за заједницу у случају бекства или изласка из завода и да ли ће вршити кривична дела након извршене казне.³³

Када утврђене степене ризика поделимо на оне према којима се извршава мера безбедности лечења од алкохолизма/наркоманије добили смо следеће резултате представљене на Графикону 5.



Графикон 5 - Утврђени нивои ризика у зависности од изречене МБ

Низак степен ризика није утврђен у посматраном подузорку. Средњи ниво ризика има 18 МБА и 14 МБН. Висок ризик је утврђен код 31 МБА и 34 МБН. Веома висок ризик је уочен код једног МБА и два МБН. У овом случају није уочена статистички значајна разлика ($\chi^2=0,972$; $df=2$; $p=0,615$). Можемо закључити да се осуђени МБА и МБН не разликују по установљеном нивоу ризика.

4. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Резимирајући налазе емпиријског истраживања, можемо закључити да се осуђени наркомани и алкохоличари на извршењу мере безбедности обавезног лечења у Специјалној затворској болници, не разликују према квалитету и интензитету индивидуалних пореба за третманом. Потребне за третманом су готово једнако присутне код МБА и МБН. Посматране групе се не разликују ни према интензитету ризика рецидивизма. Уочљиво је одсуство осуђених са ниским степеном ризика, док је код обе категорије најчешће присутан висок степен ризика рецидивизма. Постоје разлике у квалитету и интензитету капацитета за промену тако што алкохоличари чешће имају умањене капацитете, док су наркомани чешће са делимично очуваним капацитетима за промену. Не спроводи се програм поступања који

³³ Правилник, чл. 9.

би задовољио принцип индивидуализације, у складу са уоченим карактеристикама МБА и МБН. Дијагностички протоколи се квалитетно спроводе, али проблем представља прерани одлазак осуђених на наставак извршења казне затвора у другу пеналну установу или отпуштање из СЗБ.

Goran JOVANIĆ, Ph.D.

Assistant Professor, Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

SECURITY MEASURES OF COMPULSORY TREATMENT OF ALCOHOLICS AND DRUG ADDICTS AND THE CONVICT'S RIGHT TO CHOOSE

Summary

Convicted drug addicts (SMDA) and alcoholics (SMA) on the execution of security measures of compulsory treatment at the Special Prison Hospital (SPH) does not vary according to the quality and intensity of individual needs for treatment. Observing the defined needs for treatment, it can be concluded that they are almost equally present in SMDA and SMA. Convicted SMDA and SMA do not differ in the intensity of the risk of recidivism. What has been noticeable is the absence of people with low level of risk, while in both categories the high risk of recidivism is usually present. The differences can be noted regarding the quality and intensity of the capacity for change, where alcoholics often have a reduced capacity, while drug addicts have partially preserved capacity for change. In spite of these inconsistencies, the treatment program that would satisfy the principle of individualization in accordance with the observed characteristics of the SMDA and SMA is not implemented. Diagnostic protocols are well implemented, but the problem is the premature departure of convicts to continue the execution of sentence of imprisonment in another penal institution or the release from SPH. There is not enough time for corrective rehabilitation work and addiction treatment. This is due to non-compliance of the court which made the decision to direct the convict to treatment and services within penal institutions which exclude addiction treatment specialists. Addiction treatment programs are stopped, the whole Treatment program is terminated and any further monitoring of convicts becomes disabled. Therefore, the outcome of treatment is often unknown, as once the treatment has been started, it has not been completed. The convict declares that he doesn't accept the Treatment Program or does not actually participate in its realization so that the obligation of treatment becomes optional.

Keywords: *security measures, addiction, convict, prison, rehabilitation*

ЛИТЕРАТУРА:

1. Christopher T. Lowenkamp & Edward J. Latessa, „Increasing the Effectiveness of Correctional Programming Through the Risk Principle: Identifying Offenders for Residential Placement“. *Criminology & Public Policy*, 4(2), 263-290. www.cjonline.uc.edu/resource/criminal-justice-research приступ: 23. август 2014. године
2. Christopher T. Lowenkamp, Edward J. Latessa & Paula Smith, „Does Correctional Program Quality Really Matter? The Impact of Adhering to the Principles of Effective Intervention“. *Criminology & Public Policy*, 5(3), 575-594. http://www.uc.edu/content/dam/uc/ccjr/docs/articles/Correctional_Program_Quality.pdf, приступ: 16. јун 2014. године
3. Donald A. Andrews, „Principles of Effective Correctional Programs“. In *Compendium 2000 On Effective Correctional Programming. Part One Contributing to Effective Correctional Programs*. In Motiuk, L. L. & Serin, R. C. Eds. Ottawa. Correctional Services Canada. www.csc-ccc.gc.ca, Приступ: 21 децембар 2013. године
4. Doris Layton MacKenzie, *What Works in Corrections: Reducing the Criminal Activities of Offenders and Delinquents*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2006.
5. Goodman & Gilman, *The Pharmacobiological Basis of Therapeutics*, eleventh edition, McGraw-Hill, New York, 2006.
6. Mark W. Lipsey & Francis T. Cullen, „The Effectiveness of Correctional Rehabilitation: A Review of Systematic Reviews“. *Annual Review of Law and Social Science*, 3. 297-320. www.researchgate.net/profile/Mark_lipsey/publication. Приступ: 10 март 2016. године
7. Mark W. Lipsey, Nana A. Landenberger & Sandra J. Wilson, „Effects of Cognitive- Behavioral Programs for Criminal Offenders“. A Campbell Collaborative Systematic Review. Center for Evaluation Research and Methodology, Vanderbilt Institute for Public Policy Studies, Nashville. https://www.campbellcollaboration.org/media/k2/attachments/1028_R.pdf, приступ: 1. јун 2009. године
8. Ted Strickland, Terry Collins, „What Works? General Principles, Characteristics, and Examples of Effective Programs“. Ohio Department of Rehabilitation and Correctional. www.drc.ohio.gov/web/reports/effective%20programs.pdf, приступ 11. јун 2014. године
9. Бора Станојковић, *Социјални аспекти наркоманије младих као узрок безбедносних проблема у републици Србији*, Докторска дисертација, Универзитет у Београду, Факултет политичких наука, 2013.

10. Весна Жунић-Павловић, *Евалуација у ресоцијализацији*, Партенон, Београд, 2004.

11. Владимир Худолин, Овисност о алкохолу и други алкохомом изазвани поремећаји. У: Д. Кеџмановић, (ур) *Психијатрија*, (1367-1451). Медицинска књига. Београд, Загреб. 1989.

12. Војин Поповић, *Алкохолизам: епидемија нашег доба*. Друштво бихејвиоралне теорије и праксе, Ниш, 2007.

13. Горан Јованић, Потребе за третманом и његова реализација у пенитерсијарним условима У: В., Жунић Павловић, и М., Ковачевић Лепојевић, (ур), *Превенција и третман поремећаја понашања*, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Београд, 2010.

14. Горан Јованић, *Стандардизација поступка условног отпуста као мера заштите од рецидива*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2012.

15. Гордана Одовић, Весна Жунић-Павловић и Горан Јованић, „Професионално оспособљавање као фактор рехабилитације осуђених лица у установама за извршење казне затвора“. Зборник III International Scientific Conference *Special Education and Rehabilitation-Adult Persons with Disabilities*, (353-366), октобар, 24-26. 2014.г., Šabac, 2014.

16. Драгиша Дракић, О настанку мера безбедности као кривичних санкција, *Анали Правног факултета у Београду*, 2015, вол. 63, (1).

17. Закон о правима пацијената „Сл. гласник Републике Србије“, бр. 45/2013.

18. Зоран Станковић и Дејан Беговић, *Алкохолизам од прве до последње чаше*, *Терапијски приручник*, Креативни центар. Београд, 2005.

19. Јасмина Киурски, „Настанак и развој мера безбедности“, *Ревија за криминологију и кривично право*, Вол. 49. бр. 2-3, Београд, 2011.

20. Јелена Срњић и Дарјан Вулевић, *Модерно друштво и постпенална пракса*, Центар за превенцију криминала и постпеналну помоћ – НЕОСТАРТ, Београд, 2016.

21. Кривични законик Републике Србије - КЗРС, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

22. Наташа Мрвић-Петровић, „Функција мера безбедности у савременом кривичном праву“, у: *Преступ и казна: де леге лата ет де леге ференда*, Л.Крон (ур.), Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2014.

23. Правилнику о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2010.

24. Слађана Драгишић-Лабаш, Милан Милић, „Болести зависности као болести друштва, породице и појединца - критика нечињења“, *Социологија*, вол. 49, бр. 1, 2007.

25. Слободанка Констатниновић-Вилић, Весна Николић-Ристановић, *Криминологија*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2003.

26. Фрањо Бачић, *Кривично право – Опћи дио*, Информатор, Загреб, 1980.

Др Драган БЛАГИЋ*
Др Здравко ГРУЈИЋ*

ПРИНЦИП ЛЕГАЛИТЕТА КАО ГАРАНТ ПРАВНЕ СИГУРНОСТИ
ГРАЂАНА
- РЕТРОСПЕКТИВНИ И ПРОСПЕКТИВНИ КОНТЕКСТ-

Апстракт: У раду се разматра сложена проблематика која се односи на историјски развој принципа легалитета у кривичном праву. Посебна пажња посвећена је самом настанку и развоју овог начела у средњовековном праву. Аутори су покушали да поред објашњења и тумачења одредаба појединих кривичних законика који су од посебног значаја за развитак начела законитости и његов савремени контекст, укажу и на најзначајнија теоретска схватања која су се појавила у том периоду и чији је утицај одлучујући за промовисање овог начела као основног у кривичном законодавству, али и улогу у остваривању постулата владавине права и принципа правне сигурности грађана. Историјска димензија принципа легалитета у националном кривичном законодавству предмет је посебне анализе аутора. Ретроспективни контекст, према ставу аутора, представља основу за анализу проспективног садржаја овог начела у савременом кривичном праву.

Кључне речи: *принцип легалитета, владавина права, заштитна функција*

1. НАСТАНАК И РАЗВОЈ НАЧЕЛА ЗАКОНИТОСТИ У КРИВИЧНОМ
ПРАВУ

Начело законитости у кривичном праву обично се изражава латинском изреком *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* (нема

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

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

кривичног дела без закона, нема казне без закона). Ова латинска изрека, као што је познато, потиче од немачког теоретичара А. Фојербаха/А. Feuerbach/.¹

Иако је начело законитости изражено латинском формулацијом, историјски посматрано, оно не води порекло из римског права. Напротив, у римском праву у доба царства широко је примењивана аналогија. Судији је било дозвољено да расправља и кажњава поједине или све случајеве у кривичним предметима по принципу *ad exemplum legis crimen majestatis* (L. 7.3.D.48,4).² Најранији значајан успех на плану развоја начела законитости, било је доношење Велике повеље о слободама (*Magna Carta Libertatum*) у Енглеској 1215. године.³ Овај акт је од значаја за кривично право зато што је у њему, у смислу начела законитости, владавина била постављена на монархов *ius iurendi*. У члану 39. ове повеље⁴ уграђен је принцип законитости као општи принцип за заштиту одређених људских вредности.

Средњовековно кривично право карактерисало је слободно стварање кривичних дела и казни од стране судије. Треба напоменути да су у развијенијем праву овог доба, као што су нпр. византијско, српско или нека друга, постојале тенденције да се уведе начело законитости у област кривичног законодавства. Ове тенденције су се јављале као израз тежњи појединих владара јер су судије могле да сврставају кажњива дела у зависности од конкретних случајева.⁵

Значајан утицај на настанак и развој принципа законитости у средњовековном кривичном праву имао је и Законик цара Стефана Душана из 1349. и 1354. године. У члану 172. било је прописано: „*Све судије да суде по закону, право, како пише у Законнику, а не да суде по стаху од царства ми*“.⁶ У овој одредби се, поред осталог, утврђује принцип независности

¹ Anselm Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts*, 1, 1801, 20-21, наведено према: Зоран Стојановић, *Кривично право*, Београд, 2010, 39.

² Слободан Петровић, *Ретроактивност закона и других општих аката – теорија сукоба закона у времену*, Београд, 1987, 190-192.

³ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1996, 131.

⁴ Текст члана 39. Повеље гласи „*Ниједан слободан човек неће бити ухапшен или затворен у тамници или лишен поседа, или стављен ван закона или изгнан или на било који начин оштећен, нити ћемо ишта учинити против њега, сем по законској пресуди њему једнаких или сагласно закону земље.*“ Текст је преузет из рада Силвија Пановић-Ђуровић, *Начело легалитета и легитимитета у кривичном праву*, Београд, 1995, 10-12.

⁵ Томица Делибашић, *Примена блажег закона*, Београд, 1995, 20-22.

⁶ Законик више пута прописује да суд суди „*по закону*“, па у смислу поштовања начела законитости, Законик укида старе облике „*самосуда*“ (чл. 80). Види: Феодор Тарановски, *Начело законитости у Законнику цара Душана*, Београд, 1922, 3-7.

правосуђа према извршној власти, односно, одвајање законодавне од извршне власти.⁷

Значајни напредак уследио је са афирмацијом права човека и слободe воље и мисли, што се везује за крај 18. века и доношење опште познате Декларације о правима човека и грађанина из 1789. године. У члану 8. Декларације предвиђа се „Законом је могуће установити само казне које су очигледно и строго потребне; нико не може бити кажњен осим на основу закона који је донет и проглашен пре извршеног кривичног дела и који је законито примењен.“

Многи теоретичари у кривичном праву⁸ се слажу да су доношењем Декларације о правима човека и грађанина створени услови за примену начела законитости у кривичном праву. Од тада, практично, почиње процват законодавне регулативе у свим подручјима друштвеног живота.⁹

Посебни утицај и значај на развој начела законитости имала је класична школа. Наиме, чувени представник класичне школе, Бекарија /Beccaria/ 1764. године у свом делу „*Dei delitti e delle pene*“ (О злочинима и казнама) истицао је важност везаности судске власти за закон, јер само тако, када се унапред зна шта је забрањено и кажњиво и која ће казна стићи учиниоца „*грађани ће постићи ону сигурност која је праведна, јер су се људи ради ње удружили у друштво и која је корисна, јер им омогућује да унапред тачно прорачунају последице злог дела.*“¹⁰ Велика заслуга припада поменутом немачком теоретичару Анселму Фојербаху који у свом чувеном делу *Lehbruch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, 1781. године, начело законитости изражава латинском формулацијом (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).¹¹

Начело легалитета, под утицајем Декларације о правима човека и грађанина, предвиђено је у одредбама Кривичног законика Француске из 1791. године. Такође, међу првим законима који је предвидео начело

⁷ Тома Живановић, „Да ли је препоручљиво да судија може једну радњу која изрично не улази у законску норму да казни и да сматра противправном“, превод са француског, Б. Петровић, *Правосуђе*, бр. 3/1938, 1-3. Жарко Булатовић, „Начело легалитета у кривичном праву“, *Зборник радова*, Подгорица, бр. 1-2/ 1969, 36-37.

⁸ Бачић наводи да је начело законитости доживело пуну победу у Француској револуцији која, иако га није родила, ипак је дала огромно значење. Фрањо Бачић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2004, 18-21. Такође видети: Петар Новоселец, *Казнено право-општи део*, Загреб, 2007, 68-69, Владо Камбовски, *Казнено право- општи дел*, Скопје, 2005, 160.

⁹ В. Камбовски, *op. cit.*, 162.

¹⁰ Cesare Beccaria: *О злочинима и казната*, превео са италијанског Антун Цвитанић, Сплит, 1984, 74.

¹¹ Видети: Тома Живановић, *Основи кривичног права-општи део*, Београд, 1922, 31-32.

законитости, био је тзв. Наполеонов Кривични законик из 1810. Законик, који садржи јасне, прецизне и једноставне одредбе, такође предвиђа и забрану ретроактивности.¹²

Баварски Кривични законик од 1813. године, такође је предвиђао начело законитости. Овај законик је израђен независно од Наполеоновог законика и имао је изванредан утицај на поједине немачке кривичне законе. Истиче се да је законик врло систематичан, да му је обележје што има три врсте кривичних дела и то: злочине, преступе и прекршаје.¹³

Свакако се може прихватити закључак да су Наполеонов Кривични закон из 1810. године и баварски Кривични закон из 1813. године два кодификаторска дела која су служила као узор кривичним законима донесеним током 19. века.¹⁴

Поред поменутих закона, на даљи развој и значај начела законитости утицало је и схватање Ф. Листа /Franz v. List/ чувеног немачког теоретичара кривичног права. У вези са тим је и једна позната Листова изрека да је кривично право „*magna charta*“ злочинаца, где се грађанима гарантује да неће бити кажњени и гоњени за оно што унапред није било одређено као кривично дело.¹⁵ Дакле, гарантивна функција кривичног права се односи на сваког грађанина, тако да и у случају извршења кривичног дела, грађани могу бити кажњени само казном која је законом предвиђена за то дело.¹⁶

Сигурно да пут увођења начела законитости у кривично право није био без тешкоћа. Један од ретких противника начела законитости јесте био Биндинг /Binding/, творац нормативне теорије. По њему, закони би могли у извесним ситуацијама имати повратно дејство. Аутор критикује начело законитости, јер се њиме забрањује аналогија у кривичном праву истичући да је забрана аналогије узрок што многобројни деликти тј. учиниоци остају

¹² Видети: Н. Н. Jescheck, Т. Weigend, *op. cit.*, 77, где се наводи да је овај законик један од најважнијих узора за кривично законодавство XIX века. Такође, Богдан Златарић, *Кривично право – опћи део*, Загреб, 1977, 86-87.

¹³ Фрањо Бачић, Шиме Павловић, *Коментар Казненог закона*, 2004, 19-20.

¹⁴ Б. Златарић, *op. cit.*, 86-87.

¹⁵ Истиче се да ипак треба бити свестан ограничених домета начела законитости. Иако је модерно кривично право у демократском друштву незамисливо без доследног придржавања овог начела, то начело само по себи не може да заштити појединца и грађанина од арбитрерних захвата државе у односу на његова основна права. З. Стојановић, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и слобода“, *Зборник радова са саветовања*, Златибор, 2004, 104, као и Б. Златарић, *op. cit.*, 87-88.

¹⁶ Ф. Бачић, Ш. Павловић, *op. cit.*, 20.

некажњени. Стога судији треба не само допустити да по аналогiji ствара нове инкриминације, него треба допустити да се то чини у што већој мери.¹⁷

Као што је познато, у СССР је 1918. године, под утицајем тоталитаристичког режима, напуштено начело законитости, где се кривичном делом сматрало свако опасно дело, без обзира да ли је предвиђено у закону. Тек 1958. године Врховни Совјет поново предвиђа начело законитости у кривичном закону.¹⁸

Начело легалитета било је напуштено и у немачком кривичном праву, 1935. године. Наиме, параграфом 2-а посебног закона уведена је, а касније и примењивана, аналогija. Кривичним делом сматра се не само дело описано у закону, него и свако друго које одговара „*здравом осећању народа*.“ Тек, после пада режима у Немачкој, поново је уведено начело законитости, које, наравно, и данас важи.¹⁹

Данас се начело законитости сматра општим људским добром, начело које полази од владавине права, насупрот самовољи, па га прихватају готово сви модерни кривични законици.²⁰ Реч је о фундаменталном начелу савременог кривичног права, које због свог значаја има и карактер уставног начела.²¹ Такође, начело законитости предвиђено је и у бројним међународним актима о чему ће касније бити више речи.²² На крају, може се рећи да је начело законитости постало општепризнато и прихваћено у кривичном праву. Реч је о универзално прихваћеном достигнућу за које се данас сматра да је постало општа цивилизацијска тековина, која по свом значају далеко превазилази границе кривичног права.²³

¹⁷ Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung erster Band Normen und Strafgesetze*, Leipzig, 1922, 153-157.

¹⁸ Ж. Булатовић, *op. cit.*, 38.

¹⁹ Б. Златарић, *op. cit.*, 87.

²⁰ П. Новоселец, *Казнено право - опћи дио*, Загреб, 2007, 70.

²¹ Члан 34. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр 35/2006.

²² Општа декларација о правима човека Уједињених нација чл. 11. став 2. из 1948. године, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода чл. 7. из 1950. године, Међународни пакт о грађанским и политичким слободама чл. 15. из 1966. године.

²³ Видети: Mohamed Shahabuddeen, „Does the Principle of legality Stand in the Way of progressive development of law?“, *Journal of International Criminal Justice*, бр. 10/2004, 1007-1008.

2. НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У НАЦИОНАЛНОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

За кривично право у периоду 19. века, тачније од 1860. године посебно је значајно доношење Криминалног (Казнителног) законика за Књажевство Србију. Криминални законик за Књажевство Србију је један од првих тога доба, којим се предвиђа начело законитости. Дакле, у параграфу 2. Законика било је предвиђено „*За које дело није у закону, пре него што је учињено, казано да ће се казнити онај који га учини, за оно се не може нико ни осудити.*“²⁴

У даљем тексту законика предвиђа се у параграфу 11. да „*ако се какво казнено дело учини под једним Казнателним законом, а суди се у време кад се тај закон промени и настане други, онда ће свагда пресудити и казнити по оном од та два закона, који за кривца буде блажи.*“²⁵ Анализирајући поједине одредбе законика, може се рећи да је највећи напредак у односу на дотадашња темељна начела кривичног права Кнежевине Србије, укидање дискреционог права суда да се пресуђује на основу аналогije. Сматра се да је реч о постојању начела законитости и нужном поштовању новоуведеног начела.²⁶ У Црној Гори је важио Кривични законик за Краљевину Црну Гору из 1906. године, који је такође на одређени начин познавао начело законитости, будући да је израђен по узору на српски Криминални (Казнителни) законик.

Најпотпунија кривичноправна формулација начела законитости у предратном кривичном законодавству дата је у Кривичном законуку за Краљевину СХС од 27. јануара 1929. године. Овај законик је у првом одсеку, глави I и уводним одредбама у параграфу 1. изричито предвидео: „*Нико не може бити кажњен за дело, за које није закон, пре него што је учињено, прописао да ће се и како ће се казнити онај, који га учини.*“ И даље: „*Ако је по учињеном кривичном делу измењен кривични закон, онда се примењује блажи закон.*“ Мере безбедности се примењују по новом закону и ако се учинилац не би по њему осудио на казну“.²⁷

²⁴ Драган Николић, *Кривични законик Књажевине Србије*, Ниш, 1991, 5.

²⁵ *Ibid.*, где се у даљем тексту законика прописује, (пар. 5.) „*Дела која су се до сад као казнима сматрала и казнила, но за која није и казна опредељена била, пресудиће се по казнителном законуку, ако не буду коначно већ пресуђена, кад овај законик почне важити*“, 6-7.

²⁶ Видети: Тихомир Васиљевић, Ђорђе Ценић, *Развој кривичноправне мисли у Србији 19. века*, Београд, 1987, 20-21.

²⁷ Даље се истиче да начело законитости има велики друштвени и политички значај. Оно представља заштиту за сваког грађанина од сваке могуће судске самовоље, како злонамерне, тако чак и благонамерне. Ако судија јасно види да је закон рђав или

За даљи развој приципа легалитета од значаја је и доношење Кривичног законика ФНРЈ из 1951. године. Законик предвиђа начело законитости на један савременији и савршенији начин. Према члану 2. „*Нико не може бити кажњен за дело које, пре него што је учињено, није било законом одређено као кривично дело и за које законом није било прописано како ће се казнити онај који га учини.*“ У одредби чл. 90 прво се прописује: „Одговорност за кривична дела одређује се према кривичном закону који је важио у време извршења дела (став 1.), а по питању блажег прописа предвиђа се: „*Нови Кривични законик примењиваће се и на дела која су извршена пре његовог ступања на снагу, ако је блажи за учиниоца*“.²⁸ Када се упореде ове одредбе са одредбама 3. и 4. КЗ СФРЈ из 1976.²⁹ године, може се закључити да је закон из 1951. године дао решења која су веома савремена и врло прихватљива.³⁰

Наиме, у законнику се посебно образлаже начело *nullum crimen, nulla poena sine lege*, наводећи да то начело спада у питања којима се решавају основна питања кривичног права, одређује суштина целог законика, а нарочито даје правац казнене политике. Дакле, полазиште и основни смисао начела је да само законодавац може одређивати које се дело има сматрати кривичним делом. Закони при том не могу имати повратно дејство.³¹

На даљи развој начела законитости од значаја је и доношење Основног кривичног закона.³² У одредби (члан 3. ОКЗ) предвиђено је „*Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено, није било законом одређено као кривично дело и за које није била законом прописана казна.*“

има празнина; судија мора памтити правило *dura lex, sed lex* (свиреп или рђав закон, ипак је закон) и не може на себе преузети улогу поправљања закона. Михајло Чубински, *Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије*, Београд, 1934, 25-26.

²⁸ Затим, постоји схватање да из овог начела произлази да се кривично дело и казна могу предвидети само законом, према томе извор кривичног права може бити само закон. Обичајно право, судска пракса па и наука кривичног права не могу бити извор кривичног права. Више о томе: Јанко Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1962, 7-8.

²⁹ „Службени лист СФРЈ“ бр. 44/1976 на снази од 01. 07. 1997. године у чл. 3 предвиђа: „*Никоме не може бити изречена каза или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено, није законом било одређено као кривично дело и за које није била прописана казна*“.

³⁰ Видети: Т. Делибашић, *op. cit.*, 28-29.

³¹ Александар Стајић, „Начело легалитета и индивидуализације казне у кривичном праву ФНРЈ“, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1952, 437-438.

³² „Службени гласник Републике Србије“, бр. 39/2003.

У овом закону начело законитости дела предвиђено је на уобичајени начин, док је начело законитости казне регулисано на мало прикладнији начин, јер се односи и на *друге кривичне санкције*. Сходно томе, и тада се могло размишљати о нешто другачијим формулацијама одредбе којом се предвиђа начело законитости.³³

На крају, посебни утицај на развој начела законитости има доношење Кривичног законика Србије.³⁴ У члану 1. КЗ под насловом „Нема ни кривичног дела нити казне без закона“, предвиђа се да: *„никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено.“*

Кривични законик се оваквим прописивањем начела законитости придружује оним кривичним законима, који начело законитости предвиђају на самом почетку у одредби чл. 1. КЗ као једно од основних начела кривичног права.³⁵ Први део одредбе забрањује да некоме буде изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело (*nullum crimen sine lege*). Други део садржи забрану изрицања оне казне или друге кривичне санкције која није законом била прописана пре него што је дело учињено (*nulla poena sine lege*).³⁶

Садржину начела законитости кривичног дела и казне указује и одредба садржана у члану 34. Устава Републике Србије у оквиру правној сигурности у кривичном праву. Наиме, члан 34. став 1. предвиђа да се *„нико не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена“*. Дакле, ради се о одредби која се односи на три деликта казног права у ширем смислу и то на: кривично дело, привредни преступ и прекршај. У ставу 2.

³³ Стојановић истиче да начело законитости треба формулисати као у предлогу Нацрта Кривичног законика Србије члан 1. „Нема кривичног дела нити казне без закона“, где се предвиђа да *„никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено.“* Види: З. Стојановић, „Начело законитости у кривичном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода“, *Саветовање Удружења за кривично право и кримнологију Србије и Црне Горе*, Златибор, 2004, 104-105.

³⁴ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 85/05.

³⁵ Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2007, 26-27.

³⁶ *Ibidem*.

истог члана се даље прописује да се кривична дела и кривичне санкције одређују само законом, а не другим прописима, као на пример уредбом.

Специфичност овог питања јесте поштовање начела законитости, тј. сегмента начела, који налаже да кривичноправне норме буду што прецизније, што одређеније (*lex certa*). С обзиром на то да је степен одређености кривичноправних норми по правилу различит, те да се може говорити о скали одређен-неодређен, поставља се питање, која норма не задовољава ни минималне захтеве које пред њу поставља *начело одређености*? Треба поћи од тога, да је начело законитости прекршено у случају, када је норма потпуно неодређена, тако да се из ње не може закључити да ли неко понашање представља кривично дело или не.³⁷

Када се у Уставу каже: *огласити кривим* (чл. 34. став 1.) и *утврдити кривицу* (чл. 34. став 3.), пре свега се мисли на процесне аспекте кривице. Дакле, мисли се на утврђивање кривичне одговорности у кривичном поступку због учињеног кривичног дела. Поред тога, ово ипак подразумева и утврђивање материјалноправних елемената кривице. Кривице нема без кривичног дела, као што нема кривичног дела без кривице. И начело законитости подразумева постојање кривице. У вези с тим, не може неко бити кажњен за дело за које, пре него што га је учинио, никако није био дужан нити је могао знати да је предвиђено као кривично дело.³⁸

На крају треба рећи да преиспитивање уставности кривичног законодавства са аспекта начела законитости, представља сложено питање. Начело законитости јесте срж сваке правне државе и најважнији део правног система, правног значаја одређеног устава.³⁹

Кривичном законодавству, по правилу, није потребно *посредовање* устава у циљу примене принципа правне државе. Модерно и либерално кривично право се одавно непосредно заснива на принципима правне државе. Међутим, ако се правна држава, односно владавина права постави као уставни принцип, онда би кршење тог принципа имало за последицу повреду уставности. Устав би у том случају, имао задатак да заштити људска права од самог кривичног права.

³⁷ З. Стојановић, „Устав Републике Србије и материјално кривично законодавство“, *Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа*, Златибор, 2007, 18.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Зденко Коњић, *Примјена начела законитости у националном и међународном казненом праву*, необјављена докторска дисертација“, Загреб, 2007, 37.

3. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Досадашњи развој кривичног права показао је универзалну тенденцију сталног ширења граница кривично правне заштите. С једне стране, то има за последицу што сувише широко задире у слободу појединца, док, с друге стране, води ка неефикаснијој заштити и оних добара, којима је она неопходна.

Екстензивно кривично право не може обезбедити генерално-превентивни учинак који је неопходан за једну релативно ефикасну кривичноправну заштиту. Кривично право се не може легитимирати заштитном функцијом, ако је и фактички не би обављало.

Генерална превенција поставља да грађани познају кривичне законе, а познато је да су њихове могућности у том погледу ограничене, тј. да постоји ограничен капацитет пријема информација које садрже кривичноправне норме. Ово показује да и са аспекта могућности кривичноправне заштите, решење треба видети у моделу кривичноправне заштите ограничене само на заштиту највреднијих добара од најтежих облика напада. У којим случајевима је кривичноправна заштита заиста *ultima ratio*, зависи и од природе неких добра и облика напада на њега.

Стављање на прво место, као врхунске вредности, историјски детерминисаних основних права човека, значило би и другачије постављање граница кривичноправне заштите. У погледу добара чији непосредни носилац није човек, кривичноправну заштиту би у принципу било оправдано пружати само оним општим добрима, без којих основна људска права не би било могуће остваривање.

Dragan BLAGIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

Zdravko GRUJIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE PRINCIPLE OF LEGALITY AS A GUARANTEE OF LEGAL
CERTAINTY
- RETROSPECTIVE AND PROSPECTIVE CONTEXT –

Summary

The paper discusses the complex issues relating to the historical development of the principle of legality in criminal law. Special attention was paid to the genesis and development of this principle in medieval law. Authors have attempted in addition to the explanation for the provisions of certain criminal codes, which are of special importance for the development of the principle of legality and its contemporary context, point out the most significant theoretical concepts that appeared during this period and whose impact is decisive for the promotion of principle of legality as basic principle in criminal law. but also a role in the realization of the postulates of the rule of law and the principle of legal certainty, as well as the its role in the realization of the postulates of the rule of law and the principle of legal certainty.

The historical dimension of the principle of legality in the national criminal legislation was the subject of a specific analysis of the author. Retrospective context represents a basis for analyzing of a prospective content of this principle in contemporary criminal law.

Keywords: *the principle of legality, the rule of law, protection function*

ЛИТЕРАТУРА

- Бачић, Фрањо; Павловић, Шиме; Коментар Казненог закона, 2004,
Vessaria, Cesare; O zločinima i kaznama, Сплит, превео са италијанског
Антун Цвитанић, 1984,
Binding, Karl; Die Normen und ihre Übertretung erster Band Normen und
Strafgesetze, 1922,
Булатовић, Жарко; „Начело легалитета у кривичном праву“, Зборник
радова, Подгорица, бр. 1-2/ 1969,
Васиљевић, Тихомир; Ценић, Ђорђе; Развој кривичноправне мисли у
Србији 19. века, Београд, 1987,
Делибашић, Томица; Примена блажег закона, Београд, 1995
Живановић, Тома; „Да ли је препоручљиво да судија може једну
радњу која изрично не улази у законску норму да казни и да сматра
противправном“, превод са француског, Б. Петровић, Правосуђе, бр. 3/1938,
Живановић, Тома; Основи кривичног права –општи део, Београд,
1922,
Златарић, Богдан; Кривично право – општи део, Загреб, 1977,
Jescheck, Hans-Heinrich; Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts,
Allgemeiner Teil, Berlin, 1996,
Камбовски, Владо; Казнено право- општи дел, Скопје, 2005,
Коњић, Зденко; Примјена начела законитости у националном и
међународном казненом праву, необјављена докторска дисертација“, Загреб,
2007,
Николић, Драган; Кривични законик Књажевине Србије, Ниш, 1991,
Новоселец, Петар; Казнено право-општи део, Загреб, 2007,
Пановић-Ђуровић, Силвија; Начело легалитета и легитимитета у
кривичном праву, Београд, 1995,
Петровић, Слободан; Ретроактивност закона и других општих аката –
теорија сукоба закона у времену, Београд, 1987,
Стајић, Александар; „Начело легалитета и индивидуализације казне у
кривичном праву ФНРЈ“, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1952,
Стојановић, Зоран; Кривично право, Београд, 2010,
Стојановић, Зоран; Коментар Кривичног законика, Београд, 2007,
Стојановић, Зоран; „Начело законитости у кривичном законодавству
Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и
слобода“, Зборник радова са саветовања, Златибор, 2004,
Стојановић, Зоран; „Устав Републике Србије и материјално кривично
законодавство“, у: Устав Републике Србије, кривично законодавство и
организација правосуђа, Златибор, 2007,

Shahabuddeen, Mohamed; „Does the Principle of legality Stand in the Way of progressive development of law?“, Journal of International Criminal Justice, бр. 10/2004.

Тарановски, Феодор; Начело законитости у Законику цара Душана, Београд, 1922,

Таховић, Јанко; Коментар Кривичног законика, Београд, 1962,

Feuerbach, Anselm; Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts, 1, 1801,

Чубински, Михајло; Научни и практични коментар Кривичног законика Краљевине Југославије, Београд, 1934.

Иван ИЛИЋ*
Лука АНЂЕЛКОВИЋ*

ПРАВО ОКРИВЉЕНОГ НА ИСПИТИВАЊЕ СВЕДОКА – МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И ДОМАЋЕ ПРАВО

Апстракт: Право окривљеног да сам, или преко браниоца, испитује сведоке оптужбе један је од основних елемената права на правично суђење. Остваривање овог права води и остваривању основних начела кривичног поступка - начела контрадикторности и непосредности. Ипак, у пракси долази до ограничења овог права, у смислу да се пресуде кривичних судова заснивају на исказима сведока, или саокривљених, које окривљени у току поступка није имао прилику да испитује. Поставља се питање, у којим случајевима је овакво ограничење права окривљеног оправдано? У раду се најпре анализира пракса Европског суда за људска права и стандарди које је овај суд изградио у погледу могућности да окривљени буде осуђен на основу исказа сведока којег није имао могућности да испитује. Затим се анализирају релевантне одредбе Законика о кривичном поступку, које предвиђају гаранције за присуство одбране испитивању сведока и саокривљених од стране јавног тужиоца, у фази истраге, као и одредбе којима се предвиђа могућност одступања од непосредног испитивања сведока и саокривљених на главном претресу. У закључним разматрањима аутори критички сагледавају наведене одредбе, праксу Европског суда за људска права, као и њихов међусобни однос.

Кључне речи: *испитивање сведока, право на правично суђење, начело непосредности, европски суд за људска права*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Право окривљеног и његовог браниоца да испитују сведоке оптужбе је саставни део права на правично суђење и корпуса тзв. минималних права окривљеног. Оно је гарантовано како међународним документима, међу

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу
ivan@prafak.ni.ac.rs

* приправник – волонтер, Виши суд у Нишу, lukanis92@gmail.com

којима је најзначајнија Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, тако и домаћим правом. Остваривањем овог права одбрана настоји да оспори исказ сведока оптужбе или њихов кредибилитет, те на тај начин оспори и саме чињеничне наводе оптужбе. Стога је право на испитивање сведока у корелацији са основним начелима кривичног поступка. У питању је, најпре, принцип једнакости оружја и начело контрадикторности, које овлашћује одбрану да се изјасни о свим наводима и предлозима супротне странке.¹ Суштинско остваривање права на испитивање сведока превасходно је могуће на усменом главном претресу, уз непосредно испитивање сведока и саокривљених. На овај начин долази до непосредног процесног суочавања одбране и сведока приликом унакрсног испитивања, у присуству чланова судећег већа, што на најбољи могући начин погодује остваривању права одбране у кривичном поступку.

Међутим, у пракси долази до изузетака. Неретко се на главном претресу врши увид у записнике о испитивању сведока и саокривљених у фази истраге. Уколико су окривљени и његов бранилац присуствовали овим истражним радњама и имали могућност да овим лицима постављају питања, неће доћи до суштинског ускраћивања права на испитивање сведока, и поред одступања од начела непосредности.² Међутим, уколико одбрана није имала могућност да испитује ова лица, долази се до ситуације у којој су права окривљеног значајно ограничена. Ипак, вршење увида у исказе сведока и саокривљених, које одбрана није имала могућности да испитије, није забрањено ни према домаћем праву, ни према пракси Европског суда за људска права. Питање је само под којим условима би суд могао прибећи оваквом извођењу доказа и какве се процесне гаранције у том смислу морају обезбедити одбрани.

2. ПРАВО НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Поштовање основних људских права представља огледало демократског друштва. Посебно је важно обезбедити њихово поштовање приликом вођења судског поступка, односно, онда када се појединац налази у интеракцији са државом, оличеном у виду њених органа, надлежних за обезбеђење поштовања захтева, којима она нормира понашање појединаца. Додатну тежину носи са собом поступање према окривљеном током вођења

¹ Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш, 2012, 132.

² Ипак, могуће је замислити и другачију ситуацију, у којој је оптужни акт у међувремену измењен тако да обухвата нове чињеничне наводе. У овој ситуацији, сматрамо да ће се одбрани морало омогућити поновно испитивање раније испитаних лица у односу на нове чињеничне наводе.

кривичног поступка. Тада је потребно уравнотежити *ius puniendi* са правима потенцијалног извршиоца кривичног дела. Додамо ли томе захтев за ефикасно окончање кривичног поступка, како би се по окривљеног отклонило стање неизвесности, јасно је да оно што чини синтагму “правично суђење” не представља нимало лак задатак. Тај захтев неоспорно доприноси владавини права, правној сигурности и, надасве правди. Све се то рефлектује на поверење грађана у правосуђе, а за државу значи већи кредибилитет пред међународном заједницом. Скуп најзначајнијих стандарда у судском поступку чини право (начело) фер и правичног суђења, које постепено израста у стожерно³ (над)начело савременог правног поступка.

Примарна улога у успостављању правног стандарда “правичног поступка” припада законодавству. Неопходно је да у релевантне прописе буду уграђена таква решења, која омогућавају склапање слагалице, која твори стандард поступка који је, узев у целини, правичан. Но, то је само подлога на коју је неопходно надоградити ваљану примену тих истих прописа, како њихове одредбе не би остале “мртво слово на папиру”. Управо у тој, секундарној фази долази до проблема у транзиционим земљама (убрајајући и Србију). Утисак је да је наша земља последњих година направила крупне кораке у циљу усклађивања своје нормативе са европским стандардима. Међутим, остао је тежи задатак - омогућити ефективну примену прописа на начин који би исходовао и омогућио право на правично суђење.

Скуп права од којих се састоји правичан поступак статуиран је у најзначајнијим међународним документима о људским правима. Најпре је садржано у члану 10. *Универзалне декларације о правима човека*⁴, затим у *Међународном пакту о грађанским и политичким правима*⁵, и најзад, у тексту *Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*⁶, којом се предвиђа да „Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона” (члан 6).

Право на фер и правично суђење експлицитно је предвиђено *Уставом Републике Србије*⁷, у члану 32 који носи наслов “Право на правично суђење”. Њиме се установљава право свакога да му суди независан, непристрасан и

³ Давор Крапац, *Казнено процесно право, прва књига: институције*, Загреб 2000, 83.

⁴ Усвојена 10. децембра 1948. године у Паризу, А/RES/217.

⁵ Усвојен Резолуцијом 2200А (XXИ) Генералне скупштине 16. децембра 1966. године.

⁶ Усвојена у Риму 4. новембра 1950. године, ETS/STE No. 005

⁷ "Службени гласник РС", бр. 98/06.

законом установљен суд, који треба да јавно, правично и у разумном року одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње и оптужбама против њега. У члану 1 Законика о кривичном поступку,⁸ којим је статуиран циљ вођења овог поступка, да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, у законито и *правично* спроведеном кривичном поступку, такође је прописано. На тај начин је начело правичног поступка и у нашем процесном закону постало својеврсно надначело.⁹

Из наведених релевантних одредаба међународних и националних правних докумената произилази да се начело правичног поступка састоји из низа права (елемената), који би се могли поделити на опште и посебне.¹⁰ Општи елементи се односе на судски поступак уопште, док се посебни елементи односе искључиво на кривични поступак. Право на приступ правосуђу, право странака да присуствују радњама у поступку и да буде саслушане, једнакост оружја, забрана коришћења незаконитих доказа, право на образложену судску одлуку и суђење у разумном року су општи елементи овог начела, док претпоставка окривљеникове невиности и посебне гаранције одбране чине посебне елементе. У посебне гаранције одбране окривљеног спадају право да у најкраћем року буде обавештен о разлозима оптужбе, на језику који разуме, да има довољно времена за припремање одбране, право на личну и стручну одбрану, право на бесплатну помоћ преводиоца, право да обезбеди сведоке у своју корист и да испитује сведоке оптужбе (члан 6. став 3. Европске конвенције). На основу ових права се обезбеђује процесна равноправност окривљеног у кривичном поступку.

3. ПРАВО ОКРИВЉЕНОГ НА ИСПИТИВАЊЕ СВЕДОКА У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Право окривљеног на испитивање сведока изричито је гарантовано чланом 6. став 3. тачка д Европске конвенције за заштиту људских права и

⁸ „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

⁹ Више о односу међу начелима кривичног поступка: Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2014, 54-56, С. Кнежевић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2015, 45-47.

¹⁰ Више о елементима права на правичан поступак види: Милан Шкулић, „Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку“, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2010, 587-611; В. Ђурђић, „Начело правичног поступка“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, Београд, бр. 3/2006, 67-93.

основних слобода, као саставни елемент права на правично суђење, и као једно од тзв. минималних права окривљеног.¹¹ Минимална права окривљеног представљају најнижи праг заштите у кривичном поступку.¹² Ова одредба предвиђа да свако ко је оптужен за кривично дело има право да сам, или преко браниоца, испитује сведоке оптужбе и да обезбеди присуство и испитивање сведока у његову корист од истим условима који важе за сведоке оптужбе. Европски суд за људска права је у својој пракси бројним ставовима прецизирао значење ове генералне одредбе. Најпре, суд је истакао да ова одредба садржи принцип према коме сви докази против оптуженог морају бити непосредно изведени на јавном суђењу, у складу са принципом контрадикторности, усмености и непосредности. Ипак, суд је утврдио да коришћење изјава сведока, које су прибављене у предистражном и истражном поступку, само по себи не представља кршење ове одредбе, под условом да су поштована права одбране. То значи да одбрана мора имати адекватну и одговарајућу могућност да испита сведока оптужбе, било у моменту давања оваквог исказа, било у каснијој фази поступка.¹³

Међутим, суд је закључио да су могућа одступања и од овог правила.¹⁴ Под одређеним условима, вршење увида и читање исказа сведока, који су дати у ранијој фази поступка, а које одбрана није имала могућности да испитује ни у једној фази поступка, ипак неће представљати повреду права на правично суђење. У својој старијој пракси, суд је истицао два услова која морају бити кумулативно испуњена. Најпре, мора постојати добар разлог за одсуство сведока са главног претреса. Осим тога, осуда се не сме искључиво или у одлучујућој мери заснивати на исказима сведока које одбрана није имала прилику да испитује. У супротном, права одбране су ограничена у мери која представља повреду права на правично суђење.¹⁵

Ипак, пракса суда се променила 2011. године када је о овом питању први пут одлучивало Велико веће суда у предмету *Al-Khawaja and Tahery v.*

¹¹ Више о томе: David Harris, Michael O' Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, and others, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, 483- 489, Dragoljub Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd, 2012, 265-267, Phillip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011, 302-305.

¹² Тамил Салаховић, Дамир Бубало, „Право на одбрану према зајкону о казненем поступку републике Хрватске“, *Анали Правног факултета у Зеници*, бр. 9, година 9, 242.

¹³ *Lucà v. Italy*, app. no. 33354/96, §§ 40-43; *Kovač v. Croatia*, app. no. 503/05, § 26.

¹⁴ Вид. Нихад Укић, „Право да се позову и испитају сведоци у кривичном поступку – међународни стандарди“, *Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије*, Ниш, 2012, 85-86.

¹⁵ *Saka v. Albania*, app. no. 44023/02, § 102; *Khametshin v. Russia*, app. no. 18487/03, § 32.

the United Kingdom.¹⁶ Суд је, најпре, заузео став да вршење увида у исказе одсутних сведока, који су искључиви или одлучујући доказ против оптуженог, не представља аутоматску повреду члана 6 Конвенције. Прихватање оваквих исказа свакако носи у себи опасност по остваривање права одбране. Међутим, неопходно је испитати да ли су домаћи судови применили одговарајуће процесне мере заштите и да ли су постојали одговарајући фактори противтеже („counterbalancing factors“), који би гарантовали поузданост исказа одсутног сведока. Дакле, уместо доташњег строгог правила, суд је увео процену постојања баланса између права и интереса одбране и остваривања правде. Тако је принцип пропорционалности нашао своју примену и у погледу овог правног питања. Пресуда Великог већа била је критикована у издвојеном мишљењу двоје судија који су навели да је овом пресудом суд, по први пут, без убедљивог или посебно новог разлога, умањио степен заштите који се појединцу гарантује у погледу одређеног права.

И поред несигурности у теорији у погледу примене новоуспостављених принципа у наредним случајевима, с обзиром да се предмет *Al-Khawaja and Tahery* тицао англосаксонског правног система¹⁷, Велико веће суда је потврдило наведене принципе у следећем значајном случају - *Schatschaschwili v. Germany*.¹⁸ Суд је у овом предмету заузео став о међусобном односу између три критеријума, које треба ценити приликом оцене оправданости прихватања исказа одсутних сведока. Утврђено је да ови критеријуми не морају бити кумулативно испуњени. Наиме, непостојање доброг разлога са одсуство сведока са главног претреса јесте значајан фактор за оцену постојања повреде права на правично суђење, али неће само по себи представљати повреду овог права, уколико су у конкретном случају постојали фактори противтеже којима је обезбеђено право на одбрану. Такође, суд је истакао да се постојање фактора противтеже мора испитати не само у случајевима када су спорни искази били искључиви, или одлучујући доказ против окривљеног, већ у случају када њихова доказна снага није у потпуности јасна. Што је њихова доказна снага јача, то ће суд инсистирати на постојању снажнијих фактора противтеже. Овакви ставови су резултат тога што право окривљеног на испитивање сведока не може бити схваћено као засебно људско право, већ искључиво у вези са осталим елементима права на правично суђење. Без обзира на то које питање везано за члан 6 Европске конвенције се поставља пред суд, истиче се да је његов

¹⁶ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, app. no. 26766/05 22228/06.

¹⁷ Bas de Wilde, „A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases“, *International Journal of Evidence and Proof*, 2013 (17), volume 2, 181.

¹⁸ *Schatschaschwili v. Germany*, app. no. 9154/10.

превасходни задатак да утврди да ли је поступак, као целина, био неправичан.¹⁹

Наводимо и праксу суда у погледу оцене испуњености сваког од три појединачна услова за ограничење права на испитивање сведока. Дobar разлог за одсуство сведока са главног претреса, и самим тим добар разлог за вршење увида у ранији исказ овог сведока, може постојати у случају његове смрти²⁰, болести²¹, недоступности државним органима²² или страха од појављивања пред судом.²³ Када је у питању недоступност сведока, суд је истакао да домаћи органи имају обавезу да предузму све разумне мере ради обезбеђења присуства сведока. Чињеница да се сведок налази у иностранству није сама по себи довољна за вршење увида у његов исказ. Државе у том случају имају обавезу коришћења механизма међународне правне помоћи.²⁴ Страх сведока од појављивања пред судом и давања исказа ће бити прихваћен као добар разлог за одсуство сведока са главног претреса, у случају да постоје објективни разлози за такав страх који су поткрепљени доказима.²⁵

Према ставу суда, анализа постојања довољних фактора противтеже, којима се обезбеђује право на одбрану, обухвата оцену начина на који је домаћи суд приступио оцени исказа одсутног сведока, оцену постојања и доказне снаге других инкриминишућих доказа, као и оцену постојања процесних мера којима се надомешћује хендикеп одбране у погледу немогућности директног унакрсног испитивања.²⁶ У том смислу, домаћи судови имају обавезу да са посебном пажњом приступе оваквим доказима, да обрате пажњу на кредибилитет сведока, као и на поузданост самог исказа. Процесне мере којима се надомешћује немогућност директног унакрсног испитивања могу обухватати постављање посредних писаних питања сведоку, као и испитивање сведока у присуству посебно постављеног браниоца окривљеног.

¹⁹ *Salduz v. Turkey*, app. no. 36391/02, § 50.

²⁰ *Mika v. Sweden (dec.)*, app. no. 31243/06, § 37.

²¹ *Bobes v. Romania*, app. no. 29752/05, §§ 39-40.

²² *Bátěk and Others v. the Czech Republic*, app. no. 54146/09.

²³ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, app. no. 26766/05 22228/06.

²⁴ *Schatschaschwili v. Germany*, app. no. 9154/10.

²⁵ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, app. no. 26766/05 22228/06.

²⁶ *Schatschaschwili v. Germany*, app. no. 9154/10, § 145.

4. ПРАВО ОКРИВЉЕНОГ НА ИСПИТИВАЊЕ СВЕДОКА У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

Право окривљеног на испитивање сведока је гарантовано Уставом, као једно од његових посебних права. Члан 33 став 5 предвиђа да свако коме се суди за кривично дело има право да сам, или преко браниоца, испитује сведоке оптужбе. Законик о кривичном поступку регулише остваривање овог права, како у фази истраге, тако и у фази главног претреса. За предмет овог чланка од посебног значаја су одредбе члана 300, који регулише присуство доказним радњама у истрази, као и члан 406, који предвиђа могућности за вршење увида у раније исказе сведока, саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу, у фази главног претреса.

4.1. Процесне гаранције за остваривање права на испитивање сведока у истрази

Члан 300. Законика о кривичном поступку предвиђа да је јавни тужилац дужан да браниоцу осумњиченог упуту позив да присуствује саслушању осумњиченог, односно да осумњиченом и његовом браниоцу упуту позив да присуствују испитивању сведока или вештака. Сматрамо да би ова одредба требало да садржи и дужност тужиоца да позове осумњиченог и његовог браниоца да присуствују и саслушању саосумњичених, а не само сведока и вештака. Став је и Европског суда за људска права да се право окривљеног на испитивање сведока, једнако односи и на саокривљене.²⁷ Члан 300. даље предвиђа да се наведене доказне радње могу предузети и одсуству уредних позваних лица. Посебно је проблематична одредба става 4 овог члана, која предвиђа да јавни тужилац може, по одобрењу судије за претходни поступак, предузети испитивање сведока или вештака и у случају да позив осумњиченом и његовом браниоцу није достављен у складу са одредбама овог законика. Сматрамо да је ова одредба у супротности са принципом једнакости оружја и начелом контрадикторности, посебно због изостанка прецизног нормирања случајева у којима овакво предузимање доказних радњи може бити оправдано, као и критеријума којима би се водио судија за претходни поступак приликом давања одобрења. Ставом 2 истог члана је предвиђено и да у поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању

²⁷ Dimović v. Serbia, app. no. 24463/11.

ако оцени да њихово присуство може утицати на сведока. Такође је предвиђено да се у том случају судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока. И поред ове значајне гаранције, сматрамо да законодавац није довољно јасно предвидео какав утицај осумњиченог и браниоца на сведока може представљати добар разлог за ограничење права одбране. Наведене одредбе посебно добијају на значају када се имају у виду могућности за одступање од непосредног испитивања сведока у фази главног претреса.

4.2. Остваривање права на испитивање сведока на главном претресу

Одредбом члана 406. ст. 1 је предвиђена могућност за вршење увида у садржину записника о ранијем испитивању сведока, саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу. У теорији се сматра да је овом одредбом омогућено не само коришћење доказа добијених у предсудећем делу кривичног поступка, већ и у неком другом кривичном поступку, што би представљало најдрастичнији пример одступања од начела непосредности.²⁸ Иако домаћа судска пракса углавном стоји на становишту да је коришћење исказа датих у другом кривичном поступку супротно законским одредбама, има и другачијих примера. Тако је пресудом Апелационог суда у Београду Кж1 По2 6/10 заузет став да се судска одлука може заснивати и на записницима сачињеним пред судом друге државе, када се они у свему изведени у складу са одредбама Законика о кривичном поступку.

Када је реч о конкретним могућностима за вршење увида у раније састављене записнике, најпре је предвиђено да се на главном претресу може извршити увид у записнике о раније испитаним лицима, уколико су та лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних разлога. Упоредном анализом се може закључити да су у питању разлози за одступање од начела непосредности које, као ваљане, оцењује и Европски суд за људска права.

На исти начин ће се поступити када су странке сагласне да се записници о ранијем испитивању сведока или вештака читају, уместо непосредног испитивања сведока или вештака који није присутан, без обзира да ли је био позван или не. Међутим, сходно одредби чл. 406. ст. 2, записници о ранијем испитивању тзв. привилегованих сведока, који су ослобођени од дужности сведочења, не могу се читати уколико та лица нису

²⁸ Саша Кнежевић, „Начело непосредности“, *Усклађивање права Србије са правом ЕУ – Тематски зборник радова*, Ниш, 2014, 219.

уопште позвана на главни претрес, или уколико су на главном претресу изјавила да неће да сведоче.

Трећа могућност за вршење увида у раније исказе сведока и вештака постоји уколико су ова лица већ испитана непосредно пред истим председником већем, или уколико је њихово испитивање извршено ван главног претреса, због њихове немогућности или знатне отежаности да се појаве пред судом. Ова одредба се најчешће примењује у случају када главни претрес почне изнова, услед укидања првостепене пресуде, или промена у саставу већа. Ипак, указујемо да она може бити примењена и у случају понављања поступка лицу осуђеном у одсуству, с обзиром да се понављање поступка у овом случају, по правилу, врши пред истим председником већа. У овом случају, оправданост одступања од начела непосредности се мора посебно ценити с обзиром да сам окривљени није имао могућност да сведоку лично поставља питања.

До одступања од начела непосредности долази и у случају да сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу. У овом случају, суд може новчано казнити сведока у складу са чл. 101. ЗКП. Уколико и након две изречене новчане казне сведок одбије да сведочи, суд може извршити увид у његов ранији исказ.

Коначно, суд може извршити увид у исказ саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен, или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом (члан 406. ст. 1 тач. 5). Правна теорија сматра посебно проблематичним некритичку примену употребе записника о саслушању саоптуженог према коме је кривични поступак раздвојен. У том смислу, сасвим је могуће да садржина исказа саоптуженог у условима контрадикторног извођења доказа, уз присуство осталих саоптужених, не би била истоветна оној која је произашла из исказа датог без могућности суочења са осталим саоптуженима.²⁹ Осим тога, сматрамо да у овом случају не постоји јасан и добар разлог, у смислу стандарда Европског суда за људска права, за ограничење права окривљеног. Стога некритичка примена ове одредбе може имати за последицу доношење пресуда против Републике Србије пред овим судом.

Посебна правила, пак, важе у случају понављања поступка једном од саокривљених који је осуђен у одсуству. У том случају суд нема избор у погледу тога како ће поступити са исказима других осуђених саучесника. Члан 481. ст. 2. предвиђа да се саучесник окривљеног, који је већ осуђен, не може саслушавати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља у складу са чланом 406. став 1. тачка 5. ЗКП, с тим да се пресуда не може искључиво, или у

²⁹ *Ibid*, 221.

одлучујућој мери, заснивати на таквом доказу. Истиче се да је саслушање и суочење у овом случају искључено да би се избегла ситуација квазипонављања поступка у односу на саучесника коме је суђено у присуству и који на такво понављање поступка нема право, али и да се осуђени саучесник не би појављивао у двоструком својству, као саучесник и као лице које сведочи о догађају за који је осуђено.³⁰

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Тешко је говорити о усклађености одредаба Законика о кривичном поступку са праксом Европском суда за људска права, с обзиром на промењену праксу овог суда у погледу могућности да окривљени буде осуђен на основу исказа сведока и саокривљених које одбрана није имала могућности да испитује. Како је у пракси овог суда уместо ранијег генералног правила прихваћена оцена свих релевантних околности у сваком конкретном случају, тешко је *in abstracto* утврдити непостојање сагласности појединих законских одредаба са садашњим „релаксираним“ правилом. Ипак, сматрамо да би у домаћем праву требало да се инсистира на поштовању два главна услова, тј. да би увек морао постојати добар разлог за одсуство сведока или саокривљеног са главног претреса, те да се осуда не би смела искључиво, или у одлучујућој мери, заснивати на исказима ових лица. Поштовање ова два правила води ефективној могућности одбране да оспорава исказе кључних сведока, те самим тим остварењу основних начела кривичног поступка – начела контрадикторности и принципа једнакости оружја.

Разлози за одступање од начела непосредности у фази главног претреса, прописани чл. 406. ст. 1. ЗКП, не морају у сваком конкретном случају представљати оправдане разлоге за вршење увида у записнике о исказима раније испитаних сведока и окривљених. То је посебно случај са могућношћу вршења увида у исказ саоптуженог, према коме је поступак раздвојен. Питање је да ли би Европски суд за људска права прихватио као добар разлог чињеницу да се против саучесника воде два одвојена кривична поступка, те да они не би требало да се у различитим поступцима појављују у различитим процесним улогама. Процесни закон би такође требало да садржи изричиту и општу забрану да се осуђујуће пресуде искључиво или у одлучујућој мери заснивају на исказима сведока и саокривљених, које

³⁰ Горан Илић, Миодраг Мајић, Слободан Бељански, Александар Трешњев, *Коментар Законика о кривичном поступку, према Законику из 2011. године са изменама и допунама из 2011. године*, ЈП Службени гласник, Београд, 2012, 1029.

одбрана није имала прилику да испитује. Важећим одредбама ЗКП-а је ова забрана прописана само у два специфична случаја – када је реч о исказу сведока који је испитан од стране јавног тужиоца посебне надлежности у фази истраге, без позивања осумњиченог и његовог браниоца, и исказу осуђеног саучесника, у случају понављања поступка осуђеном у одсуству. Осим тога, сматрамо да има места и побољшању законских одредби које се тичу остваривања права одбране на испитивање сведока и саокривљених у фази истраге. У том смислу, требало би предвидети обавезу јавног тужиоца да позива окривљеног и његовог браниоца да присуствују испитивању не само сведока, већ и других саокривљених. Такође, потребно је изменити одредбе које се тичу могућности да се приступи испитивању сведока у истрази, иако окривљени и његов бранилац нису уредно позвани.

Ivan ILIĆ

Assistant, Faculty of Law, University of Niš

Luka ANĐELKOVIĆ

trainee – volunteer, Higher Court in Niš

RIGHT TO EXAMINE WITNESSES IN CRIMINAL CASES – INTERNATIONAL STANDARDS AND DOMESTIC LAW

Summary

The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms provides that everyone charged with a criminal offence shall have right to examine, or have examined, witnesses against him. According to the case-law of the European Court of Human Rights, this provision does not imply the general rule that a defendant may not be convicted on the basis of witness' statements, who the defence did not have the opportunity to cross-examine. However, the Court has established certain standards which must be assessed in such situations. It has to examine whether there was a good reason for non-attendance of a witness at a trial, whether the statement of an absent witness was sole or decisive basis for the defendant's conviction, as well as whether there were sufficient counterbalancing factors to compensate handicaps under which defence laboured. Regarding domestic law, Serbian Code of Criminal Procedure contains provisions which serve as a prerequisite for exercise of the right to examine witnesses for the prosecution, as well as co-accused persons. Analyzing these provisions, the authors give their opinion that not all reasons, provided by the CCP as a justification for reading out witness' statements at a trial, should be deemed justified. The authors also give their suggestion that the CCP should provide a general rule that a defendant may not be convicted on the basis of witness' statements, in a situation where defence did not have the opportunity to cross-examine that witness. Currently, this rule is prescribed only regarding two very specific procedural situations. Finally, the authors propose certain amendments to the CCP which would ensure exercise of the right to examine witnesses in the phase of investigation. First, public prosecutor should be obliged to summon a suspect and his attorney to attend, not only examination of witnesses, but also examination of co-suspects. Furthermore, the provision which provide possibility for examination of witnesses by a prosecutor, even in a situation when a suspect and his attorney are not properly summoned should also be amended.

Key words: *witnesses examining, the right to a fair trial, the principle of immediacy, ECHR*

ЛИТЕРАТУРА

1. de Wilde, Bas, *A Fundamental Review of the ECtHR Right to Examine Witnesses in Criminal Cases*, International Journal of Evidence and Proof 2013 (17), volume 2;

2. Harris, David, O' Boyle, Michael, Bates, Ed, Buckley, Carla and others, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014;

3. Leach, Phillip, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2011;

4. Popović, Dragoljub, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd, 2012;

5. Ђурђић, Војислав, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2015;

6. Илић, Горан, Мајић, Миодраг, Бељански, Слободан, Трешњев, Александар, *Коментар Законика о кривичном поступку, према Законнику из 2011. године са изменама и допунама из 2011. године*, ЈП Службени гласник, 2012

7. Кнежевић, Саша, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш, 2014;

8. Кнежевић, Саша, *Начело непосредности, Усклађивање права Србије са правом ЕУ – тематски зборник радова*, Ниш, 2014, 209-225;

9. Кнежевић, Саша, *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш, 2012;

10. Салаховић, Ђамил, Бубало, Дамир, *Право на одбрану према зајкону о казненом поступку републике Хрватске*, Анали Правног факултета у Зеници, бр. 9, година 9, стр. 223-251.

11. Укић, Нихад, *Право да се позову и испитају сведоци у кривичном поступку – међународни стандарди*, у: *Савремене тенденције у развоју правног система Републике Србије*, Ниш, 2012, стр. 79-90.

1. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, app. no. 26766/05 22228/06

2. Bátěk and Others v. the Czech Republic, app. no. 54146/09

3. Bobeş v. Romania, app. no. 29752/05

4. Saka v. Albania, app. no. 44023/02

5. Dimović v. Serbia, app. no. 24463/11

6. Khametshin v. Russia, app. no. 18487/03

7. Kovač v. Croatia, app. no. 503/05

8. Lucà v. Italy, app. no. 33354/96

9. Mika v. Sweden (dec.), app. no. 31243/06

10. Salduz v. Turkey, app. no. 36391/02

11. Schatschaschwili v. Germany, app. no. 9154/10

12. Пресуда Апелационог суда у Београду Кж1 По2 6/10.

мр Бобан СИМИЋ*
Никола АРИТОНОВИЋ*

ПОЛИЦИЈСКА САРАДЊА У ЗЕМЉАМА ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ¹

Апстракт: Међународна сарадња држава одвија се на билатералном, мултилатералном и регионалном плану. У контексту наше теме од посебног значаја је регионална полицијска сарадња која се одвија у региону Југоисточне Европе, којем припадају наша земља и остале државе чланице некадашње СФРЈ. У овом региону се налазе и друге велике земље као што су Албанија, Бугарска, Румунија и Молдавија. Регионална полицијска сарадња има различите облике и углавном се односи на поједина безбедносна питања, проблеме и ризике, као и области рада полиције. Наравно, сваки регион има своје специфичности и стога је потребно имати у виду све околности које могу бити од значаја за боље међусобне односе држава и народа.

Кључне речи: *Србија, унутрашњи послови, полиција, Југоисточна Европа.*

1. УВОД

Сарадња националних полиција држава Европе развијала се од почетака европских интеграционих процеса на *ad hoc* основи, углавном се базирајући на потписивању билатералних и мултилатералних споразума о сарадњи. Државе Европе сарађивале су у оквиру Интерпола,² преко својих

* Предавач, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
boban.simic@kpa.edu.rs

* студент последипломских студија

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Управљање полицијском организацијом успречавању и сузбијању претњи безбедности у Републици Србији“, који финансира и реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду, циклус научних истраживања 2015-2019. година.

² Међународна организација криминалистичке полиције или Интерпол је међународна организација за сарадњу држава у спречавању и откривању обичних кривичних дела и хватању њихових учинилаца. Основана је 1923. године у Бечу, под именом Међународно полицијско удружење. Реорганизована је у Паризу 1946. године када је преименована у Међународну комисију криминалистичке полиције, а седиште јој је премештено у Saint Cloud (Француска). На XXV генералној скупштини у Бечу 1956. године усвојен је нови Статут и том приликом прихваћен садашњи назив ове

националних служби. Почетком седамдесетих година јача иницијатива у оквиру Интерпола за формирање европске секције Интерпола. Овај предлог био је образлаган потребом интензивније сарадње међу државама Европе ради јачања интеревропске сарадње.

Полицијска сарадња европских држава почиње да се одвија на унутрашњем плану, изван граница светске организације. Базира се на борби против међународног криминала, имиграције, азила, трговине дрогом, уметничким предметима и сличним врстама криминала. Оснивају се клубови и групе,³ као неформални облици сарадње држава у области превенције и борбе против разних облика криминала. Међународна полицијска сарадња има за циљ да право и правда буду једнако доступни за све, посебно у кривичноправној материји која је веома осетљива. Смисао сарадње је да сваки злочин буде адекватно третиран, да сваки извршилац буде процесуиран и да жртва (оштећени) буде заштићена и обештећена. У складу са тим овлашћени и специјализовани државни органи су носиоци сарадње у областима унутрашњих послова, правосуђа и безбедности. Порука извршиоцима кривичних дела је да након извршења злочина нигде неће бити сигурни, већ да ће их стићи *заслужена казна* где год да се налазе.

Последице ратних сукоба на територији некадашње Југославије и у региону Западног Балкана биле су веома тешке, а једна од најозбиљнијих била је ерупција криминала и његових најтежих појавних облика. И даље од тога, због чињенице да се ради о некадашњој заједничкој држави, сродним народима и језицима, затим вишедеценијским везама и другим разлозима, дошло је до преливања криминала из једне средине у другу. Евидентна је велика покретљивост криминалних група и извршилаца, који не познају границе и баријере. Као и свака друга криминална организација и *ex YU мафија* познаје само профит, па криминалне групе углавном спаја економска добит и други криминални бенефити. Близина и релативна порозност садашњих државних граница омогућавају брзу дислокацију злочинаца са места злочина, прибежиште у окружењу и потом даље на сигурније дестинације.

Процес криминалне миграције прети да уруши тешко створене нове вредности након ратног сукоба на овим просторима и успостављања сарадње. Због ових и других разлога од непроцењиве је важности да државе

организације. Најважнији органи су Генерална скупштина, Извршни комитет, Веће саветника и Генерални секретаријат. Током 80-их година, седиште је премештено у Лион (Француска).

³ Бернски клуб, Бечки клуб, Квантико клуб, Треви група, „*Ad Hoc*“ Група за борбу против организованог међународног криминала, Група Помпиду, „*Ad Hoc*“ Група за имиграцију и сл.

чланице некадашње федерације и земље Западног Балкана успоставе свеукупну сарадњу у области правосуђа, унутрашњих послова и безбедности.

У домену унутрашњих послова, међународна сарадња држава обухвата неколико важних **области**, као што су: реформа служби безбедности и полиције, борба против организованог криминала, корупције и других најтежих појавних облика криминала, борбу против илегалних миграција и трговине људима, визна либерализација и олакшице, интегрисано управљање границама и др.

2. КОНВЕНЦИЈА О ПОЛИЦИЈСКОЈ САРАДЊИ У ЈУГОИСТОЧНОЈ ЕВРОПИ

Током аустријског председавања ЕУ, у Бечу 5. маја 2006. године, министри унутрашњих послова Албаније, Босне и Херцеговине, Црне Горе, Македоније, Молдавије, Румуније и Србије потписали су Конвенцију о полицијској сарадњи у југоисточној Европи (*Police Cooperation Convention for Southeast Europe, PCC SEE*). Основни циљ држава потписница је продубљивање сарадње ради испуњења заједничких безбедносних интереса и јачање безбедносног партнерства. Конвенција је ступила на снагу 11. јула 2008. године, након ратификовања у државама потписницама. Након тога (25. септембра 2008. године), Бугарска је приступила Конвенцији. Конвенција је најзначајнији међународни документ за правосудну и полицијску сарадњу у југоисточној Европи.

У циљу имплементације Конвенције предвиђено је да државе потписнице закључе појединачне билатералне споразуме, што је до сада у великој мери урађено када су у питању некадашње југословенске федерације. Илустрације ради, тако су закључени Споразуми о међународној полицијској сарадњи Србије са Хрватском и БиХ који су данас важан правни основ за заједнички рад и сарадњу.⁴ Даље се наводе хармонизација норми и процедура у погледу заштите персоналних података, као и стандардизација система комуникација.

Као *видови и облици сарадње* у редовним околностима предвиђени су: размена информација, стандардизација опреме и комуникација, заједничке полицијске операције, заштите од „цурења информација“, мере за спречавање ометања истрага и др. У погледу облика и видова сарадње предвиђају се специјалне истражне технике (СИТ) и методи (СИМ), као што су заштита сведока, сведок сарадник, контролисане испоруке, затим размена

⁴ „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 19/10 и 01/11.

ДНК профила и других идентификационих материјала, обука и размена искустава, официри за везу и други „софтвери“.⁵

Секретаријат Конвенције је од 2008. године са седиштем у Љубљани (Словенија) и има важну сервисну, административно-техничку и мониторинг улогу у погледу примене Конвенције. Секретаријат припрема и предлоге будућих споразума и обавља стандардне послове органа овог типа.⁶

Одлуком министра унутрашњих послова РС формирана је посебна *Радна група за праћење примене Конвенције о међународној полициској сарадњи у Југоисточној Европи*, која формацијски делује при Кабинету министра - Бироу за међународну полицијску сарадњу и евроинтеграције.

3. ОБЛИЦИ И ВИДОВИ МЕЂУНАРОДНЕ ПОЛИЦИЈСКЕ САРАДЊЕ ДРЖАВА ЈУГОИСТОЧНЕ ЕВРОПЕ

а) Асоцијација шефова полиције Југоисточне Европе ((SEPCA - Southeast Europe Police Chiefs Association) је неформални облик сарадње, организација која је формирана 2002. године у Пули (Хрватска) и која окупља актуелне шефове полиција у региону. Главни циљ ове међународне организације јесте унапређење сарадње полицијских служби земаља Југоисточне Европе у складу са демократским принципима. Поред тога ова организација има за циљ да развије полицијску сарадњу у Југоисточној Европи на основу многих заједничких пројеката и да се успостави равнотежа националног развоја у региону Југоисточне Европе.⁷

Основни задаци СЕПЦА организације су:

- развој и одржавање професионалних организација посвећених побољшању рада полиције у региону,
- побољшање услуга способности полиције да се интегришу принципи демократског рада полиције и повећати одзив и одговорности према заједници,⁸

⁵ С. Ђорђевић, „Полицијска сарадња у државама ЈИЕ“, у: Д. Ђукановић, С. Кнезовић, *Србија и регионална сарадња*, ИМПП, Београд, 2010, 223-225.

⁶ Д. Лопандић, Ј. Кроња, *Регионалне иницијативе и мултилатерална сарадња на Балкану*, Београд, 2010, 195-212.

⁷ Видети: Web Cite “Southeast Europe Police Chiefs Association” Internet, <http://sepca-see.eu/about-sepca/aims-and-objectives>, 11/09/2013.

⁸ Више о томе: Жељко Никач, *Полиција у заједници*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2007.

- промовише принципе равноправности у региону, у оквиру полицијске организације у заједници кроз пружање полицијских услуга на исти начин према свим људима,
- промовише и одржава високе етичке стандарде, интегритета и части, да додатно побољша углед професионалне полиције,
- утиче на развој закона, процедура и пракси које ће унапредити делотворности и ефикасности полиције у региону,
- олакша сарадња полиције и размена информација и искуства међу полицијом у региону и широм света,
- подршка регрутовања и обука стручних лица у полицијској професији кроз образовање и истраживања, са фокусом на етничке и полне заступљености у полицијској служби, укључујући и на вишим нивоима,
- подстакне и унапреди истраживање савременог и прогресивног криминала и спречавање нереда, откривање истражних пракси и,
- наставе да воде све неопходне кораке како би осигурали да организација буде адекватно финансирана како би вршила своје дужности и да осигурају да се ефикасно управља тим средствима.

Органи СЕПЦА су Генерална скупштина, Извршни секретаријат и одбори (области: организовани криминал, полиција у заједници, едукација, пројекти, законодавство). Седиште Секретаријата СЕПЦА налази се данас у Софији (Бугарска) и исти орган је задужен за припремање седница ГС и појединих одбора, других активности и остала питања.

У оквиру свог рада организација СЕПЦА реализовала је многобројне пројекте, као што су: Заједничка обука за борбу против организованог криминала за оперативно руководство у југоисточној Европи - ОСТН (*Organized Crime Training Network*); Регионална мрежа жена полицајаца (*Women Police Officer Network*); БЕСА пројекат (*BESA Project*); Блед пројекат у односу на кривична дела у вези са крађом аутомобила (*Bled Process on Stolen Vehicle Crime*); Полиција у заједници (*Community Policing*); Полицијска академија балканска деца (*Balkan Child Police Academy*); Комуникација и ВЕБ пројекат (*Communications and WEB Project*); И24/7 глобална полицијска мрежа (*I-24/7 Main Checking Point Connection*); Полиција предвођена обавештајним подацима (*Intelligence Led Policing*).

б) *Мрежа жена полицијских службеника (WPON - Women Police Officer Network)* је неформални облик сарадње жена које су припадници полицијских служби неколико држава. Удружење је настало као део резултата деловања СЕПЦА, програма и пројеката ове организације. Циљеви Мреже су родна равноправност жена у полицији, управљања каријерама жена у органима државне управе, полицији и други.

У погледу регионалне сарадње и повезивања држава чланица циљ је побољшање контаката, смањење потенцијалних разлика и унапређење конкретних видова сарадње у кључним областима рада као што су борба против организованог криминала, тероризма, корупције, трговине људима и др.

Иако је у питању неформални вид сарадње *WPON* је веома утицајна организација, па тако остварује важне контакте и сарадњу са утицајним и угледним партнерима као што су *OSCE*, *UNIFEM*, *IAWP* и др.

ц) *Полицијски форум (PF - Police Forum)* је следећи у низу неформалних облика сарадње држава региона југоисточне Европе. Форум је основан негде у исто време, тачније 2000. године када је дошло до почетка друштвених реформи на овим просторима. Циљ Форума је да се поспеше и убрзају актуелне реформе служби безбедности и трансформација снага полиције.

Активности Форума реализују се кроз пројекте и пројектне задатке. У овом тренутку актуелни су *пројекти* под следећим називима: а) Регионална полицијска обука (*RPT - Regional Police Training*), б) Мрежа за обуку у борби против организованог криминалитета (*OCTN-Organized Crime Training Network*) и ц) Украдена возила (*SC-Stolen Car*).

У складу са својим активностима Форум има одличну сарадњу са осталим неформалним и формалним асоцијацијама, на који начин је његов утицај евидентан у полицијским и јавним круговима.⁹

д) *Регионална антикорупцијска иницијатива (RAI - Regional Anti-Corruption Initiative)* је значајан облик формалне сарадње држава региона и шире, основана још 2000 године. Из семантичје одреднице види се да је базични циљ борба против корупције у земљама у региону, посебно што се налазе у процесу транзиције и изградње институција. Поред земаља региона члан РАИ је и Молдавија. Иницијатива је истовремени и регионални форум за сарадњу владиног, невладиног и цивилног сектора у овој области.

Под окриљем РАИ спроведени су важни пројекти као што су Истраживање о независности правосуђа, пројекти у сарадњи са УН (*UNODC*) о развоју механизма за надзор правосудних органа и органа за спровођење закона. Република Србија и остале земље региона преузеле су и одређене обавезе у примени *GRECO* програма, те препорука у вези са тим.

е) *Регионална иницијатива за миграције, азил и избеглице (MARRI - Migration, Asylum, Refugees, Regional Initiative)* је важан формални облик сарадње држава региона, основана 2003. године у намери да се осмисли програм помоћи мигрантима, азилантима и расељеним лицима. Циљеви

⁹ Д. Ђукановић, Г. Николић, „Сарадња држава ЈИЕ у области унутрашњих послова и правосуђа“, *НБП*, бр.1, Вол. XIII, Београд, 2008, 37-53.

MARRI су много значајнији и пре свега координација држава у оквиру интегрисаног управљања границама, процесима миграција, азила, визног режима и др процеса. Иницијатива се ослања на добру праксу развијених држава, универзалне стандарде и међународно право.

Главни органи *MARRI* су Регионални форум, Регионални центар у Скопљу и Управни одбор у који улазе представници држава и важних међународних организација (Европска комисија, ПЕСЦ, УНХЦР и др.). Тако је 2004. године у Херцег-Новом (Црна Гора) усвојен Меморандум о оснивању Регионалног форума.¹⁰

У оквиру *MARRI* иницијативе реализује се више значајних пројеката који се односе на различита поља деовања и то: изградњу јединствене базе података за сузбијање трговине људима и подршка жртвама, повећање сигурности докумената и др.¹¹ Значајне активности односе се на борбу против илегалних миграција и с тим у вези јачање сарадње земаља региона.

Подсећамо и на проблеме које има Република Србија у односима са земљама ЕУ због појединаца који злоупотребљавају права и слободе кретања, безвизног режима и азила. Поводом тога реаговала је Влада РС и МУП РС је усвојио посебан подзаконски акт ради контроле тзв виртуелних миграната и азиланата.¹²

ф) *Центар за примену права у Југоисточној Европи ЈИЕ (SELEC – Convention on Southeast European Law Enforcement Centre)* је настао у континуитету са претходним чувеним СЕЦИ Регионалним центром за борбу против прекограничног криминала.

Правни преходник - *SECI (Southeast Cooperation Initiative)* је Регионални Центар за борбу против прекограничног криминала (*Regional Centre for Combating Transborder Crime*), који је почео са радом још 1999. године. Поред држава некадашње СФРЈ чланови СЕЦИ су Албанија, Бугарска, Мађарска, Молдавија, Румунија и Турска, док је већи број земаља ван региона Југоисточне Европе у правном статусу посматрача. Правни основ за формирање и деловање СЕЦИ Центра је *Споразум о сарадњи у активностима спречавања и борбе против организоаног криминала*, према којем су предвиђени конкретни облици сарадње: размена информација, заједничке истраге, кажњавање за кривична дела прекограничног криминала

¹⁰ „*Joint Statement, Ministerial SEECP Meeting/Regional Forum of MARRI*“, Херцег Нови, 2004.

¹¹ Видети фусноту 3.

¹² Уредба о ближем уређивању начина вршења полицијских овлашћења полицијских службеника граничне полиције и дужностима лица које прелази државну границу, „Сл. гласник РС“, бр. 39/11.

и др.¹³ Седиште Центра је и данас у Букурешту где се налазе сви органи у згради Парламента Румуније.

Државе чланице имају своје официре за везу у оквиру Центра и формирале су националне јединице за сарадњу. Од важнијих органа Центра помињемо Комитет за заједничку сарадњу (*JCC – Joint Cooperation Committee*), директора и заменика директора, Секретаријат и специјализоване Радне групе за борбу против: трговине људима и кријумчарења миграната, наркотика, превара и кријумчарења, ВТК и привредног криминала, трговине украденим возилима, тероризма и транспорта опасних материја. Поред размене информација важне активности Центра су координација регионалних полицијских операција, заједнички истражни тимови и др.

Данашњи *СЕЛЕЦ* је правни следбеник СЕЦИ који је наставио традицију и добру праксу претходника. У првом плану су пројекти изградње капацитета у борби против прекограничног криминала, затим боље везе и координација држава и њихоих служби (представника) у овој области, координација с осталим иницијативама (регионалним) и др.¹⁴

4. МУП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ У МЕЂУНАРОДНОЈ ПОЛИЦИЈСКОЈ САРАДЊИ

4.1. Нормативно-правни извори сарадње

Основ за сарадњу МУП-а са иностраним органима можемо наћи како у националном законодавству, тако и у међународним правним актима.¹⁵ Сарадња се може остваривати на нивоу министра као највишем нивоу руковођења и управљања или на нивоу представника МУП-а где могу бити државни секретари, директор полиције, начелници управа у седишту (нпр. УКП, УГП и сл.) или друго лице које је за то овлашћено (шеф кабинета, шеф Бироа и сл.). Поред тога што је међународна сарадња уређена ЗОП-ом она се регулише и ЗКП-ом, ЗО-УСБ-ом и др. Међутим, основни и кровни закон у овој области је Закон о спољним пословима.¹⁶ У последњих неколико година нарочито у Европи међународна сарадња на нивоу министра и шефова полиције добија на значају посебно у области борбе против тероризма, организованог криминала и корупције.

¹³ „Agreement on Cooperation to Prevent and Combating Transborder Crime“, Bucharest, 26 May 1999, http://www.secicenter.org/p169/Legal_framework_SECI_Agreement, 09.11.2012.

¹⁴ Strategy and Work Programm RCC, http://rcc.int/index.php?action=doc_detail&id=149, 51-53.

¹⁵ Више о томе: Жељко Никач, *Међународна полицијска сарадња*, Београд, 2015.

¹⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 116/07, 126/07 – испр. и 41/09 (у даљем тексту ЗСП).

Полиција поседује одређени степен аутономије у међународној сарадњи у односу на министарство које је задужено за спољне послове. Сарадња полиције на оперативном нивоу представља својеврстан вид одступања од строге формалности у међународним односима што олакшава размену података и делотворније поступање полиције. Веома је битно нагласити да се оперативна полицијска сарадња остварује на основу потврђеног међународног уговора.¹⁷ Према ЗЗИМУ о извршавању међународних уговора стара се Влада преко надлежних органа државне управе. Међународне уговоре којима се стварају обавезе за РС извршавају односно прате извршавање органи државне управе у чији делокруг спадају питања која се уређују тим уговорима и о томе обавештавају Владу. Самим тим све међународне уговоре из области унутрашњих послова извршава МУП, односно полиција ако је то из области полицијских послова.

Свакако најважнији правни основ за рад МУП генерално је Закон о полицији, који је лех специалис пропис у области организације и функционисања полиције. Тако се у чл. 19. овог закона, поред осталог, наводи да „међународна полицијска сарадња обухвата полицијске послове које врше надлежне организационе јединице Министарства на територији стране државе, сарадњу са страним полицијским службама, размену полицијских службеника за везу, односно делатност иностраних и међународних полицијских служби на територији Републике Србије.“ У питању је општа норма која се даље разрађује одредбама поменутог закона, који је у међувремену новелиран и посебно у области међународне полицијске сарадње.¹⁸

Субјекти сарадње су у првом реду *МУП РС* као оригинерни носилац међународне полицијске сарадње, који сарађује са надлежним страним органима и организацијама. У сарадњи учествују и остали субјекти из система МУП, као што су *надлежне организационе јединице* које врше полицијске послове и по том основу „могу бити укључене у активности на територији стране државе, сарадњу са страним полицијским службама, размену полицијских службеника за везу, односно делатност иностраних и међународних полицијских служби на територији Републике Србије.“¹⁹

¹⁷ Према Закону о закључивању и извршавању међународних уговора „Сл.гласник РС“, бр. 32/13 - у даљем тексту: ЗЗИМУ, међународни уговор је уговор који РС закључи у писаном облику са једном или више држава или са једном или више међународних организација, регулисан међународним правом, без обзира да ли је садржан у једном или више међусобно повезаних инструмената и независно од његовог назива.

¹⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 101/05, 63/09 и 92/11.

¹⁹ *Ibid.*

Полицијске мисије су специфичан модалитет међународне полицијске сарадње, у којима се представници МУП РС упућују на извршавање полицијских или других мирнодопских задатака у иностранству. Основ за овакву употребу је захтев неке међународне организације (нпр. УН, ЕУ и сл.), односно међународни споразум који је потписала и ратификовала наша држава. Задаци полиције приликом таквог ангажовања могу бити строго полицијски тј. они који се односе на јавну безбедност (нпр. борба против криминала, насиља, тероризма и сл.), а могу бити други али из области унутрашњих послова (нпр. спасилачке мисије, хуманитарна помоћ и сл.). Веома је битно нагласити да на ове задатке се могу упућивати само полицијски службеници који су претходно обучени за такве послове, припремљени за услове у којима се ти послови обављају и са којима је закључен уговор. Када постоји основ и разлог за употребу полиције ван граница Републике Србије, односно када министар тако процени, предлаже Влади доношење одлуке о употреби полиције ван граница.²⁰

Начела, принципи и стандарди на којима се заснива међународна полицијска сарадња су универзалног карактера. У духу начела законитости предвиђено је да се сарадња одвија *у складу са законом* и позитивноправним прописима. Међународна оперативна сарадња је посебно важна и поред осталог заснива се на *поштовању међународних уговора и обавеза* и поштовању *принципа узајамности*.

Важан извор права у овој области чине поједини *међународни уговори, споразуми и протоколи* које је Србија закључила и ратификовала, које се односе на конкретне области (међ.кривичноправна помоћ, Хашки трибунал, Палермо Конвенција о сузбијању организованог криминала, борба против тероризма и др.).

4.2. Органи МУП РС у процесу међународне сарадње

Поред Министарства унутрашњих послова које је стожер међународне сарадње у конекцијама са ино елементом учествују поједине линије рада, органи и организације из његовог састава. У првом реду у питању су специјализоване линије рада из редова Дирекције полиције, а пре свих Управа за међународну оперативну полицијску сарадњу (УМОПС). Даље следе Управа криминалистичке полиције (УКП), Управа граничне полиције (УГП), Јединица за заштиту (ЈЗ) и друге. Биро за међународну сарадњу и европске интеграције (БМС) је део Кабинета министра који такође

²⁰ МУП РС тренутно учествује у мисијама у Либерiji, на Хаитију и на Кипру, где постоје мали комбиновани тимови полицијских службеника у саставу снага Уједињених Нација.

учествује у одређеној врсти међународне сарадње, пре свега у сарадњи која је нормативно-правна, протоколарна и није оперативног карактера. Наравно, одредбама Закона о полицији међународна полицијска сарадња није строго затворена међу поменутиим органима, већ постоји могућност отворене и шире сарадње.

а) *Управа за међународну оперативну полицијску сарадњу (УМОПС)* је формално-правно новоформирана линија рада, иако се *de facto* ради о правном следбенику ранијег НЦБ Интерпола Београд и секције за сарадњу са Еурополом и осталим видовима сарадње. Поменута управа је и даље са седиштем на истој адреси као претходник и у свом саставу има наведене организационе целине, али је формацијски знатно ојачана и има шире компетенције.²¹

Функције Управе обухватају стандардне процедуре и поступке, као што су контакти са надлежним органима, размена информација, развијање интернет и других заштићених корисничких мрежа, расписивање потерница за лицима, трагање за лицима и предметима, изручење лица по захтеву потражиоца и др. Од посебне важности су креирање и одржавање базе података са подацима о извршиоцима кривичних дела, праћење стања и кретања криминалитета, актуелни трендови и процене, и др.

б) *Биро за међународну сарадњу и евроинтеграције (БМС)* је формацијски у склопу Кабинета министра и ради за потребе министра, односно МУП РС који министар представља. Као саставни део Кабинета министра Биро има делегирану надлежност у делу међународне сарадње и процесима европских интеграција. Статусни положај Бироа и остала питања у вези права и обавеза запослених, нормативно-правно су решена подзаконским актима МУП РС. Као део структуре Кабинета министра Биро има организациону и надзорну улогу у погледу контроле, координације, сарадње и контаката МУП РС са ино партнерима. Основни правци деловања Бироа усмерени су према организационим јединицама МУП РС, другим државним органима и међународним субјектима.

У главне пословне процедуре Бироа спадају послови и задаци везани за: европске интеграције и усклађивање прописа са правом ЕУ, вођење преговора за закључивање међународних споразума, упућивање полицијских службеника у међународне (мировне) мисије УН, координацију међународне развојне помоћи (донације) и др.

²¹ Жељко Никач, Бобан Симић, „Улога и задаци МУП РС у међународној полицијској сарадњи, са освртом н формирање нове јединице за оперативну сарадњу“, *УМКП, Међународни стручни скуп, Зборник радова*, Тара, 2012, 360-368.

5. ЗАКЉУЧАК

Након окончања оружаног сукоба и успостављања мира отпочео је дуго очекивани процес помирења, изградње нових добросуседских односа и међусобне толеранције. У духу европских интеграција државе сукцесори СФРЈ и остале земље Западног Балкана нормализовале су своје односе, па су отворена бројна питања из међусобних релација и сарадње у свим областима суживота на овим просторима. У том контексту посебно је актуелизована сарадња у осетљивим областима правосуђа, унутрашњих послова, безбедности и одбране, јер новонастале државе имају идентичне проблеме и изложене су сродним безбедносним и другим ризицима.

У складу са тим покренута је реформа полиције и трансформација МУП РС, па је поред унутрашње овај процес добио и међународну димензију. Она се огледа у успостављању добросуседских односа Републике Србије са осталим земљама сукцесорима некадашње СФРЈ, па сходно томе је и развој сарадње у области *унутрашњих послова, безбедности и правосуђа*. Саставни део сарадње у материји безбедности у ширем смислу је сарадња у домену *одбране*, али због наслова теме и ограничености простора о томе није било посебно речи. Сарадња МУП РС и његових линија рада са колегама из осталих служби у региону од великог је значаја за сузбијање организованог криминала, тероризма, корупције и других најтежих појавних облика криминалитета. У новије време посебан облик сарадње постоји у погледу борбе против хулиганизма и свих облика насиља на јавним местима, са елементима дискриминације и сл.

Из тих разлога је сарадња полиција у региону од великог значаја, јер се тако шаље заједничка порука да нико од извршилаца не може бити амнестиран за своја дела и не може измаћи суду правде. То се видело и по резултатима које је МУП РС остварио заједно са осталим службама из обавештајне заједнице, посебно у процесуирању осумњичених за ратне злочине и организовани криминал.

Boban SIMIĆ, LL.M.

Lecturer, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Nikola ARITONVIĆ, BA

POLICE COOPERATION IN SOUTH EASTERN EUROPE

Summary

International police cooperation aims to law and justice are equally available to all, particularly in criminal matters, which is very sensitive. The countries of Europe have cooperated in the framework of Interpol, through their national agencies. However, police co-operation of European countries begins to take place at the national level, beyond the boundaries of the world organization. It is based on the fight against international crime, immigration, asylum, drugs, art objects and similar types of crime. Clubs and groups are established, and informal forms of cooperation between countries in the field of prevention and fight against various forms of crime. During the Austrian presidency of the EU in Vienna on 5 May 2006, the interior ministers of Albania, Bosnia and Herzegovina, Montenegro, Macedonia, Moldova, Romania and Serbia signed the Convention on Police Cooperation in Southeast Europe. The main objective of States Parties to the deepening of cooperation in order to pursue common security interests and strengthening security partnership. The Convention is the most important international document on judicial and police cooperation in Southeast Europe. The forms of police cooperation in SEE are formal and informal, significant informal organisations are: Association of Chiefs of Police SEE as an organization that was formed in 2002 in Pula (Croatia), which brings together current police chiefs in the region. This organization aims to develop police cooperation in South East Europe on the basis of a number of joint projects and to balance national development in Southeastern Europe. The network of women police officers is also an informal form of cooperation of women who are members of the police services of several countries. The association was created as part of the results of operation SEPCA, programs and projects of the organization. The objectives of the Network of the gender equality of women in the police administration careers of women in the state administration, police and others. Police forum is the next in a series of informal forms of cooperation between the countries of the region of Southeast Europe. Forum was founded around the same time, namely in 2000 when there was the beginning of social reforms in the region. The aim of the Forum is to enhance and accelerate the ongoing reform of the security forces and the transformation of the police. Regional Anti-Corruption Initiative is an important form of formal cooperation between the countries of the region and beyond, founded in 2000. Regional Initiative for Migration, Asylum and Refugees

is an important form of formal cooperation between the countries of the region, established in 2003 in order to design a program to help migrants, asylum seekers and displaced persons. Police cooperation in the region is of great significance, because it sends a united message that none of the perpetrators can not be pardoned for their crimes and can not escape the Court of Justice. This was shown by the results that the RS MUP achieved together with other agencies of the intelligence community, particularly in the prosecution of suspected war crimes and organized crime.

Keywords: Serbia, Home Affairs, Police, South East Europe.

ЛИТЕРАТУРА

1. „Agreement on Cooperation to Prevent and Combating Transborder Crime“, http://www.secicenter.org/p169/Legal_framework_SECI_Agreement, приступ: 30.10.12.
2. Ђукановић Д., Николић Г., „Сарадња држава ЈИЕ у области унутрашњих послова и правосуђа“, *НБП*, бр.1, Вол. XIII, Београд, 2008.
3. Ђорђевић С., „Полицијска сарадња у државама ЈИЕ“, Ђукановић Д., Кнезовић С, *Србија и регионална сарадња*, ИМПП, Београд, 2010.
4. „Joint Statement, Ministerial SEESP Meeting/Regional Forum of MARRI“, Херцег Нови, 2004.
5. Кавран Д., „Европски управни простор, реформа и образовање државне управе“, *Правни живот*, бр. 9/04, Београд, 2004.
6. Лопандић Д, Кроња Ј, *Регионалне иницијативе и мултилатерална сарадња на Балкану*, Београд, 2010.
7. Никач Ж, Симић Б, „Улога и задаци МУП РС у међународној полицијској сарадњи, са освртом н формирање нове јединице за оперативну сарадњу“, *УМКП, Међународни стручни скуп, Зборник радова*, Тара, 2012.
8. Правилник о организацији и систематизацији послова у МУП РС, Пов.бр. службено, Београд, 2012.
9. Споразум о међународној полицијској сарадњи Србије и БиХ, „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 19/10.
10. Споразум о међународној полицијској сарадњи Србије и Хрватске, „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 01/11.
11. Уредба о ближем уређивању начина вршења полицијских овлашћења полицијских службеника граничне полиције и дужностима лица које прелазу државну границу, „Сл. гласник РС“, бр. 39/11.
12. Уредба о начелима за унутрашње уређење МУП, „Сл. гласник РС“, бр.08/06.
13. Закон о закључивању и извршењу међународних уговора „Сл. лист СФРЈ“, бр. 55/78 и 44/89.
14. Закон о министарствима, „Сл. гласник РС“, бр. 72/12.
15. Закон о полицији, „Сл. гласник РС“, бр.101/05, 63/09 и 92/11.
16. Закон о потврђивању Конвенције о полицијској сарадњи у ЈИЕ, „Сл. гласник РС“, бр. 70/07.
17. Закон о потврђивању Конвенције о Центру за спровођење закона у ЈИЕ, „Сл. гласник - Међународни уговори“, бр. 8/11.

Др Марија МИЋОВИЋ*

ЕКОЛОШКИ ИЗАЗОВИ КАО ПРЕТЊА ЉУДСКОЈ БЕЗБЕДНОСТИ¹

Апстракт: Данашњи развој савремене цивилизације обележен је бројним еколошким проблемима који су добили глобални карактер. Еколошка безбедност као један од сегмената опште безбедности повезана је са степеном деградације националних и глобалних екосистема, пожара, поплава и других природних катастрофа, масовног и нерационалног коришћења шума, несташице воде, као и загађивања свих компонената животне и радне средине. Нарушавање еколошке равнотеже у екосистемима за последицу има и смањење стабилности социјалних система јер у природи постоје крајње физичке границе у оквиру којих би човек требао да делује, и да свако прекорачење тих границе представља опасност која доводи до поремећаја и нарушавања еколошке равнотеже.

Кључне речи: еколошка безбедност, здравље, људска безбедност

1. УВОД

Очување животне средине представља незаобилазан фактор благостања и стабилности једне земље. Неоспоран је утицај човека на животну средину као и утицај животне средине на здравље сваког човека. У последњих неколико деценија установе које се баве јавним здрављем све више истичу да здравствени програми и установе све више треба да се баве превенцијом болести, а не само њиховим лечењем. Животна средина делује

* Истраживач-сарадник, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
marija.blagojevic@kpa.edu.rs

¹ Овај рад је резултат реализовања научноистраживачких пројеката „Развој институционалних капацитета, стандарда и процедура за супростављање организованом криминалу и тероризму у условима међународних интеграција (бр. 179045), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, а реализује Криминалистичко-полицијска академија у Београду (2011-2015).

Такође, рад је резултат истраживања на пројекту „Криминалитет у Србији и инструменти државне реакције“, који финансира и реализује Криминалистичко-полицијска академије у Београду, циклус научних истраживања 2015-2019. година.

на људе својим утицајем на здравље, болести и повреде које су изазване разним факторима животне средине.

Животна средина или све што се налази ван људског тела обухвата физичку, биолошку, социјалну, културну и све остале средине које на било који начин могу да утичу на здравствено стање људске популације.² Прву групу фактора који утичу на здравље чине непромењиви фактори ризика везани за пол, старост, тип личности, другу групу фактора чине променљиви фактори ризика.

У дефинисању еколошке безбедности аутори полазе од схватања општег појма безбедности. Сматрају да је еколошка безбедност један од сегмената опште безбедности повезана са степеном деградације локалних и глобалних екосистема несташице воде поплава и других природних катастрофа масовног и нерационалног крчења шума као и загађивања свих елемената животне средине укључујући и нарушавање биодиверзитета.³

У изворе угрожавања еколошке безбедности изазвани или подстакнути активностима људи, убрајају се климатске промене и глобално загревање, промене у атмосфери-смањење озонског омотача, оскудице залиха питке воде и загађење водних ресурса, промене у својствима и функцијама земљишта, укључујући флору и фауну – смањење биолошке разноврсности, оскудице плодног земљишта и неконтролисана сеча шума.

Када се посматрају појединачно, сви наведени облици угрожавања животне средине имају велике последице на промене укупних односа у биосфери.⁴

У изворе угрожавања који су иницирани активностима људи издвајамо:

- глобални поремећај климе;
- уништавање озонског омотача;
- киселе кише;
- смањење биолошке разноврсности;
- уништавање шума;
- деградација земљишта и сл.⁵

² Лука Кнежић, Бранка Стевановић, *Енциклопедија - Животна средина и одрживи развој*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд и Српско Сарајево, Есолибри, 2003.

³ Саша Т. Бакрач, Младен М. Вуруна, Мишко М. Милановић, *Деградација животне средине – утицај на еколошку безбедност*, Војно дело, Београд, јесен 2010, 315.

⁴ Марија Благојевић, Бобан Симић, „Облици и извори угрожавања еколошке безбедности”, *Ecologica*, бр. 66, Београд, 2012, 186.

⁵ Марија Благојевић, „Еколошке деструкције и угрожавање сигурности“, *Криминалистичке теме*, бр.1-2, Сарајево, 2007, 259.

2. ОДНОС ЧОВЕКА И ПРИРОДЕ

Када говоримо о променама у природи које су настале деловањем човека, мислимо на савременог човека, разумног и способног да захваљујући савременим технологијама и тековинама освоји и најнеприступачније делове планете Земље, да потпуно овлада природом и да је максимално искоришћава ради стварања што већег благостања и брзог економског развоја.

Животну средину на планети Земљи савремени човек угрожава у мери која прети да угрози и његов сопствени останак. Загађивање ваздуха, воде и земљишта, па самим тим и хране, поприма драматичне последице, не само на локалном већ и на глобалном нивоу.

Најизраженији облици угрожавања природе су:

- Загађивање атмосфере које доводи до промене климе, подизања светског мора и оштећења озонског омотача,
- Загађивање копнених вода и светског мора,
- Деградација земљишта,
- Уништавање природних екосистема и
- Уништавање и исчезавање појединачних и ретких врста.⁶

Деградирајући екосистеме великим елиминисањем закономерности природне равнотеже, човек условљава и непосредну будућност човечанства, а тиме и постојеће друштвене односе. Друштвени односи и културни аспекти човековог понашања чине основу његовог односа према животној средини много сложенијом и квалитетно другачијом у односу на све друге врсте.

Последице поменутих облика угрожавања још су веће када се њихови негативни утицаји саберу. Промене које су проузроковане човековим деловањем дешавају се толико брзо да природа не може сама да се обнови и опорави. Савремени човек изменио је изглед читавих предела. Опустошени и еродирани терени настали прекомерним уништавањем шума и сточарењем, огромне површине пољопривредног земљишта, различита индустријска постројења и депоније данас карактеришу изглед биосфере.⁷

⁶ Водич за добро управљање у области животне средине, приручник регионалне канцеларије за Европу и Заједницу независних држава УНДП-а, 2003.

⁷ И. Цифрић, Мотиви човјекових поступања према живом свијету, Vol. 16, No. 1 (2007), 79-100.

3. УТИЦАЈ КЛИМАТСКИХ ПРОМЕНА НА ЗДРАВЉЕ

Као што је познато, живот на Земљи је могућ због постојања природног ефекта стаклене басте. Према дефиницији из Оквирне конвенције УН о климатским променама, гасови стаклене басте су дефинисани као они гасни састојци атмосфере, како природни тако и антропогени, који апсорбују и поново емитују инфрацрвено зрачење.

Природни гасови са ефектом стаклене басте су:

- водена пара (H_2O)
- угљен диоксид (CO_2) – главни извори: сагоријевање фосилних горива
- метан (CH_4) – главни извори: моцваре, пиринцана поља
- азот субоксид (H_2O) – главни извори: сагоријевање фосилних горива
- тропосферски озон (O_3) – главни извори: гасови из возила и индустрије у фотохемијским процесима.

У вези са климатским променама, најчешће се расправља о ефекту гасова стаклене баште.⁸ Ефекат стаклене баште је један од чинилаца захваљујући којем се просечна температура на Земљи одржава на нивоу који омогућава живот. Данас су највећи изазови за здравље људи загађен ваздух, вода, земљиште, неправилно одлагање комуналног и опасног отпада, пестициди, радиолошка контаминација, УВ зрачење, бука, глобална промена климе.

Конференција УН о животној средини и развоју (UNCED), која је одржана у Рио де Женеиру у јуну 1992. године, потврдила је централно место глобалне еколошке забринутости за питања као што су глобално загревање и губитак биолошке разноврсности. У периоду од 20 година, између Стокхолмске конференције о човековој животној средини из 1972. године и Конференције УН о животној средини и развоју из 1992. године, није дошло само до великог јачања свести о претњи животној средини од људских активности, како на локалном тако и на глобалном нивоу, већ је дошло и до великог пораста броја међународних правних инструмената који регулишу питања заштите животне средине.⁹

Резултати Конференције о животној средини и развоју, која је одржана 1992. године у Рио де Женеиру, су поред Оквирне конвенције УН о климатским променама, још два основна документа: Агенда 21 и Декларација о животној средини и развоју. Агенда 21¹⁰ је документ који

⁸ Водич за добро управљање у области животне средине.

⁹ Рио Декларација о животној средини и развоју, *Напори УН за бољу животну средину*, Савезно министарство за развој, науку и животну средину, Београд, 1997.

¹⁰ United Nations, Sustainable development, United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992. AGENDA 21. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>.

обухвата оквирни програм активности у области животне средине и развоја и који садржи све најзначајније области релевантне за питања животне средине. Посматрано по структури, овај документ садржи све елементе неопходне за вођење одређене политике: од полазних основа, процене стања, утврђивање циљева, одређивање средстава и механизма за остварење утврђених циљева итд. Подељена је на 4 дијела са укупно 40 подглавља. Основна порука документа јесте захтев за хитним променама и прилагођавању свих активности на планети могућностима и капацитетима животне средине. Основна 4 дијела Агенде 21 су:

1. Социјална и економска питања
2. Заштита и управљање ресурсима за развој
3. Јачање улоге значајних друштвених група
4. Средства за остваривање Агенде¹¹

Рио декларација о животној средини и развоју је усвојена заједно са Агендом 21, на Рио конференцији о животној средини и развоју, 1992. године. У њој је елаборирано 27 основних принципа за управљање активностима које треба да обезбеде одрживи развој. Принципи које Декларација садржи помало лице на покушај да се овим идејама да и нека врста полуправног значаја.

Неки од принципа су: људска бића имају право на здрав и продуктиван живот у хармонији са природом. Државе имају суверено право да експлоатишу сопствене ресурсе али и одговорност да обезбеде да њихове активности не проузрокују штету животној средини. У циљу остваривања одрживог развоја, заштита животне средине представља интегрални део развојног процеса и не може се разматрати одвојено од њега. Неопходна претпоставка одрживог развоја је искорењивање сиромаштва. Истиче се значај приступа информацијама о животној средини, које требају да буду доступне појединцу. Такође је битно да државе, у циљу заштите животне средине, примењују превентивне мере, да загађивач треба да сноси трошкове последица загађивања.

Утицај човекових активности на климу је дуго био занемариван. Године 1990. припремљен је Први извештај Међувладиног панела о климатским променама (IPCC, 1990) и њиме је практично постигнут глобални консензус о дејству човека на климу, а уједно је то била и основа за Оквирну конвенцију Уједињених нација о климатским променама.¹²

У одређивању квалитета човекове животне средине полази се од схватања природе, друштва, човека и њиховог односа. Човек је не само природно биће, већ и психичко и друштвено биће. Стварање квалитетнијих

¹¹ *Ibid.*

¹² Climate Change, The IPCC Scientific Assesment, Intergovernmental Panel of Climate Change, Bracknell, United Kingdon, 1990.

животних услова, за човека се јавља као двојак однос, с једне стране као природан, а с друге стране као друштвени однос. Под појмом квалитет човекове животне средине, у најопштијем смислу, подразумева се релативно стабилна (просторна и временска) одређеност човекове животне средине већим бројем међусобно повезаних фактора из четири основних области: природних и ствараних ресурса, активности и процеса у средини, средстава и мера за остваривање еколошке политике и утицаја човекове животне средине на друштвени развој. Овакво размишљање о квалитету човекове животне средине захтева даљу операционализацију путем индикатора унутар сваке од ових области, одређивање стандарда у складу са друштвено историјским периодом развоја друштва, циљевима и системом вредности у конкретном друштву, или у глобалу када је у питању друштво у целини. Квалитет животне средине треба да омогући опстанак и развој човека као природног и друштвеног, свесног стваралачког и вредносног бића.

Говорећи о квалитету човекове животне средине мислимо пре свега на међусобно повезане факторе и то: природне и створене ресурсе; активности и процесе у средини; средства и мере за остваривање политике заштите животне средине и на утицаје средине на друштвени развој. Дакле, ради се о квалитету природних и друштвених компонената. Природне компоненте обезбеђују човеков биолошки опстанак задовољавањем еколошких и егзистенцијалних потреба, уз очување еколошке равнотеже. О квалитету сваког елемента природне средине може се говорити понаособ.

Здравље можемо, у неком ширем смислу, посматрати као средство путем којег људи могу до краја да испуне и испоље своје функционалне капацитете као потенцијале који дозвољавају да воде један самосталан, друштвени и економски продуктиван живот. Здравље је тесно повезано са економским растом и одрживим економским развојем. У складу са тим инвестирање у здравље и здравствени систем значајно доприноси развоју економије једне заједнице.¹³

Једно од основних и најбитнијих за човека је свакако задовољство својим здрављем, а климатске промене непосредно утичу на тај фактор. Доступност и исправност воде за пиће и хране, као и квалитет ваздуха веома су важни аспекти који утичу на здравље становништва.¹⁴

Директне последице климатских промена као што је пораст температуре, топљење леда, пораст нивоа мора и океана и измена режима

¹³ Марија Благојевић, „Угрожавање животне и радне средине последицама климатских промена“, *Климатске промене – правни и економски изазови*, Правни факултет, Београд, 2011, 147-157.

¹⁴ Climate change and health. Report by the secretariat. World Health Organization: EB 124/11. 20 November 2008.

падавина могу проузроковати значајне проблеме у функционисању људског друштва. Производња и доступност хране и воде, здравље људи, транспорт, снабдевање енергијом само су неки од елемената на којима је засновано функционисање људских заједница, а који су веома зависни од климатских услова и који могу бити значајно дестабилизирани климатским променама. Може се рећи, уз средњи ниво поузданости, да је учесталост суша и поплава порасла у неким деловима света и да је такав тренд повезан са климатским променама. Врло је вероватно да ће човечанство убудуће бити изложено све већем ризику од оваквих појава.¹⁵

Током протеклих деценија Србија се суочила са новим ризицима по људско здравље која су у вези са климатским променама на директан или индиректан начин. Директни ефекти се могу јавити услед пораста температуре, променљивости климе, повећаног интензитета падавина, дужег трајања суша, што све може негативно утицати на људско здравље. За време топлотног таласа у јулу 2007. године, забележена је повећана смртност у Београду. Утврђено је, да ако средња дневна температура порасте изнад 90-тог, 95-ог и 99-ог перцентиља, просечан број умрлих ће порастати за 15,3 %, 22,4 % и 32,0 %. Између 16. и 24. јула 2007. године, укупан број умрлих је износио 167. Од укупног броја умрлих, 151 лице (90%) је било у групи људи старости изнад 75 година што је повећање од 76% процената у односу на референтну смртност. Код лица која су боловала од кардиоваскуларних и малигних неоплазми забележена је највећа смртност (77 и 49 случајева), али највећи релативни пораст смртности повезан је са дијабетесом (286%), хроничним обољењима бубрега (200%), болестима система за дисање (73%) и болестима нервног система (67%). Смртност код жена је била преко два пута већа него смртност код мушкараца. Током поплава у мају 2014. године, забележена је 51 жртва. Поплаве и клизишта су имали директни утицај на људско здравље. Од укупног броја, код 23 особе је узрок смрти био давлeње услед утапања. Индиректна опасност за време поплава је потенцијална контаминација површинских и подземних вода и околних земљишта опасним материјама и отпадним водама (канализацијом). Токсична јаловина излила се у реку Коренита у општини Лозница, када је брана јаловишта попустила услед поплаве. Такође, водоснабдевање општине Мали Зворник је било отежано услед продора тешких метала из рудничких копова у изворе воде за пиће. Други индиректан утицај поплава на сектор здравства је оштећење здравствених установа у 15 општина, од којих су неке и привремено затворено.¹⁶

¹⁵ Горан Секулић, Душка Димовић, Звездан Калмар Крнајски Јовић, Наташа Тодоровић, *Процена рањивости на климатске промене*, Београд, 2012.

¹⁶ Климатске промене и здравље, Програм УН за развој, „Други национални извештај Републике Србије према Оквирној конвенцији УН о промени климе“ који је

Република Србија је усвојила велики број закона у области животне средине тзв. зелени пакет који садржи 16 закона. Такође, израђен је и стратешки оквир који садржи стратегије и планове и то: Национална стратегија одрживог развоја¹⁷, Национална стратегија одрживог коришћења природних ресурса и добара¹⁸, Стратегија биолошке разноврсности Републике Србије за период од 2011-2018¹⁹, Национална стратегија за апроксимацију у области животне средине за Републику Србију²⁰, Национални програм заштите животне средине 2010-2019²¹, Стратегија управљања отпадом за период 2010-2019. године²², Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији.²³

Климатске промене и шуме су суштински повезане. Глобална промена климе кроз повећану средњу годишњу температуру променила је количине падавина тако што је погодила шуме које везују и чувају угљен-диоксид прекомерним експлоатисањем. Сечом и паљењем шуме постају извор гасова стаклене баште. Дрвеће и шуме уклањају угљен-диоксид из ваздуха и конвертују га фотосинтезом у угљеник. Готово је немогуће сагледати штету која настаје уништавањем једног од најважнијих природних ресурса шума које су светско складиште угљеника. Услед загревања мора и океана штете које погађају шумске екосистеме доводе до дефорестације и отпуштања угљеника у атмосферу. Такође, поплаве и олује погађају водене токове од којих дрвеће зависи и имају негативан утицај на здравље шума. Мења се и екобаланс животињских врста са разарајућим последицама. Процене штетног утицаја климатских промена створиће смањење влаге у земљишту, појаву климатских екстрема, смањење вегетационог периода, отежану репродукцију. Предвиђа се да ће климатске промене имати дугорочне штетне последице на дистрибуцију, функцију и продукцију шумских екосистема. Климатске промене су директна претња одрживом развоју човечанства са очекиваним штетним последицама по животну средину, здравље људи, доступност хране и природних ресурса, економију и физичку инфраструктуру. Очекивано је да ће урбане средине претрпети најтеже последице климатских промена. Зна се да Земља постаје урбана

спровело Министарство пољопривреде и заштите животне средине уз техничку подршку Програма УН за развој (UNDP), и финансијску подршку Глобалног фонда за животну средину (GEF), 2016.

¹⁷ „Службени гласник РС“, бр. 57/2008.

¹⁸ „Службени гласник РС“, бр. 33/2012.

¹⁹ „Службени гласник РС“, бр. 13/2011.

²⁰ „Службени гласник РС“, бр. 80/2011.

²¹ „Службени гласник РС“, бр.12/2010.

²² „Службени гласник РС“, бр.29/2010.

²³ „Службени гласник РС“, бр.17/2009.

планета. Све више становника живи у градовима и јасна је потреба за мултидисциплинарном разрадом будућности насеља у светлу климатских промена. У стратегијама и плановима последњих година све је више заступљен концепт одрживог развоја за решење проблема који имају утицај на животне средине због климатских промена. У будућем планирању сеоских и градских насеља мора се водити рачуна о енергетским принципима, као и стварању хумане и еколошке димензије која није данас развијена. Градови ће морати да се прилагоде климатским променама тако што ће остварити концепт раширене зелене инфраструктуре. Мораће се преиспитати одлуке о наменама и начину коришћења градског земљишта. Мораће се створити мрежа зелених и отворених градских простора у циљу очувања хуманије популације и природе у граду. У нашем делу света у југоисточној Европи може се очекивати више температурних екстрема, мање падавина у току лета, више речних поплава током зиме, више температуре вода, варијабилност у приносу житарица, већа опасност од шумских пожара и мања стабилност шумских екосистема. Ове предвиђене промене могу донети драматичне последице као честе суше, недостатак пијаће воде, смањење пољопривредне производње, појаву ендемске глади међу сиромашним слојевима становништва, појаву епидемија, миграције становништва у потрази за водом и храном, као и конфликти око ограничених ресурса.

Последице климатских промена се не огледају само у овим чињеницама. Оне узрокују изумирање неких биљних и животињских врста, као и појаву нових. Такође, могу проузроковати значајне проблеме у функционисању људског друштва. Производња и доступност хране и воде, здравље људи, само су неке од ствари које се могу битно променити. Климатске промене могле би да услове и бројне друштвене проблеме попут масовних сеоба, великих сукоба око мало преосталог обрадивог земљишта, водених ресурса.²⁴

4. ЗАКЉУЧАК

Интензивни економски раст, исцрпљивање природних ресурса, деградација и загађивање планете Земље на глобалном нивоу захтевају заштиту животне средине. Развој технологије и техничких достигнућа треба да омогући квалитетне услове за живот човека али уз минимално нарушавање еколошке равнотеже. Нажалост, услед све интензивнијег

²⁴ Robert Shope, „Global Climate Change and Infectious Diseases“, *Environmental Health Perspectives*, Vol. 96, 1991, 171–174.

пораста производње, животна средина је изложена видним променама које су заступљене и ван места загађења попримајући глобални карактер. Загађење животне средине изазвано људским фактором или пак природним процесима свакако има негативан утицај на људску популацију као и животну средину.

Човек је само део живота и животне средине ни изнад њих ни мимо њих. Предуслов опстанка човека, као и осталог живог света је везан за сунчеву светлост и топлоту, ваздух, воду, земљишни слој, флору и фауну. Човек је конзумент ових фактора али и чинилац њиховог одржања. Отуда деструкција и загађење било ког од њих значи и сопствено тровање.

Због тога су последње деценије двадесетог века у великој мери биле обележене различитим програмима и акцијама у области заштите, обнове и унапређења животне средине, а сигурно је да ће и овај век бити у знаку решавања наслеђених и новонасталих проблема везаних за загађивање и заштиту животне средине на глобалном, регионалном и локалном плану.

Marija MIĆOVIĆ, Ph.D.

Research Associate, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

ENVIRONMENTAL CHALLENGES AS A THREAT
TO HUMAN SECURITY

Summary

Present development of modern civilization is marked by a number of environmental issues that got global character. Ecological security, as one of the segments of general security, is associated with the degree of degradation of national and global ecosystems, fires, floods and other natural disasters, mass and irrational use of forests, water shortages and pollution of all components of living and working environment.

Violation of environmental balance in ecosystems results in a decrease in the stability of the social system, because there are final physical limits of nature within which a man should act, and that any excess of these limits represents a danger which leads to disorder and disturbance of environmental balance.

Keywords: *ecological safety, health, human security*

ЛИТЕРАТУРА

1. Бакрач Т. С., Вуруна М. М., Милановић М., М. , Деградација животне средине – утицај на еколошку безбедност, *Војно дело*, Београд, јесен 2010, 315.
2. Благојевић М., Симић В., Облици и извори угрожавања еколошке безбедности, *Ecologica*, бр.66, Београд, 2012, 186.
3. Благојевић, М., Угрожавање животне и радне средине последицама климатских промена, *Климатске промене – правни и економски изазови*, Правни факултет, Београд, 2011, 147-157.
4. Благојевић, М., Еколошке деструкције и угрожавање сигурности, *Криминалистичке теме*, бр.1-2, Сарајево, 2007, 259.
5. Цифрић, И. Мотиви човјекових поступања према живом свијету, *Социјална екологија*, Vol. 16, No. 1, 2007, 79 – 100.
6. Climate change and health. Report by the secretariat. World Health Organization: EB 124/11. 20 November 2008.
7. Climate Change, The IPCC Scientific Assesment, Intergovernmental Panel of Climate Change, Bracknell, United Kingdon, 1990.
8. Кнежић Л., Стевановић Б., Енциклопедија - Животна средина и одрживи развој. Београд: Завод за уџбенике и издана средства и Српско Сарајево: Есолибри, 2003.
9. Климатске промене и здравље, Програм УН за развој, „Други национални извештај Републике Србије према Оквирној конвенцији УН о промени климе“ који је спровело Министарство пољопривреде и заштите животне средине уз техничку подршку Програма УН за развој (UNDP), и финансијску подршку Глобалног фонда за животну средину (GEF), 2016.
10. *Национална стратегија одрживог развоја* , Службени гласник РС, бр.57/2008.
11. *Национална стратегија одрживог коришћења природних ресурса и добара* , Службени гласник РС, бр. 33/2012.
12. *Национална стратегија за апроксимацију у области животне средине за Републику Србију* ,Службени гласник РС, бр. 80/2011.
13. *Национални програм заштите животне средине 2010-2019*, Службени гласник РС, бр. 12/2010.
14. Рио Декларација о животој средини и развоју. У: Напори УН за бољу животну средину. Београд: Савезно министарство за развој, науку и животну средину, 1997.
15. Секулић Г., Димовић Д., Калмар З., Крнајски Ј., Тодоровић Н., *Процена рањивости на климатске промене*, Београд, 2012.
16. Shope R., „Global Climate Change and Infectious Diseases“, *Environmental Health Perspectives*, Vol. 96, pp. 171–174, 1991.

17. Стратегија биолошке разноврсности Републике Србије за период од 2011-2018, Службени гласник РС, бр. 13/2011.

18. Стратегија управљања отпадом за период 2010-2019. године, Службени гласник РС, бр. 29/2010.

19. Стратегија увођења чистије производње у Републици Србији Службени гласник РС, бр.17/2009.

20. United Nations, Sustainable development, United Nations Conference on Environment & Development Rio de Janeiro, Brazil, 3 to 14 June 1992. AGENDA

21. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>

21. Водич за добро управљање у области животне средине, приручник регионалне канцеларије за Европу и Заједницу независних држава УНДП-а, 2003.

Вера ПЕТРОВИЋ*

ИЗРИЦАЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У СРБИЈИ КАО РЕАКЦИЈА НА ЗЛОЧИН

Апстракт: У раду је приказан тренд изрицања казне затвора у Србији, за период од 2006. до 2015. године. Са аспекта анализе примене кривичноправног института ублажавања казне, код тешких кривичних дела, указано је на постојање благе казнене политике. Чини се да је ублажавање казне, које се често користи приликом доношења судских одлука, постало правило приликом одмеравања казне, а не изузетак који би требало да се користи када су испуњени услови прописани законом. Таквим начином поступања се ствара несклад између законом прописаног и изреченог у судском поступку, што може створити негативне ефекте, како код учиниоца кривичног дела, тако и у јавности. Стога је анализа вршена са аспекта разматрања могућности остваривања функције генералне и специјалне превенције. Потешкоћа настаје на плану реализације пеналног третмана, услед изрицања краткотрајних затворских казни, које не остављају довољно простора за реализацију адекватних интервенција. Посебно питање и проблем јесте незадовољство јавности поводом државне реакције на криминалитет, што може допринети жељи грађана да самоиницијативно задовоље правду која, по њиховом мишљењу, није задовољена реакцијом државних институција. Основна идеја и препоруке овог рада се заснивају на инсистирању смањењу раскорака између законске и судске казнене политике.

Кључне речи: *одмеравање казне, затвор, генерална и специјална превенција, пенални третман*

1. УВОД

Одлуку о врсти и мери кривичне санкције, коју је оправдано изрећи са аспекта сврхе кажњавања, доносе судије утврђујући чињенице везане за извршено кривично дело, олакшавајуће и отежавајуће околности. У

* мастер дефектолог, сарадник у настави, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, Универзитет у Београду, verapetrovic0101@gmail.com

кривичном праву, није могуће унапред дефинисати све околности које могу бити од утицаја на доношење одлуке. Стога је законодавац, кроз кривичноправне норме, судијама дао уопштене смернице којима се усмеравају приликом утврђивања чињеничног стања и одређивања санкције. Судије, користећи своје слободно уверење, доносе одлуку о врсти и мери санкције коју је оправдано изрећи. Овакав начин изрицања је оправдан са аспекта индивидуализације изрицања кривичних санкција. Потенцијално може довести до субјективности и арбитрарности приликом доношења одлука, односно до ситуације где би различите судије исту кривичну ствар различито процењивале и донеле различите коначне одлуке.

2. О КАЗНИ ЗАТВОРА

Казна затвора се изриче у судском поступку, доношењем правоснажне пресуде, а састоји се у ограничавању слободе кретања учиниоцу кривичног дела.¹ Имајући у виду врсте казни које су прописане у Србији, може се рећи да је казна затвора најстрожа казна у оквиру нашег кривичноправног система. Према Кривичном законнику Републике Србије², казна затвора, се може изрећи само као главна казна³, те не може бити краћа од тридесет дана нити дужа од двадесет година.⁴ Изузетно, у Србији, за најтежа кривична дела и за најтеже облике тешких кривичних дела може се изрећи и казна затвора у трајању од тридесет до четрдесет година.⁵

2.1. Прописивање казне затвора у Србији

У Републици Србији се користи систем релативно одређених казни. Законодавац за свако кривично дело прописује казну у одређеним распонима, односно одређује се горња и доња граница потенцијалне казне, која се може изрећи.⁶ Овакав начин прописивања казни, за разлику од

¹ Ђорђе Игњатовић, *Право извршења кривичних санкција – четврто измењено и допуњено издање*, Правни факултет у Београду, Београд, 2010, 13.

² Кривични законик Републике Србије - КЗРС, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.

³ чл. 44. ст. 1. КЗРС.

⁴ чл. 45. ст. 1. КЗРС.

⁵ чл. 45. ст. 3. КЗРС.

⁶ Наташа Делић, „Забрана (искључивање) ублажавања казне затвора у одређеним случајевима“. У: Ђ. Игњатовић, (Ур.) *Стање криминалитета у Србији и*

система апсолутно одређених казни, може се сматрати сврсисходним са аспекта поштовања принципа индивидуализације, где суд у обзир узима све околности које могу бити од значаја приликом одмеравања казне.

Систем релативно одређених казни може бити затворен, отворен и полуотворен.⁷ У односу на такав начин прописивања, постоје четири модалитета релативног прописивања казни: прописивање посебног минимума и максимума казне; прописивање посебног максимума казне, док се као минимум користи општи законски минимум; прописивање посебног минимума, док је посебни максимум општи законски максимум казне; непрописивање ни посебног минимума ни максимума, односно прописивање само врсте казне за конкретно кривично дело, при чему се у обзир узимају општи законски минимум и максимум.⁸ У нашем кривичном законодавству није коришћен односно отворени систем.

2.2. Правила одмеравања казне затвора у Србији

Правилно утврђивање чињеничног стања и правично одмеравање казне се сматрају основним задацима судије у кривичном поступку.⁹ Законом је дефинисано да ће суд учиниоцу кривичног дела одмерити казну, у границама које су прописане за то кривично дело, имајући у виду сврху кажњавања, олакшавајуће и отежавајуће околности.¹⁰

У кривичном законодавству Србије не постоји таксативна листа околности које се сматрају отежавајућим, односно олакшавајућим. Стога је законом прецизирано да суд, приликом доношења одлуке, у обзир мора узети све околности које могу бити од утицаја на врсту и висину изречене казне, а нарочито степен кривице, побуде из којих је дело учињено, јачину угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, држање након учињеног кривичног дела, однос према жртви и друге околности које се односе на личност учиниоца.¹¹

правна средства реаговања, тематска монографија, 4. део (177-195). Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 178.

⁷ Душица Миладиновић-Стефановић, *Редовно одмеравање казне у кривичном праву*. Докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 15.

⁸ Н. Делић, *op. cit.*, 178.

⁹ Вања Бајовић, „Одмеравање казне и споразум о признању кривичног дела“, *Журнал за криминалистику и право*, Београд, 2015, 180.

¹⁰ чл. 54. ст.1. КЗРС.

¹¹ чл. 54. ст.1. КЗРС.

Како не постоје дефинисане олакшавајуће и отежавајуће околности судијама је остављена могућност, да по слободном уверењу, одлучују да ли ће одређену околност посматрати као олакшавајућу или отежавајућу. Остављање судијама широког простора, у оквиру кога ће процењивати и утврђивати чињенице од значаја, може утицати на одмеравање казни. Иако се у литератури наводи да би судија морао одмерити казну на тај начин да би истом таквом оценом истих чињеница исту казну могао одмерити сваки други судија¹², намеће се питање да ли и у коликој мери, лична својства судија, заједно са широко постављеним овлашћењима, доводе до ситуације у којој би различите судије исту кривичну ствар процењивале и пресуђивале на различит начин, што би довело до неједнакости грађана у кривичном поступку.

2.3. Правила за ублажавање казне затвора у Србији

Ублажавање казне је институт кривичног права који, уколико су испуњени законом прописани услови, суду даје могућност да казну одмери испод доње границе.¹³ Намера законодавца, увођењем овог института, јесте да се, поштујући принцип индивидуализације, одмери казна у складу са околностима сваког конкретног случаја, које би било немогуће дефинисати кроз кривичноправне норме. Ублажавање казне представља изузетак у односу на редовно одмеравање казне.¹⁴ Границе ублажавања казне су законски дефинисане.¹⁵

Нашим кривичним законодавством су предвиђене три могућности ублажавања казне, које су факултативног карактера: када закон предвиђа да се казна може ублажити; када закон предвиђа да се учинилац кривичног дела може ослободити од казне, а суд га не ослободи од казне и када се утврди постојање нарочито олакшавајућих околности, те се оцени да би се и са ублаженом казном постигла сврха кажњавања.¹⁶ Код ублажавања казне, као и код редовног одмеравања казне, примећује се давање судијама велике слободе приликом оцене да ли ће се казна ублажити или не. Уколико се погледа основ за ублажавање казне, који се односи на постојање нарочито олакшавајућих околности, без прецизног дефинисања шта су и који су критеријуми, по којима би нека околност постала нарочито олакшавајућа,

¹² Zlata Đurđević, „Odluka o kazni - kaznenoprocесna pitanja”, *Hrvatski ljetopis за kazнено право i praksu*, Vol. 11, br. 2, 2004, 762.

¹³ Н. Делић, *op. cit.*, 179.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Више о томе: чл. 57. КЗРС.

¹⁶ чл. 56. КЗРС.

стиче се утисак да судије по својој слободној процени, одређену околност могу дефинисати као нарочито олакшавајућу, што би допринело могућности ублажења, те изрицања неадекватно одмерене казне.

Сличан проблем уочава и Стојановић, наводећи да широко постављене олакшавајуће околности, служе као покриће за одмерену казну, те да се таквим околностима правда блага казнена политика. Околности као што су личне прилике учиниоца (брачно стање, родитељство, године, здравствено стање) често се користе као начин да се одлука о изреченој казни, а посебно ублаженој, образложи.¹⁷

3. ИЗРИЦАЊЕ КАЗНЕ ЗАТВОРА У СРБИЈИ

У настојању да сагледамо обим примене казне затвора у Србији, анализираћемо у којој мери је казна затвора изрицана током претходног педиода. Подаци о осуђеним пунолетним лицима, према изреченим кривичним санкцијама су преузети из Извештаја Републичког завода за статистику за педиод од 2006. до 2015. године.¹⁸

Табела 1 – Изречене кривичне санкције пунолетним лицима (2006 - 2015)

Година	006	007	008	009	010	011	012	013	014	015	всга	
Укупно	1422	8694	2138	0880	1681	0807	1322	2241	5376	3189	47750	
Затвор	Бр.	1224	576	658	763	908	158	0212	1204	3026	820	6549
		7,1	2,1	2,9	3,9	7,2	6,6	2,6	4,8	6,8	6,6	7,8
Новчана Казна	Бр.	033	413	270	753	406	665	138	141	119	722	7660
		9,4	9,2	7,2	6,5	1,1	11,9	0,0	,7	,8	8,2	3,7
Условна	Бр.	1504	1702	4131	3382	2833	8110	7169	7152	8307	9290	93580
		1,9	6,1	7,3	7,2	9,2	8,8	4,8	3,2	1,8	8,1	5,6
Остало	Бр.	661	003	079	82	34	74	03	44	24	357	961
		,6	,6	,6	,4	,5	,7	,6	,3	,6	7,1	,9

¹⁷ Зоран Стојановић, „Казнена политика у Србији: сукоб законодавне и судске праксе“. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Казнена реакција у Србији, тематска монографија, 2. део (1-18)*, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 10.

¹⁸ Република Србија, Републички завод за статистику, Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Пријаве, оптужења и осуде, Билтен 617. Београд, 2015.

У Табели 1 је приказано изрицање кривичних санкција према врсти и учесталости за период од 2006. до 2015. године. Приликом анализе података, услед мале заступљености кућни затвор, судска опомена, васпитне мере, рад у јавном интересу, одузимање возачке дозволе, као и ситуације у којима је особа проглашена кривом али је ослобођена казне сврстане су у категорију „остало“.

На основу приказаних података запажа се да у Србији доминирају условне осуде, које чине више од половине изречених кривичних санкција, у свакој посматраној години. Након условне осуде, по учесталости изрицања, се налази затворска казна (27,8%), а након ње, новчана казна (13,7%).

Приликом анализе и интерпретације података који се односе на врсте изрицаних кривичних санкција, намеће се питање строгости казнене политике. У том контексту, битно је напоменути да не постоје општеприхваћени критеријуми шта се подразумева под строгом, а шта под благом казненом политиком. Напомињемо да приказани подаци, о врсти изречених кривичних санкција, не могу бити мерило строгости казнене политике. Када бисмо хтели да разматрамо и доносимо закључке да ли је казнена политика Србије блага или строга, било би неопходно поседовање свеобухватних података о конкретним кривичним делима која су извршена, као и о врсти и мери санкције која је изречена за свако конкретно кривично дело, уз познавање чињеница које су биле од значаја приликом доношења одлуке. Без таквих података, свако закључивање о строгости казнене политике би било засновано на субјективној процени и слободном тумачењу.

4. ПРИМЕНА УБЛАЖАВАЊА КАЗНЕ У СРБИЈИ

Приликом анализе примене института ублажавања казне, користили смо податке Републичког завода за статистику¹⁹ о пунолетним лицима, према кривичном делу и изреченим кривичним санкцијама. Разматрали смо у коликој мери је примењивано ублажавање казне код тежих кривичних дела, односно код дела за која је за основни облик прописана казна затвора преко три године. Разлог за овакво опредељење јесте чињеница да је за кривична дела за која је прописан максимум три године казне затвора, могуће изрећи алтернативне санкције. Стога смо се определили да сва дела за која је прописана казна затвора преко три године, а која су извршена током 2015. године, посматрамо као тежа кривична дела. На основу овако постављеног

¹⁹ Република Србија, Републички завод за статистику. Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Пријаве, оптужења и осуде, Билтен 617. Београд, 2015.

критеријума у разматрање су ушла следећа кривична дела: убиство, тешко убиство, силовање, обљуба са дететом, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, ратни злочин против ратних заробљеника и трговина људима.

Пре него што анализирамо податке, напомињемо да постоји ограничење које се односи на приказане резултате. Ограничење се састоји у чињеници да смо разматрали казне које су изречене испод законског минимума, узимајући као основ онај минимум казне који је прописан за основни облик кривичног дела. Разлог за овакво опредељење јесте чињеница да постоје доступни подаци о конкретим кривичним делима и изреченим казнама, али не и о томе да ли је учињен основни или тежи облик тог кривичног дела. Претпоставка је, да би број казни затвора, изречених испод законског минимума, био већи у односу на приказани, да смо имали приступ таквим подацима.

Табела 2 – Ублажавање казне код тежих кривичних дела (2015)

Кривично дело	Члан КЗ	Предвиђена казна	Укупно пресуђено	Испод законског минимума	
				р.	
Убиство	13	-15	5	3	0,6
Тешко убиство	14	ин. 10/ 30-40	4		6,5
Силовање	78	-12	0	4	8,0
Обљуба са дететом	80	-12	5	1	3,3
Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога	46	-12	47	90	7,8
Ратни злочин против ратних заробљеника	74	ин. 5			00,0
Трговина људима	88	-12	4		8,6

На основу података приказаних у Табели 2, запажа се да судови, у знатној мери, користе институт ублажавања казне. Приметно је да је код четири од седам посматраних кривичних дела, институт ублажавања казне коришћен у више од половине случајева, док је код кривичног дела силовања казна ублажена у 48% случајева. Није занемарљив ни податак да је казна затвора код тешког убиства ублажена у 26,5%, а када је у питању кривично дело трговина људима у 28,6%. Наведени подаци поткрепљују тврдњу коју

наводи Стојановић, да су судови ублажавање казне, које би требало да се примењује изузетно, претворили у редовни начин одмеравања казне.²⁰

Када се посматра примена института ублажавања казне, битно је указати на одредбу закона којом се прописује за која кривична дела не постоји могућност ублажавања казне.²¹

Уколико пажњу усмеримо на кривична дела која су била предмет наше анализе, запажамо да је законодавац предвидео да не постоји могућност ублажавања казне за следећа кривична дела: силовање (чл. 178.), обљуба са дететом (чл. 180.), неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246., ст. 1. и ст. 3.) и трговина људима (чл. 388.). Међутим, оно што ствара забуну, јесте чињеница да је истим чланом закона дефинисано да уколико закон прописује да се учинилац кривичног дела може ослободити од казне, а суд га не ослободи, у том случају не важе напред прописана ограничења о забрани ублажавања казне.²²

Додатну конфузију уноси и кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, јер, иако је правилима о одмеравању казне одређено да се казна не може ублажити, законодавац у опису кривичног дела наводи да се учинилац може ослободити од казне, уколико открије од кога набавља опојну дрогу.²³ Очигледно је да у законским одредбама постоје извесне нелогичности и недоследности, где законодавац забрањује могућност ублажавања казне, а омогућава ослобођење од казне.

Из овако постављених законских одредби, закључујемо да је у свим случајевима, у којима је ублажена казна (код кривичног дела силовање, обљуба са дететом, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога и трговина људима), постојала могућност ослобођења од казне, али да тај институт није примењен. На основу тога, може се рећи да постоји оштра казнена политика у Србији, јер у великом броју случајева суд није прибегао ослобађању од казне, већ је учиниоца кривичног дела казнио ублаженом казном. Међутим, у таквој ситуацији је реалније поставити питање, да ли је заиста у свим тим ситуацијама било реално ослободити учиниоца од казне, или су широко постављене законске норме, заједно са слободним судијским уверењем, биле од утицаја да судије, одређене околности, процене као нарочито олакшавајуће, а да за то није било реалног основа. Овакво становиште, наводи на закључак о постојању благе казнене политике судова. Како наводи Стојановић, широко постављене законске норме нам указују на

²⁰ З. Стојановић, *op.cit.*, 11.

²¹ Више о томе: чл. 57. ст. 2. КЗРС.

²² чл. 57. ст. 4. КЗРС.

²³ чл. 246. ст. 5. КЗРС.

чињеницу да судије не поступају против закона, али да законодавац на тај начин доприноси благој казненој политици која је присутна у пракси судова.²⁴

5. ИМА ЛИ ОПРАВДАЊА?

Евидентно је да у Србији постоји раскорак између прописаних и одмерених казни. Оно што се намеће као питање јесте, шта је узорк диспропорције између законске и судске казнене политике.

На одмерену казну утиче поштовање принципа индивидуализације. Она представља имератив криминалне политике и са њом би кривично право требало да остварује своју улогу.²⁵ Захтев за индивидуализацијом при изрицању казни не би могао бити остварен, да се одмеравање казне у кривичном поступку не заснива на слободном судијском уверењу. Да би слободно судијско уверење могло да се испољи, потребно је да у пракси постоје широко постављени критеријуми, како у погледу прописаних кривичних санкција, тако и у погледу дефинисања општих кривичноправних института.

Посматрајући законодавство Србије ови критеријуми су испуњени, јер су казнени распони широко дефинисани, а кривичноправне норме остављају довољно простора за субјективну процену. Како бисмо на конкретном примеру приказали на који начин је судијама остављено довољно простора за субјективну процену, послужићемо се анализом околности које се узимају у обзир приликом одмеравања и ублажавања казне. Иако се ради о два различита термина (о олакшавајућим околностима које се узимају у обзир код редовног одмеравања и о нарочито олакшавајућим околностима уколико се ради о ублажавању казне), остаје нејасно у ком случају олакшавајуће околности постају нарочито олакшавајуће²⁶, а чини се да то зависи од индивидуалне процене судије у сваком конкретном случају.

На основу претходно реченог, запажа се да постоје основи који судијама омогућавају широка овлашћења. Остаје нејасно у којој мери се судије користе широко прописаним законским одредбама на адекватан начин или помоћу њих успевају, како то наводи Аврамовић, да изиграју

²⁴ З. Стојановић, *op.cit.*, 13.

²⁵ В. Бајовић, *op.cit.*, 190.

²⁶ Д. Миладиновић-Стефановић, *op.cit.*, 56-57.

законодавца или да преокрену смисао закона, при чему приватни ставови судија прерастају у право.²⁷

6. ЕФЕКТИ ОДМЕРЕНИХ И ИЗРЕЧЕНИХ ЗАТВОРСКИХ КАЗНИ

Како је сврха кажњавања утицај на учиниоца да у будућности не чини кривична дела, утицај на друге да не чине кривична дела, као и изражавање осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавеза поштовања закона,²⁸ у овом делу рада ћемо посветити пажњу питању да ли се и у којој мери та сврха може и остварити. Сагледаћемо ефективност изречених казни затвора са аспекта реализације пеналног третмана, генералне и специјалне превенције и задовољења шире јавности државном реакцијом на злочин.

6.1. Реализација пеналног третмана

Третман обухвата примену планираних метода, техника и поступака, који се предузимају са циљем да осуђени усвоји друштвено прихватљив систем вредности и овлада вештинама за успешно укључивање у заједницу, како не би поново вршио кривична дела.²⁹ Врста и интензитет третмана који би требало применити, заснива се на процени ризика рецидивизма, која се врши приликом ступања осуђеног на извршење казне затвора.

У Табели 3 је приказан процењен ниво ризика код осуђених на казну затвора до три године³⁰ и преко три године.³¹

Табела 3 Процењен ниво ризика

Процењен ниво ризика	Низак	Средњи	Висок
Дужина казне затвора			Свега
До три године			

²⁷ Драгутин Аврамовић, „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права“, *Зборник радова правног факултета*, Вол. 46, бр. 2, Нови Сад, 2012, 320.

²⁸ Чл. 42. КЗРС.

²⁹ Чл. 6. Правилник о третману, програму поступања, разврстању и накнадном разврставању осуђених лица, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 66/2015.

³⁰ Вера Петровић, *Пракса условног отпуштања у пеналној рехабилитацији*. Мастер рад. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016, 118.

³¹ Ана Савић, *Компарација потреба, ризика и капацитета осуђених на дуговремене казне затвора*. Мастер рад. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016, 103.

	6,3%	2,1%	1,6%	00,0%
Преко три године	0,0%	6,7%	3,3%	00,0%

На основу приказаних података запажа се да је код више од половине осуђених процењен средњи и висок ниво ризика, што изискује примену адекватних третманских интервенција, како би се ризик рецидивизма смањио.

У наредној табели приказано је време трајања притвора код осуђених на казну затвора до и преко три године.³²

Табела 4 Дужина трајања притвора

Притвор	Без притвора	До једне трећине казне	Од једне трећине до две трећине казне	Преко две трећине казне	Свега
Дужина казне затвора					
До три године	57,9%	27,7%	9,4%	5,0 %	100,0%
Преко три године		82,6%	17,4%	0	100,0%

Према подацима приказаним у табелама 3 и 4, запажа се да у пеналним установама у Србији, велики број осуђених има потребе за интензивним третманом. Такође, приметно је да осуђени проводе у притвору знатно време, који им се урачунава у време извршења затворске казне. Потребе осуђених за третманом, заједно са дужином трајања притвора и краткотрајним затворским казнама, неминовно указују на чињеницу да се на плану промене осуђеног може мало постићи у пеналној установи.

Уколико се са тим повеже и чињеница да након две трећине извршене затворске казне осуђени има право да поднесе молбу за доделу условног отпуста, долазимо до ситуације да одређен број осуђених, уколико дуже борави у притвору, одмах или у врло кратком року након доласка на извршење казне, стиче могућност условног отпуста. Јавља се проблем упознавања индивидуалних карактеристика осуђених, јер време које преостане до истека затворске казне, не оставља довољно простора за реализацију третмана и праћење насталих промена. У оваквим условима, затворска казна се своди на краткотрајан боравак осуђеног у затвору, без третмана и могућности промене.

³² Горан Јованић, *Стандардизација поступка условног отпуста као мера заштите од рецидива*, Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2012.

Да се на плану промене постиже мало, указују и подаци о рецидивизму осуђених. На извршењу казне затвора до три године је 70,2% легалних рецидивиста; 48,8% пеналних рецидивиста, а 32,2% су мултирецидивисти.³³ На извршењу казне затвора преко три године, 66,6% осуђених су легални рецидивисти, а 54,7% пенални рецидивисти.³⁴

6.2. Генерална и специјална превенција

Казна је један од видова подстицаја за грађане да се понашају у складу са законским нормама. Да би казна била ефективна, са аспекта генералне и специјалне превенције, неопходно је да буде одмерена уз уважавање принципа праведности и сразмерности.³⁵

Када је реч о генералној превенцији, сматра се да, уколико казна није у довољној мери строга, она постаје ризик који је исплатив за потенцијалног учиниоца кривичног дела.³⁶ Другим речима, а према теорији рационалног избора, људи ће у мањој мери чинити кривична дела, уколико је потенцијална штета од учињеног дела већа од користи.³⁷

Поставља се питање да ли потенцијални преступници, представу о очекиваној вредности казне, стварају у односу на законом прописану казну или судски одмерену казну. Уколико се посматрају судски одмерене затворске казне (при чему смо запазили да се казнена политика судова у великој мери заснива на коришћењу института ублажавања казне), закључујемо да потенцијални претупници из такве казнене политике могу видети већу корист него штету. Са друге стране, ако се за очекивану казну узме законски прописана казна, постоји неслагање око њиховог дејства на плану генералне превенције. Има становишта која указују на то да законодавац прописује прекомерне казне за које се сматра да, према теорији застрашивања, могу бити ефективне на плану генералне превенције, односно да ће претња високом казном обесхрабрити потенцијалне учиниоце кривичних дела.³⁸ Са друге стране, постоје мишљења да запрећене строже

³³ В. Петровић, *op. cit.*, 114-116.

³⁴ А. Савић, *op. cit.*, 106.

³⁵ Н. Делић, *op. cit.*, 178.

³⁶ Снежана Соковић, „Савремене глобалне тенденције у контроли кримиинала“, *Crimen*, Вол. 2, бр. 2, Београд, 2011, 219.

³⁷ Francis T. Cullen, Cheryl Lero Jonson, Daniel S. Nagin, „Prisons Do Not Reduce Recidivism, The High Cost of Ignoring Science“, *The Prison Journal*, 2011, 52.

³⁸ Anke Ramakers, Johan van Wilsem, Robert Apel, „The effect of labour market absence on finding employment: A comparison between ex-prisoners and unemployed future prisoners“, *European Journal of Criminology*, 9(4), 2012, 444.

казне умањују вероватноћу њиховог изрицања, што доводи до смањења нивоа генералне превенције.³⁹

Како истичемо да блага казнена политика умањује ефекте на плану генералне превенције, треба нагласити да није оправдано заступати претерано оштру казнену политику, односно кажњавање за пример другима. Егземплярно кажњавање, које је превише репресивно, неправедно је према учиниоцу кривичног дела и није ефективно на плану смањења криминалитета.⁴⁰ У случају егземплярног кажњавања акценат се ставља на то како ће казна утицати на потенцијалне преступнике, а занемарује се учинилац кривичног дела⁴¹, јер се премашује заслужена и оправдана казна са аспекта сврхе кажњавања.

Са аспекта специјалне превенције, затворска казна може имати ефекте уколико током извршења казне дође до поправљања учиниоца.⁴² Сврха специјалне превенције се може остварити и преко онеспособљавања, односно док се осуђени налази на извршењу казне није у могућности да чини кривична дела.⁴³ Још један начин на који може деловати специјална превенција јесте развијање страха од поновног изрицања и извршења казне, код учиниоца који је већ био у затвору.⁴⁴

Уколико се сагледају могући начини на које специјална превенција може имати утицаја, запажамо да у Србији, услед ретке примене третмана током боравка осуђених у затвору, у малом броју случајева може доћи до поправљања учиниоца кривичног дела, што би довело до тога да по изласку из пеналне установе не чини кривична дела. Овакво становиште износи Ендруз и Бонта, наводећи да кривичне санкције нису ефектине уколико не садрже одговарајуће третманске активности.⁴⁵ Изазивање страха код учиниоца кривичног дела, услед већ једном извршене казне затвора, може бити ефективно, али је то више у вези са личним и емоционалним карактеристикама осуђеног, односно са његовим субјективним доживљајем казне, него са чињеницом да затворска казна у Србији делује застрашујуће на

³⁹ Борис Беговић, „Економска теорија генералне превенције: основна питања“. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, тематска монографија, 4. део* (127-140), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, 135.

⁴⁰ Јован Ћирић, „Егземплярно кажњавање“, *Crimen*, Вол. 3, бр.1, Београд, 2012, 22.

⁴¹ *Ibid*, 24.

⁴² Cullen F., Jonson, C. & Nagin, D. *op. cit.*, 50.

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ T. Kovandzic, *et al.*, „When Prisoners Get Out: The Impact of Prison Releases on Homicide Rates“, *Criminal Justice Policy Review*, 15 (2), 2004, 214.

⁴⁵ Don Anderws & James Bonta, *The Level of Service Inventory – Revised*. Toronto, Canada: Multi Health Systems, 1995.

оне који су се већ нашли у затвору. Да затворска казна у Србији не делује застрашујуће на особе које су већ раније биле на извршењу затворске казне, говоре и већ наведени подаци о пеналном рецидивизму. Оно што засигурно има ефекта на плану специјалне превенције, јесте онеспособљавање док је осуђени у затвору, али и тај механизам је кратког трајања, услед краткотрајних казни које се изричу. Такође, онеспособљавање је само тренутно решење проблема, док по изласку из установе, постоји могућност за поновно чињење кривичних дела.

Поред свега наведеног не можемо тврдити да не постоји превентивна функција казне и занемарити чињеницу да казна, у извесној мери, одвраћа преступнике од злочина. Међутим, остаје нејасно у коликој мери прописивање и изрицање казни има ефекта на плану одвраћања од вршења кривичних дела, посебно имајући у виду чињеницу да то није мерљива категорија, односно да остаје непознаница колико особа је имало намеру да изврши злочин, а да је од тога одустало због прописивања и изрицања казни. Такође, остаје нејасно и који модалитети изрицања и прописивања казни би били мање или више ефективни на овом плану.

6.3. Задовољење друштвене заједнице

Процес одмеравања казне је сегмент рада судија који је најизложенији анализи и критици од стране стручне и лаичке јавности. Приликом анализе рада судија, готово увек се наилази на незадовољство судским одлукама. То није изненађујуће, уколико се у обзир узме чињеница да се ради о интересима различитих субјеката (друштвена заједница, жртва и учинилац кривичног дела).⁴⁶

Данас готово да је немогуће избећи покушај утицаја јавности у реакцији на криминалитет. Друштвена заједница интензивно реагује у ситуацијама када се ради о кривичним делима, којима су угрожена она права и слободе којима се у друштву придаје највећа вредност. При томе заједница апелује, а медији честим и сензационалистичким информисањем покушавају да утичу на ток и исход суђења, прејудицирајући, према њиховом мишљењу, које је често засновано на недовољним чињеницама и недовољном познавању казненог права, коју адекватну судску одлуку треба донети. Жељу за строжим кажњавањем, код грађана, производи стање изражене несигурности, које настаје због реалног криминалитета и његовог преувеличавања.⁴⁷

⁴⁶ Д. Миладиновић-Стефановић, *op.cit.*, 1.

⁴⁷ С. Соковић, *op.cit.*, 214.

Разлог незадовољства грађана се може посматрати и са аспекта диспропорције између прописаних и изречених казни за конкретна кривична дела. Другим речима, у ситуацији у којој су постављени широки оквири за изрицање казни, а где се судске одлуке крећу ближе законском минимуму, јавља се мишљење да држава води благу казнену политику. Услед такве ситуације, поједини аутори су мишљења да шира јавност чврсто верује у ефективност егземпларног кажњавања на плану генералне и специјалне превенције.⁴⁸

Имајући у виду благу казнену политику судова и незадовољство и неповерење које услед такве казнене политике настаје код грађана, сасвим је очекивано да се код грађана може јавити жеља да они сами задовоље правду, за коју сматрају да није задовољена реакцијом државних институција. У прилог овоме говоре и подаци да је током 2015. године 1.488 особа осуђено за кривично дело самовлашћа.⁴⁹

7. ЗАКЉУЧАК

Раскорак између законске и судске казнене политике ствара прилично конфузну ситуацију. Ову ситуацију можемо посматрати са два аспекта. Први аспект је да законодавац прописује сувише строге казне, које није реално очекивати да ће и бити изричане. Други аспект је да судови воде благу казнену политику не уважавајући у довољној мери интенције законодавца које су прокламоване кроз кривичноправне норме. Оба објашњења наилазе на критике и оправдања, јер је схватање правде индивидуално и зависи од онога ко процењује. Другим речима, оно што је за некога праведно за неког другог може бити неправедно решење. Оно што је сигурно јесте да раскорак између судске и законодавне казнене политике у великој мери ограничава постизање ефеката генералне и специјалне превенције и доводи до незадовољства шире јавности. Стога се као најбитније питање намеће инсистирање на смањењу раскорака између законодавне и судске казнене политике. У том смислу је битно утврдити да ли законодавац прописује високе казне, за које се нада да ће постићи ефекте на плану генералне превенције, без праве намере да се такве казне и изричу, а да судови изричу адекватне казне са аспекта сврхе кажњавања. Друга могућност јесте да законодавац прописује адекватне казне, а да судије, користећи слободно

⁴⁸ Ј. Ћирић, *op.cit.*, 22.

⁴⁹ Република Србија, Републички завод за статистику. Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Пријаве, оптужења и осуде, Билтен 617. Београд, 2015.

судијско уверење и широко постављене законске норме, у великом броју случајева неоправдано ублажавају казне.

Шта год да јесте разлог постојања неусаглашености, сигурно је да казнена политика судова треба да буде у складу са законским нормама. Судови приликом изрицања казни треба да уважавају законски прописане казне, а не да у великом броју случајева казне изричу испод законског минимума. Стога, оно што је најбитније јесте смањивање раскорака између казних политика, како редефинисањем минимума и максимума казни од стране законодавца, тако и усмеравањем судија да се приликом одлуке о казни воде законски прописаним минимумима и максимумима казне за свако конкретно кривично дело. Једино на такав начин, кажњавање као реакција на злочин може имати ефекта како са аспекта генералне, тако и са аспекта специјалне превенције, нарочито приликом спровођења пеналног третмана.

Vera PETROVIĆ

Master of second degree academic studies on the Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

THE IMPOSITION OF A PRISON SENTENCING IN SERBIA AS A RESPONSE TO CRIME

Summary

The paper presents the trend of the imposition of a prison sentencing in Serbia for the period from 2006 to 2015. In terms of application of the criminal justice institute of sentence mitigation in felonies, the analysis has indicated existence of mild penalty policy. It seems that the reduction of punishment, which is often used when making judicial decisions, has become the norm in sentencing rather than the exception that should be used when all the conditions regulated by law are met. Such a course of action creates a discrepancy between the statutory law and declarations in court proceedings, which can create negative effects both for the offender, as well as among the general public. Therefore, the analysis was conducted in terms of considering the possibility of exercising the functions of general and special prevention. An additional difficulty arises concerning the implementation of penal treatment, due to the imposition of short-term prison sentences, which do not leave enough space for the realization of appropriate interventions. A special issue and the problem indeed is the dissatisfaction of the public regarding the government response to crime, which can contribute to the desire of citizens to obtain justice on their own initiative, which, in their opinion, has not been served by the reaction of state institutions. The basic idea and recommendations of this paper are based on the insistence of reducing the gap between the legal and judicial penalty policy.

Keywords: sentencing, imprisonment, general and special prevention, penal treatment

ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамовић, Д., „Одлука или норма – слободно судијско уверење као претња владавини права“, *Зборник радова правног факултета*, Вол. 46, бр. 2, Нови Сад, 2012.
2. Anderws, D. & Bonta, J., *The Level of Service Inventory – Revised*. Toronto, Canada: Multi Health Syustems, 1995.
3. Бајовић, В., „Одмеравање казне и споразум о признању кривичног дела“, *Журнал за криминалистику и право*, Београд, 2015.
4. Беговић, В., „Економска теорија генералне превенције: осовна питања“. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, тематска монографија, 4. део* (127-140), Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010.
5. Делић, Н., „Забрана (искључивање) ублажавања казне затвора у одређеним случајевима“. У: Ђ. Игњатовић, (Ур.). *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, тематска монографија, 4. део* (177-195). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010.
6. Ђурђевић, З., „Odluka o kazni - kaznenoprocесna pitanja“, *Hrvatski ljetopis za kazneno право i praksu*, Vol. 11, br. 2, 2004.
7. Игњатовић, Ђ., *Право извршења кривичних санкција – четврто измењено и допуњено издање*, Правни факултет у Београду, Београд, 2010.
8. Јованић, Г., *Стандардизација поступка условног отпуста као мера заштите од рецидива*. Докторска дисертација. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2012.
9. Kovandzic, T., Marvell, T., Vieraitis, L. & Moody, C., „When Prisoners Get Out: The Impact of Prison Releases on Homicide Rates“, *Criminal Justice Policy Review*, 15 (2), 2004.
10. Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014.
11. Миладиновић-Стефановић, Д., *Редовно одмеравање казне у Кривичном праву*. Докторска дисертација. Правни факултет Универзитета у Београду, Ниш, 2012.
12. Петровић, В., *Пракса условног отпуштања у пеналној рехабилитацији*. Мастер рад. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016.
13. Правилник о третману, програму поступања, разврстању и накнадном разврставању осуђених лица, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 66/2015.
14. Ramakers, A., Wilsem, J. & Apel, R., „Unemployed future prisoners“, *European Journal of Criminology*, 9(4), 2012.

15. Република Србија, Републички завод за статистику, „Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, Пријаве, оптужења и осуде“, Билтен 617. Београд, 2015.

16. Савић, А., *Компарација потреба, ризика и капацитета осуђених на дуговремене казне затвора*. Мастер рад. Београд: Универзитет у Београду, Факултет за специјалну едукацију и рехабилитацију, 2016.

17. Соковић, С., „Савремене глобалне тенденције у контроли криминала“, *Crimen*, Вол. 2, бр. 2, Београд, 2011.

18. Стојановић, З., „Казнена политика у Србији: сукоб законодавне и судске праксе“. У: Ђ. Игњатовић (Ур.), *Казнена реакција у Србији, тематска монографија, 2. део (1-18)*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2012.

19. Ћирић, Ј., „Егземпларно кажњавање“, *Crimen*, Вол. 3, бр.1, Београд, 2012.

20. Cullen, F., Jonson, C. & Nagin, D., „Prisons Do Not Reduce Recidivism, The High Cost of Ignoring Science“, *The Prison Journal*, 2011.

Иван Д. МИЛИЋ*

О НЕКИМ ЛОШИМ РЕШЕЊИМА У ЗАКОНУ О ПРЕКРШАЈИМА

Апстракт: Прекршаји су најбројнија казнена дела у Србију, у поређењу са кривичним делима и привредним преступима. Новим Законом о прекршајима поступак за прекршаје се још више убрзава, те је утврђивање истине о томе да ли је окривљени учинио прекршај или није стављено по страни. Аутор у раду указује на поједина лоша решења у актуелном Закону о прекршајима, који су препрека за успешну примену самог закона. Ради се о томе да у Закону има великих недостатака, контрадикторности, мањкавости, те је сама правилна примена Закона у појединим случајевима тешко остварива.

Кључне речи: *прекршај, закон, казна, претрес, поступак.*

Иако је донет нови Закон о прекршајима,¹ морамо признати да он садржи велике мањкавости. Од Закона о прекршајима који је почео да се примењује од 1. марта 2014. године очекивало се много.² Тачно је да се њиме уведе велике новине у овој области казног права, али и те новине нису уређене на јасан начин. Осим тога, све мањкавости које је садржао и претходни Закон о прекршајима,³ новим Законом нису отклоњене. Да би се отклонили недостаци Закона о прекршајима, Народна скупштина Републике Србије донела је Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима.⁴ Иако ЗИДЗП има 22 члана, њиме се уводе одређене новине у прекршајном

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
i.milic@pf.uns.ac.rs

¹ Закон о прекршајима, „Службени гласник РС“, бр. 65/13. (у даљем тексту: Закон о прекршајима или ЗП).

² О појединим новинама овог Закона вид. Ђорђе Ђорђевић, „Нови закон о прекршајима и новине у општем делу прекршајног права“, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Београд, 2014, 15- 24.

³ Закон о прекршајима, „Службени гласник РС“, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009.

⁴ Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима, „Службени гласник РС“, бр. 13/2016. (У даљем тексту: Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима, Закон о изменама и допунама или ЗИДЗП).

законодавству, али се не отклањају ни делимично лоша решења актуелног Закона.

С обзиром на то да у једном раду није могуће указати на то шта је све *лоше* у самом Закону о прекршајима, ми смо за потребе овог рада издвојили неколико *кључних ствари*, са јасним циљем да укажемо да се те *нелогичности* у што скорије време морају изменити.⁵

Закон одређује прекршај на следећи начин „прекршај је противправно дело које је законом или другим прописом надлежног органа одређено као прекршај и за које је прописана прекршајна санкција“.⁶ У односу на претходни Закон о прекршајима актуелни ЗП избацује *кривицу*, као елемент у општем појму прекршаја, иако се из других одредаба овог Закона може закључити да је потребна и кривица учиниоца прекршаја.⁷ Није нам познато зашто је из општег појма прекршаја законодавац изоставио и кривицу, али је сасвим сигурно да такво решење законодавца није оправдано. Формално се овде не захтева и постојање кривице, као субјективног елемента општег појма прекршаја (попут објективно-субјективног појма кривичног дела), али ипак ако нема кривице не може бити ни прекршаја, јер тада прекршај може постојати у објективном смислу, али не постоји одговорност за њега. Ово

⁵ Поједина лоша решења законодавца била су делимично предмет критике и у досадашњим нашим радовима вид. Иван Милић, „Нови закон о прекршајима и стари проблеми са заштитном мером обавезног лечења зависника од алкохола и психоактивних супстанци“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2014, 263-273; Бранислав Ристивојевић, Иван Милић, „Одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци“, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXIV, 1/2016, 154-174; Иван Милић, „Јемство у прекршајном поступку“, *Безбједност–Полиција–Грађани*, бр. 3-4/15, 2015, 263-274; Иван Милић, „О неким проблемима код изрицања и извршења мера забране приступа, односно прилажења оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја у Закону о прекршајима Републике Србије“, *Pravna misao*, бр. 11- 12/2014, 31-44; Ivan Milić, „Dužnost okrivljenog da govori na svoju štetu“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 9/2015, 447-457; Иван Милић, „Регистар неплаћених новчаних казни и других новчаних износа“, *Безбједност - Полиција - Грађани*, бр. 1-2/2016, 269-281; Иван Милић, Дарко Димовски, „Упућивање прекршајно кажњених лица на издржавање затворске казне“, *Defendologija MNE*, Nikšić, бр. 1/2016, 237-247; Иван Милић, „Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело?“ (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016, 937-955.

⁶ Чл. 2. Закона о прекршајима.

⁷ Физичко лице одговара за прекршај који му се може приписати у кривицу зато што је било урачунљиво и учинило прекршај са умишљајем или из нехата, а било је свесно или је било дужно и могло бити свесно да је такав поступак забрањен. Ако овим законом није другачије одређено, одредба из става 1. овог члана примењује се и на предузетника, одговорна лица у правном лицу, државном органу, органу територијалне аутономије и јединице локалне самоуправе или код предузетника. Чл. 18. Закона о прекршајима.

произлази из члана 18. Закона о прекршајима, сходно којем физичко лице одговара за прекршај који му се може приписати у кривицу зато што је било урачунљиво и учинило прекршај с умишљајем или из нехата, а било је свесно или је било дужно и могло бити свесно да је такав поступак забрањен.⁸ Иако Закон у два члана садржи некомпатибилне одредбе, кривица је нужна да би се учиниоцу прекршаја изрекла санкција (осим када је реч о лицу које је дело учинило у стању неурачунљивости).⁹

Изрицање санкција због учињеног прекршаја мора да има неку сврху, као што постоји и сврха изрицања кривичних санкција. С тим у вези, у члану 5. ставу 2. Закона о прекршајима се прописује „сврха прописивања, изрицања и примене прекршајних санкција је да грађани поштују правни систем и да се убудуће не чине прекршаји“. Надаље, овим Законом се у члану 33. став 2. прописује „у оквиру опште сврхе прекршајних санкција (чл. 5 ст. 2) сврха кажњавања је да се изрази друштвени прекор учиниоцу због извршеног прекршаја и да се утиче на њега и на сва остала лица да убудуће не чине прекршаје“. Из оваквог законског решења долази се до закључка да су сви грађани *учиниоци* прекршаја. Приликом прописивања ових одредаба само је требало видети на који начин је законодавац прописао сврху кажњавања у Кривичном законик у.¹⁰ У члану 42. КЗ-а прописује се: у оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 4. став 2), сврха кажњавања је: 1) спречавање учиниоца да чини кривична дела и утицање на њега да убудуће не чини кривична дела; 2) утицање на друге да не чине кривична дела; 3) изражавање друштвене осуде за кривично дело, јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона. Видимо да се Кривичним закоником прави јасна дистинкција између учиниоца кривичних дела и свих осталих који то нису,

⁸ Милан Шкулић, „Специфичности поступања према малолетницима у прекршајном поступку“, *Поступање са малолетницима у прекршајном поступку* - Програм обуке за судије прекршајних судова, Београд, 2013, 65. Доступно на: http://www.jrga.org/repo/vesti/files/M3_Postupanje_sa_maloletn_u_prekrš_postupku_web.pdf на дан: 16.07.2016.

⁹ *Из судске праксе:*

А. Прекршајна одговорност окривљених лица у смислу закона не постоји ако није доказана кривица истих. Сама веза између окривљеног лица и возила којим је скривљен прекршај није доказ кривице. Кривица се доказује, а не претпоставља се њено постојање. (Из пресуде Прекршајног суда у Београду 27. Пр. бр. 127776/2013 од 22. септембра 2014. год.). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Б. Нема прекршаја без кривице, која је битно обележје прекршаја, па у образложењу решења о кажњавању у прекршајном поступку морају да буду наведени разлози да ли је прекршај учињен са умишљајем или из нехата. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

¹⁰ Кривични законик, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014. (У даљем тексту: Кривични законик или КЗ).

те се и сврха кажњавања разликују у односу на њих. Законодавац је морао да и у Закону о прекршајима направи овакву јасну разлику у погледу сврхе кажњавања.¹¹

Приликом изрицања санкције учиниоцу прекршаја од стране суда потребно је индивидуализовати санкцију,¹² а то се чини на основу олакшавајућих и отежавајућих околности.¹³ Један од отежавајућих околности јесте и раније прекршајно кажњавање. Законом о прекршајима прописује се (чл. 42): „не може се узети у обзир као отежавајућа околност раније изречена прекршајна санкција учиниоцу ако је од дана правноснажности одлуке до дана доношења нове протекло више од *четири* године“. Свако прекршајно кажњено лице уписује се у регистар санкција, и након протеча одређеног, законом прописаног, временског периода брише се из регистра.¹⁴ Међутим, ако је неком лицу изречена, на пример *опомена*, она се брише из регистра након протеча једне године. Можемо да закључимо да у овом случају након протеча једне године наступа *рехабилитација* прекршајно кажњеног лица. Да ли се онда на основу члана 42 и тако *брисана* санкција може узети као отежавајућа околност? Сматрамо да **не** може, јер се лице не налази у регистру санкција. Да закључимо, законом се морало јасно прописати да се ранија изречена санкција може узети као отежавајућа, само под условом да није наступила *рехабилитација*. Осим тога, поставља се питање како ће

¹¹ И у Закону о прекршајима Републике Српске налази се слично решење - Сврха кажњавања је да се утиче на починиоца и остале да убудуће не чине прекршаје. Вид. чл. 37 Закона о прекршајима, „Службени гласник РС“, 63/14.

¹² Исто је случај и када Републичка комисија за заштиту права у поступцима јавних набавки води прекршајни поступак. Није тешко доћи да закључка да индивидуализација новчане казне не постоји када се учинилац прекршаја кажњава тако што му се издаје *прекршајни налог*, а то је случаја само када је за прекршај прописана новчана казна у *фиксном износу*.

¹³ Казна за прекршаје одмерава се у границама које су за тај прекршај прописане, а при томе се узимају у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања, а нарочито: тежина и последице прекршаја, околности под којима је прекршај учињен, степен одговорности учиниоца, ранија осуђиваност, личне прилике учиниоца и држање учиниоца после учињеног прекршаја. Не може се узети у обзир као отежавајућа околност раније изречена прекршајна санкција учиниоцу ако је од дана правноснажности одлуке до дана доношења нове протекло више од четири године. При одмеравању висине новчане казне узете се у обзир и имовно стање учиниоца. Чл. 42 Закона о прекршајима.

¹⁴ Вид. Иван Милић, „Евиденција прекршајно кажњених лица“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015, 239–251.

судија да сазна за податак да је окривљено лице раније прекршајно кажњавано, када то лице више није уписано у регистар.

У погледу апсолутне застарелости извршења казне и заштитне мере Законом се прописује (чл. 85. ст. 6): „извршење казне односно заштитне мере застарева у сваком случају кад протекне два пута онолико времена колико се по закону тражи за извршење казне, односно заштитне мере“. Овакво законско решење није прихватљиво у погледу заштитних мера. С обзиром на овакво решење поставља се питање које је то време *два пута онолико...*, да ли је законодавац мислио на време из ст. 1 чл. 85. или је, можда, мислио на време на које је изречена казна односно заштитна мера? На пример, ако је учиниоцу прекршаја изречена заштитна мера *Забрана управљања моторним возилом од 6 месеци*, када наступа апсолутна застарелост извршења - након 2 године или након 12 месеци? Ако се прекршајно кажњеном лицу изрекне заштитна мера *Забрана присуствовања одређеним спортским приредбама од осам година*, да ли ова мера застарева након две године или након 16 година? Законодавац је требао да по угледу на Кривични законик уреди застарелост и у Закону о прекршајима.

Да напоменемо и то да се ЗП сасвим непотребно на два места позива на сходну примену ЗКП-а. Наиме, ЗП у члану 99. прописује „на прекршајни поступак сходно се примењују одредбе Законика о кривичном поступку, ако овим или другим законом није друкчије одређено“. Из ове законске одредбе сасвим је јасан њен циљ. Међутим, ЗП у члану 303. прописује „ако другачије није прописано овим законом, на накнаду штете због неоправданог кажњавања у прекршајном поступку сходно се примењују одредбе закона којим се уређује кривични поступак.“ Члан 303. је беспотребан у Закону о прекршајима.

Сходна примена Законика о кривичном поступку у великом броју случајева је јако проблематична, посебно када је реч о некомпатибилним одредбама. На пример, ЗП у члану 116. који носи назив „*изузеће других учесника у поступку*“ прописује: одредбе о изузећу судије сходно се примењују и на записничаре, тумаче и вештаке. С друге стране, Закоником о кривичном поступку у члану 42. који носи назив „*сходна примена одредаба о изузећу*“ прописује се: одредбе о изузећу судија и судија-поротника сходно се примењују и на *јавне тужиоце и лица која су на основу закона овлашћена да јавног тужиоца замењују у поступку, записничаре, преводиоце, тумаче и стручна лица, као и на вештаке, ако овим закоником није другачије одређено* (чл.116). Јавни тужилац одлучује о изузећу лица која су на основу закона овлашћена да га замењују у поступку. О изузећу јавног тужиоца одлучује непосредно виши тужилац. О изузећу Републичког јавног тужиоца одлучује Државно веће тужилаца по прибављеном мишљењу Колегијума Републичког јавног тужилаштва. О изузећу записничара, преводиоца, тумача, стручног лица и вештака одлучује јавни тужилац или суд. Кад овлашћена службена

лица полиције предузимају доказне радње на основу овог законика, о њиховом изузећу одлучује јавни тужилац. Ако приликом предузимања ових радњи учествује записничар, о његовом изузећу одлучује овлашћено службено лице полиције које предузима радњу. Ми ћемо на овом месту поставити само једно питање - да ли се јавни тужилац може изузети од „тужилачке дужности“ у прекршајном поступку? Видели смо да ЗП не предвиђа такву могућност, што није оправдано, али се сада поставља питање да ли се могу супсидијарно применити одредбе Законика о кривичном поступку, те да се на основу њих јавни тужилац изузме? С тиму вези, *спорно* је то што ЗП прописује „на прекршајни поступак сходно се примењују одредбе Законика о кривичном поступку, ако овим или другим законом није *друкчије* одређено“ – а овим Законом (Законом о прекршајима) је управо решено другачије.¹⁵

¹⁵ Интересантно је видети једну судску одлуку у којој се поставило питање сходне примене ЗКП-а. Нема сходне примене Законика о кривичном поступку у вези са овлашћењем за подношење захтева за заштиту законитости против правноснажних одлука у прекршајном поступку, већ да је на то овлашћен искључиво републички јавни тужилац. *Из образложења*: Бранилац окривљеног Ж.Д. - адвокат М.Д. поднео је захтев за заштиту законитости против правноснажне пресуде Прекршајног апелационог суда, Одељење у Крагујевцу И-106 Прж.12502/14 од 17.06.2014. године и правноснажног решења Прекршајног апелационог суда, Одељење у Крагујевцу И- 106 Прж.15492/14 од 03.11.2014. године и то због повреде закона из члана 485. став 1. тачка 1) ЗКП у вези члана 227. Закона о прекршајима, са предлогом да Врховни касациони суд усвоји захтев и укине наведене одлуке, те предмет врати Прекршајном апелационом суду, Одељење у Крагујевцу на поновни поступак ради доношења одлуке по жалби, као и да се одложи извршење мере забране управљања моторним возилом "Б" категорије до окончања поступка пред Врховним касационим судом. Врховни касациони суд је у седници већа, испитујући дозвољеност поднетог захтева за заштиту законитости, нашао да је захтев недозвољен. Наиме, одредбом члана 285. став 1. Закона о прекршајима ("Службени гласник РС" бр.65/2013) прописано је да се против правноснажне пресуде може поднети захтев за заштиту законитости, а одредбом става 2. истог члана прописано је да захтев за заштиту законитости подиже Републички јавни тужилац у року од три месеца од дана достављања пресуде. Дакле, из цитиране законске одредбе јасно произилази да је у прекршајном поступку само Републички јавни тужилац овлашћен за подношење захтева за заштиту законитости, а такво овлашћење ни једном законском одредбом није дато другим процесним субјектима, па ни окривљеном и његовом браниоцу. Имајући у виду да нема сходне примене Законика о кривичном поступку ("Службени гласник РС" бр.72/11 од 28.09.2011. године) о томе ко је овлашћен за подношење захтева за заштиту законитости против правноснажних одлука у прекршајном поступку, већ да је на то овлашћен искључиво Републички јавни тужилац на основу члана 285. став 2. Закона о прекршајима, те имајући у виду чињеницу да је у конкретном случају захтев за заштиту законитости поднео бранилац окривљеног који по закону на то није овлашћен, то је Врховни касациони суд нашао да је предметни захтев за заштиту законитости браниоца окривљеног Ж.Д. - адвоката М.Д. недозвољен, јер је поднет од стране неовлашћеног

Значајно је указати на једну одредбу која се тиче *претреса*, у делу који се односи на присуство учесника у прекршајном поступку. С тим у вези, Законом о прекршајима прописује се да се *претрес може одржати без присуства подносиоца захтева*.¹⁶ Сада се поставља питање ко заступа „оптужбу“ у прекршајном поступку?¹⁷ Потребно је пре свега видети решење из Законика о кривичном поступку. Ако на главни претрес, који је заказан на основу оптужнице јавног тужиоца, не дође јавни тужилац или лице које га замењује, председник већа ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и затражити да одмах одреди замену. Ако то није могуће, председник већа ће одредити да се главни претрес не одржи и о томе ће обавестити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, који имају обавезу да обавесте суд о предузетим мерама. Ако на главни претрес не дође оштећени као тужилац или приватни тужилац, нити њихов пуномоћник, који су уредно позвани, а изостанак нису оправдали, веће ће решењем обуставити поступак.¹⁸ Осим што није нужно присуство *подносиоца захтева за покретање прекршајног поступка*, спорно је да ли се претрес може одржати и без присуства окривљеног лица. У закону о прекршајима прописано је: ако уредно позвани окривљени не дође и не оправда изостанак или у одређеном року не да писану одбрану, а његово *саслушање није нужно* за утврђивање чињеница које су од важности за доношење законите одлуке, одлука се може донети и без саслушања окривљеног. (...).¹⁹ Из наведеног произлази да се претрес може одржати иако је окривљени одсутан, па чак и ако није саслушан. Међутим, у другом члану законодавац је прописао: суд може одлучити да се претрес одржи у одсуству окривљеног који је уредно позван ако је он саслушан, а нађе да његово присуство није неопходно за правилно утврђивање чињеничног стања.²⁰ Из овог члана се може закључити да се претрес може одржати у одсуству окривљеног, али само ако је оно претходно саслушано. Није тешко доћи до закључка да су ова два члана контрадикторна, али се један закључак може извести, „претрес може да се

лица у смислу цитираног прописа. (Из решења Врховног касационог суда, Кзз Пр 4/2015 од 11. фебруара 2015. год.). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

¹⁶ Вид. чл. 239. Закона о прекршајима.

¹⁷ Захтев за покретање прекршајног поступка подноси овлашћени орган или оштећени (у даљем тексту: подносилац захтева). Овлашћени органи из става 1. овог члана су органи управе, овлашћени инспектори, јавни тужилац и други органи и организације, које врше јавна овлашћења у чију надлежност спада непосредно извршење или надзор над извршењем прописа у којима су прекршаји предвиђени. Чл. 179. Закона о прекршајима.

¹⁸ Чл. 379. Законика о кривичном поступку.

¹⁹ Чл. 93. ст. 3. Закона о прекршајима.

²⁰ Чл. 240. ст. 1. Закона о прекршајима.

одржи у одсуству окривљеног“. Сада долазимо до једне *мало чудне ситуације*, а то је да се претрес може одржати без присуства окривљеног и подносиоца захтева за покретање поступка. Дакле, немамо лице које *заступа оптужбу* као ни *окривљеног*, већ само суд изводи доказе и утврђује *истину*, те након тако утврђене истине доноси и своју одлуку.²¹ Још једна одредба Закона о прекршајима говори у прилог да се претрес може одржати без подносиоца захтева за покретање прекршајног поступка. У члану 245. ставу 4. прописује се: о прекиду и настављању поступка обавестиће се подносилац захтева, а у прекршајном поступку из области царинског, спољнотрговинског и девизног пословања и оштећени. Подносилац захтева и оштећени се обавештавају из разлога што нису присутни на претресу.

У вези са претресом значајно је указати и на то да се према Закону о прекршајима, претрес *не мора* увек одржати. Претрес се одређује када суд оцени да је то потребно ради правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања.²² Дакле, од слободне оцене судије зависи да ли ће се претрес одржати или неће.²³ Сада се поставља питање како се без претреса може донети

²¹ *Из судске праксе*: Прекршајни суд није обавезан да одреди претрес већ је одређивање условљено проценом целисходности те процесне радње с обзиром на сложеност предмета и друге околности од значаја за правилно и законито пресуђење. *Из образложења*: Бранилац је изјавио жалбу у којој је навео да у поновљеном поступку није одржан главни претрес, већ је пресуда донета уз позивање на доказ, изведен у поступку који је претходио доношењу пресуде која је укинута. Одређивање главног претреса, према одредбама члана 207. Закона о прекршајима, не представља обавезу првостепеног суда, већ је условљено проценом целисходности те процесне радње од стране поступајућег судије, с обзиром на сложеност предмета и друге околности од значаја за правилно и законито пресуђење. Како је у поступку, који је у овом предмету претходио доношењу раније првостепене пресуде, чињенично стање правилно и у потпуности утврђено, при том пре свега имајући у виду да је окривљена признала прекршаје који су јој стављени на терет, то би, следствено изложеном, одређивање главног претреса у поновљеном првостепеном поступку било неосновано већ самим тим што би подразумевало непотребно одуговлачење прекршајног поступка у целини. (Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, Одељење у Новом Саду, III-304, Прж. број 16250/13 од 6. 8. 2013). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

²² Чл. 239 ст. 1 Закона о прекршајима.

²³ *Из судске праксе*:

А. Прекршајни суд није обавезан да одреди претрес већ је одређивање условљено проценом целисходности те процесне радње с обзиром на сложеност предмета и друге околности од значаја за правилно и законито пресуђење. (Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, Одељење у Новом Саду, III-304, Прж. број 16250/13 од 6. 8. 2013). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Б. Да ли је претрес обавезан у свим предметима? ПРАВНИ СТАВ: Према важећем Закону о прекршајима, с обзиром да незаказивање претреса не представља битну повреду одредаба прекршајног поступка произилази закључак да претрес није обавезан у сваком предмету. У прилог наведеног говоре и одредбе чл. 85. и чл. 208.

одлука, да ли то значи да окривљено лице није имало право да буде саслушано, односно да није имало право на одбрану? Законом о прекршајима, у оквиру начела, прописује се да се пре доношења одлуке, окривљеном мора дати могућност да се изјасни о чињеницама и доказима који га терете и да изнесе све чињенице и доказе који му иду у корист, *осим* у случајевима предвиђеним законом.²⁴ Видимо да се према овом начелу окривљеном може, али и не мора дати могућност да се изјасни о чињеницама и доказима који га терете и да изнесе све чињенице и доказе који му иду у корист. Иако ово питање захтева темељнију анализу, јер се ради о значајном аспекту права окривљеног на одбрану, ми ћемо сада само указати на један члан Устава Републике Србије, како бисмо скенули пажњу да су одредбе ЗП-а *неприхватљиве*. Свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које *се терети*, као и о доказима прикупљеним против њега. Свако ко је окривљен за кривично дело има право на *одбрану* и право да узме браниоца по свом избору, да с њим несметано општи и да добије примерено време и одговарајуће услове за припрему одбране. (...) Свако ко је окривљен за кривично дело, а доступан је суду, има право да му се *суди у његовом присуству* и не може бити кажњен, ако му није омогућено да буде саслушан и да се брани. Свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко *браниоца износи доказе у своју корист*, испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитују и сведоци одбране. (...). (...) Сва права која има окривљени за кривично дело има, сходно закону и у складу са њим, и физичко лице против кога се води поступак за неко *друго кажњиво дело*.²⁵

Као врста прекршајне санкције прописују се и казни поени. Број казних поена који може да се изрекне учиниоцу прекршаја ЗП повећава са 18 на 25.²⁶ Сада, за прекршај против безбедности саобраћаја на путевима, законом се могу прописати казни поени у распону од 1 до 25. Чини се да је интенција законодавца ишла у правцу поштравања ове санкције, јер је и

Закон о прекршајима, те би целисходност заказивања претреса била цењена од стране судије у сваком конкретном предмету. (Правни став заузет на првој седници судија Вишег прекршајног суда у Београду, 25. марта 2011. године) - Правни Информатор, бр. 3/2012, Интермех, Београд, Приредио: Милан Миловић. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

²⁴ Чл. 93. ст. 1. Закона о прекршајима.

²⁵ Вид. чл. 33. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

²⁶ Претходни Закон о прекршајима је прописивао је да се „За прекршаје против безбедности саобраћаја на путевима законом могу прописати казни поени у распону од 1 до 18“. Вид. чл. 34. ст. 1 Закона о прекршајима, „Службени гласник РС“, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009.

друге санкције поштрио.²⁷ Међутим, повећањем броја казних поена законодавац је у ствари ублажио последице изрицања казних поена, јер се возачу када *сакупи* максимални број поена возачка дозвола одузима. По Закону о безбедности саобраћаја на путевима²⁸ (чл. 323): возачу којем је возачка дозвола, односно пробна возачка дозвола издата у Републици Србији, изричу се казнени поени за прекршаје одређене овим законом. За поједине прекршаје предвиђене овим законом утврђују се казнени поени од 1 до 18 у зависности од тежине прекршаја. Надаље, по овом Закону сматра се да возач не управља возилом савесно и на прописан начин ако има 18 или више казних поена.²⁹ Сада се поставља питање односа ова два Закона у погледу казних поена. Ако се возачу којем је изречено 18 казних поена *одузима возачка дозвола*, која је сврха да му се изрекну још 7 казних поена? Сматрамо да је законодавац требао да измени и ову одредбу Закона о безбедности саобраћаја на путевима, те да пропише да се након изречених 25 казних поена одузима возачка дозвола. Овде се поставља још једно важно питање – који закон има предност? Ми смо мишљења да у овом случају Закон о прекршајима треба да се примени, иако се, можда, чини да је Закон о безбедности саобраћаја на путевима *lex specialis*. Наиме, Законом о

²⁷ *Из судске праксе:*

А. За прекршаје против безбедности саобраћаја на путевима законом се могу прописати казнени поени у распону од 1 до 25. Санкција из става 1. овог члана изриче се уз казну или опомену под условима предвиђеним овим законом ако другим законом није другачије прописано. Уз санкцију из става 1. овог члана учиниоцу могу бити изречене допунске обавезе у циљу едукације возача или праћења његовог понашања у саобраћају. Врсте допунских обавеза и услови за њихово изрицање прописују се посебним законом. Казнени поени могу се изрећи возачу који у време извршења прекршаја поседује возачку дозволу издату у Републици Србији или возачу коме је правноснажном одлуком забрањено управљање моторним возилом. Чл. 48 ЗП. *Из судске праксе:* 1. Возачу возила коме није издата возачка дозвола, односно пробна возачка дозвола у Републици Србији, не могу се изрећи казнени поени за прекршаје одређене Законом о безбедности саобраћаја на путевима - (Из пресуде Вишег прекршајног суда Прж. бр. 21191/2011). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Б. Казнени поени и заштитна мера забране управљања моторним возилом (чл. 34 и чл. 52 Закона о прекршајима): у случају када возач бицикла учини прекршај из области Закона о безбедности саобраћаја на путевима за који је казним одредбама обавезно изрицање заштитне мере забране управљања моторним возилом и казних поена возачу бицикла се наведене санкције не изричу - (Из пресуде Вишег прекршајног суда Прж. бр.10586/2011). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

²⁸ Закон о безбедности саобраћаја на путевима, „Службени гласник РС“, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 - одлука УС, 55/2014, 96/2015 - др. закон и 9/2016 - одлука УС.

²⁹ Чл. 197.

прекршајима је дата могућност да се другим законом пропишу казни поени. Осим тога, Законом се прописује да органи овлашћени за доношење прописа о прекршајима могу прописивати само санкције предвиђене овим законом и у *границама* које одређује овај закон.³⁰ Дакле, само у границама одређеним Законом о прекршајима, а њиме је одређена *граница* на 25 казних поена, те није у складу са законом да се та *граница* помери на 18 казних поена.

Закон о прекршајима прописује се да је суд дужан да води посебну евиденцију за сваког малолетника коме је изречена *васпитна мера*.³¹ Законодавац је само преписао решење из претходног Закона и у нови Закон. Осим ове одредбе законодавац није ништа више прописао о евиденцији. Чини се да је законодавац покушао да евиденције о кажњеним малолетницима уреди на начин како је то прописано Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица³² и Правилником о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора³³, али се све само завршило на покушају. Сматрамо да ће овакво *недоречено решење* стварати велике проблеме у пракси, али су два питања најспорнија - „ко може да тражи и да добије податке из евиденције и када се подаци бришу“? Законодавац је морао да Законом о прекршајима уреди начин вођења евиденције или да се овим Законом барем прописало да ће се вођење евиденције ближе уредити посебним актом. Свакако би у том случај било нужно и да се донесе подзаконски акт (правилник), којим би се ближе уредило вођење евиденције.

Што се тиче саме терминологије ЗП није доследан. Често је на појединим местима, па чак и у истом члану, Закон контрадикторан.³⁴ Тако је, на пример, законодавац прописао да је лице „осуђено“ у прекршајном поступку, иако се у прекршајном поступку окривљено лице не осуђује већ „кажњава“.³⁵ Надаље, у члану 19 ЗП прописано је: *неурачунљив учинилац* није одговоран за прекршај. *Неурачунљив је учинилац* који није могао да схвати значај свог поступка или није могао да управља својим поступцима

³⁰ Чл. 4. ст. 2. ЗП.

³¹ Чл. 80. ст. 2. ЗП.

³² Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005. Вид. чл. 37 овог закона, којим је прописано да се вођење евиденција уређује посебним актом.

³³ Правилник о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, „Службени гласник РС“, број 63/2006.

³⁴ На пример: суд може задржати путну исправу или други идентификациони документ *окривљеног* до извршења пресуде, уколико нађе да би *кажњено лице* чије се место боравка налази у иностранству могло осујетити извршење пресуде одласком са територије Републике Србије. Чл. 199 ст. 1 ЗП.

³⁵ Вид. чл. 41.

услед душевне болести, привремене душевне поремећености, заосталог душевног развоја или друге теже душевне поремећености. Не постоји *неурачунљив учинилац* прекршаја, већ само може да постоји *неурачинљиво лице* које је учинило дело које је законом, или другим прописом којим може да се пропише прекршај, прописано као прекршај.³⁶

На овом месту ћемо указати и на једну недоследност законодавца приликом прописивања новчане казне за сведока и вештака. Законом о прекршајима се прописује: Ако сведок који је уредно позван не дође, а изостанак не оправда, или се без одобрења или оправданог разлога удаљи са места где треба да буде саслушан, може се наредити да се принудно доведе, а може се казнити новчано од **10.000 до 50.000** динара.³⁷ Ако сведок после упозорења на последице одбијања давања исказа, неће без законског разлога да сведочи, може се казнити новчано до **10.000** динара, а ако и после тога одбије да сведочи, може се казнити новчано до **50.000** динара.³⁸ Ако вештак који је уредно позван не дође, а свој изостанак не оправда или ако неоправдано одбије да вештачи, може му се наложити да надокнади проузроковане трошкове, а може се и казнити новчаном казном од **10.000 до 50.000** динара.³⁹ Са друге стране, Закоником о кривичном поступку се прописује: Ако сведок који је уредно позван не дође, а изостанак не оправда или се без одобрења удаљи са места где треба да буде испитан, орган поступка може наредити да сведок буде принудно доведен, а суд га може и казнити новчано до **100.000** динара. Ако сведок дође, па пошто је упозорен на последице одбије без законског разлога да сведочи, суд га може казнити новчано до **150.000** динара, а ако и после тога одбије да сведочи, може га још једном казнити истом казном.⁴⁰ Ако вештак који је уредно позван не дође, а изостанак не оправда, или се без одобрења удаљи са места где треба да буде испитан, орган поступка може наредити да се принудно доведе, а суд га може и казнити новчано до **100.000** динара, а стручну установу до **300.000** динара. Ако вештак, након упозорења на последице ускраћивања вештачења, без оправданог разлога неће да вештачи, или не да налаз и мишљење у року који му је одређен, суд га може казнити новчано до **150.000** динара, а стручну установу до **500.000** динара.⁴¹

³⁶ О другим нелогичностима вид. Стефан Самарџић, Иван Милић, „Контрадикторности Закона о прекршајима у области санкција према малолетницима са посебним освртом на мере медицинског карактера“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2014, 381-394.

³⁷ Чл. 216. ст. 1. Закона о прекршајима.

³⁸ Чл. 216. ст. 4. Закона о прекршајима.

³⁹ Чл. 224. ст. 2. Закона о прекршајима.

⁴⁰ Чл. 101. ст. 1 и 2. Законика о кривичном поступку.

⁴¹ Чл. 115. ст. 2 и 3. Законика о кривичном поступку.

Интересанто је предочити и законско решење које се тиче достављање писмена. Према решењу Закона о прекршајима војним лицима, припадницима полиције, припадницима страже у заводима за извршење кривичних санкција и запосленима у сувоземном, речном, поморском и ваздушном саобраћају достављање *позива може* да се врши и преко њихове команде, односно непосредног старешине или руководиоца, а по потреби може да им се на тај начин врши и достављање осталих писмена.⁴² С друге стране, Закоником о кривичном поступку се прописује да се војним лицима, припадницима полиције, Безбедносно-информативне агенције, Војнобезбедносне агенције, Војнообавештајне агенције или припадницима службе за обезбеђење завода у којој су смештена лица лишена слободе, запосленима у речном и ваздушном саобраћају, *писмена достављају* преко њихове команде, непосредног старешине или руководиоца, односно седишта правног лица.⁴³ Није тешко закључити да је законодавац у Закону о прекршајима изоставио припаднике три агенције, којим се по ЗКП-у врши достављање на посебан начин. Чини се да се приликом доношења закона о прекршајима заборавило на постојање ових агенција. Осим тога, по закону о прекршајима овим лицима се *могу* достављати *позиви* на наведени начи, али и *не морају*. Дакле, на овај начин *може* да се врши само достављање *позива*, али не и других *писмена*, што је лоше решење законодавца. С друге стране, према Законнику овој категорији лица достављање се мора извршити на наведени, *посебан начин*.

Ми смо у раду указали на поједина лоша решења законодавца у актуелном Закону о прекршајима. Таква решења одразиће се лоше на сам прекршајни поступак, али и у току извршења изречених санкција. Највећи проблем представља чињеница што се поједини институти не уређују у потпуности, већ само делимично. Мада је јасно да се Закон о прекршајима позива на сходну примену Законика о кривичном поступку, али је то у великом броју случајева немогуће. Некомпатибилне одредбе два закона није могуће применити. Иако то јасно произлази из овог рада, ми смо и у претходним нашим радовима нагласили да је неопходно да се поједине одредбе Закона о прекршајима измене, како би Закон могао да се у потпуности примени. Морамо још да напоменемо да није лако судити на основу оваквог закона, јер се у појединим истим ситуацијама могу доносити различите одлуке, што води ка правној несигурности.

⁴² Чл. 163. ст. 1. Закона о прекршајима.

⁴³ Чл. 248. ст. 1. Законика о кривичном поступку.

Ivan D. MILIĆ, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Novi Sad

ON SOME BAD SOLUTIONS IN THE LAW ON MISDEMEANORS

Summary

Misdemeanours are the most numerous criminal offenses in Serbia, compared to crime and economic misdemeanours. By the new Law on Misdemeanours procedure for misdemeanours is even more accelerated, where the establishment of the truth about whether the defendant committed the misdemeanour or not is put aside. The author points to some bad decisions in the current Law on Misdemeanours, which are an obstacle to the successful implementation of the Law. The point is that the Law has major flaws, contradictions, deficiency, and the correct application of the Law in some cases is difficult to achieve.

Keywords: *misdemeanour, the law, the penalty, the perquisiton, the procedure*

ЛИТЕРАТУРА

Dorđević Đorđe, Novi Zakon o prekršajima i novine u opštem delu prekršajnog prava, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Београд, бр. 2/2014.

Милић Иван, Да ли је кривично дело увек најтеже казнено дело? (I део), *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2016.

Милић Иван, Димовски Дарко, Упућивање прекршајно кажњених лица на издржавање затворске казне, *Defendologija MNE*, Nikšić, бр. 1/2016.

Milić Ivan, Dužnost okrivljenog da govori na svoju štetu, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, бр. 9/2015.

Милић Иван, Евиденција прекршајно кажњених лица, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2015.

Милић Иван, Нови закон о прекршајима и стари проблеми са заштитном мером обавезног лечења зависника од алкохола и психоактивних супстанци, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2014.

Милић Иван, О неким проблемима код изрицања и извршења мера забране приступа, односно прилажења оштећеном, објектима или месту извршења прекршаја, у Закону о прекршајима Републике Србије, *Pravna misao*, бр. 11– 12/ 2014.

Милић Иван, Регистар неплаћених новчаних казни и других новчаних износа, *Безбједност - Полиција - Грађани*, бр. 1–2/2016.

Милић Иван, Јемство у прекршајном поступку, *Безбједност– Полиција–Грађани*, бр. 3-4/15.

Ристивојевић Бранислав, Милић Иван, Одговорност родитеља за прекршаје које учине њихови потомци, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2016.

Самарцић Стефан, Милић Иван, Конtradикторности Закона о прекршајима у области санкција према малолетницима са посебним освртом на мере медицинског карактера, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 3/2014.

Шкулић Милан, Специфичности поступања према малолетницима у прекршајном поступку, *Поступање са малолетницима у прекршајном поступку* - Програм обуке за судије прекршајних судова, Београд, 2013.

Закон о безбедности саобраћаја на путевима, *Сл. гласник РС*, бр. 41/2009, 53/2010, 101/2011, 32/2013 - одлука УС, 55/2014, 96/2015 - др. закон и 9/2016 - одлука УС.

Закон о изменама и допунама Закона о прекршајима, *Сл. гласник РС*, бр. 13/2016.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005.

Закон о прекршајима, *Сл. гласник РС*, 63/14.

Закон о прекршајима, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009.

Закон о прекршајима, *Службени гласник РС*, бр. 65/13.

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

Правилник о начину вођења евиденције о изреченим васпитним мерама и казни малолетничког затвора, *Сл. гласник РС*, број 63/2006.

Пресуда Вишег прекршајног суда Прж. бр. 21191/2011). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Пресуда Вишег прекршајног суда Прж. бр.10586/2011). Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, Одељење у Новом Саду, III-304, Прж. број 16250/13 од 6. 8. 2013. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Пресуда Вишег прекршајног суда у Београду, Одељење у Новом Саду, III-304, Прж. број 16250/13 од 6. 8. 2013. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Пресуда Прекршајног суда у Београду 27. Пр. бр. 127776/2013 од 22. септембра 2014. год.. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Правни став заузет на првој седници судија Вишег прекршајног суда у Београду, 25. марта 2011. године - Правни Информатор, бр. 3/2012, Интермех, Београд, Приредио: Милан Миловић. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Решење Врховног касационог суда, Кзз Пр 4/2015 од 11. фебруара 2015. год. Извор: електронска база података *Propisi online*, на дан: 1.2.2017.

Др Миодраг Н. СИМОВИЋ*
Др Милена СИМОВИЋ*

ИЗАЗОВИ ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ У КОНТЕКСТУ ЊЕГОВЕ НАДЛЕЖНОСТИ ДА У СКЛАДУ СА МЕЂУНАРОДНИМ СТАНДАРДИМА ОЦЈЕЊУЈЕ УСТАВНОСТ ЗАКОНА

Апстракт: Прошло је 20 година од успоставе и дјеловања Уставног суда Босне и Херцеговине конституисаног на основу Устава Босне и Херцеговине из 1995. године (тзв. Дејтонски споразум). Дјелујући као независни чувар Устава Босне и Херцеговине и као институционални гарант заштите људских права и основних слобода установљених овим уставом и инструментима Анекса I Устава, затим, полазећи од тога да није дио ни законодавне, ни извршне, нити редовне судске власти (како је Уставом Босне и Херцеговине позициониран), Уставни суд је све ово вријеме дјеловао као посебна, самостална и независна власт и корективни фактор за остала три сегмента власти у Босни и Херцеговини. На овај начин Уставни суд је, као једна од кључних државних институција Босне и Херцеговине, допринио унапређењу демократије, владавине права и афирмацији правне државе, нарочито у првим годинама након свога конституисања када је требало штитити темеље демократске државе и ријешити један број питања која су у важећем Уставу Босне и Херцеговине на неки начин остала недоречена. Пролазећи кроз различите периоде, почев од организационог структурирања (у почетној фази) до стадија када је својим радом обухватио све надлежности утврђене Уставом и профункционисао у пуном капацитету, Уставни суд је постао истовремено респектабилан субјект заштите уставног поретка у Босни и Херцеговини али и објекат опсервација, очекивања и критика, па и оспоравања.

Кључне ријечи: Устав Босне и Херцеговине, Уставни суд Босне и Херцеговине, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, уставност закона.

* Академик, Судија Уставног суда Босне и Херцеговине, редовни професор Правног факултета у Бањој Луци, дописни члан Академије наука и умјетности Босне и Херцеговине, инострани члан Руске академије природних наука и редовни члан Европске академије наука и умјетности, miodrag.simovic@ustavnisud.ba

* Заменик секретара у Секретаријату за законодавство Владе Републике Српске и ванредни професор на Факултету за безбедност и заштиту Независног универзитета у Бањој Луци, milena.s@blic.net

1. УВОД

У систему какав је босанскохерцеговачки са наглашеном асиметричном расподелом надлежности између појединих нивоа власти и унутар саставних јединица државе, односно ентитета и без, по вертикали, заокруженог правосудног система, Уставни суд Босне и Херцеговине¹ је нужно био у позицији да осигурава јединство и функционалност система у оквиру постојећих уставних рјешења. Поступно се етаблирао и као највиши арбитар у рјешавању спорова између Босне и Херцеговине и њених ентитета, итд., који су се у свој својој сложености формално артикулисали као уставноправна питања, односи и проблеми са, неријетко, веома наглашеним политичким, односно општедруштвеним конотацијама и карактеристикама. У споровима такве врсте пред ово тијело су се постављале све дилеме и изазови судског активизма, негативног или позитивног законодавца, итд. Уставни суд је ипак, динамичним тумачењем Устава Босне и Херцеговине², историјским и/или системским приступом и методом, крећући се, уз неопходну и наглашену суздржаност и опрез, у границама својих уставних надлежности и начела самоограничења, битно допринио равноправности и конститутивности народа на цијелој територији Босне и Херцеговине (барем у формалном смислу), осигурању суверенитета, територијалног интегритета и међународног субјективитета државе, јачању правне сигурности и владавине права као основних уставних принципа. То је, поред осталог, било могуће имајући у виду и специфичности самога уставног текста.

Наиме, чињеница да је Устав, *de facto* креиран, претежно, према моделу англосаксонске (америчке) правне мисли, номотехнике и искуства, реално је имала и има значајне консеквенце. То се, прије свега, огледа у утемељености и могућности екстензивнијег разумијевања и тумачења уставног текста и његових кључних института, посебно у питањима апстрактне уставне контроле, рјешавања спорова између појединих нивоа власти, итд. Иако се, наиме, не може повући потпуна паралела, вишестољетно искуство интерпретације Устава САД од стране Врховног суда САД, чини се врло интересантним и сугестивним. Управо је Врховни суд САД (који има и улогу уставног суда) својим одлукама уставу те сложене државе и друштва (основном тексту и амандманима) временом давао она значења и удахњивао му садржаје и живот који би (без таквог приступа) сложену организацију државе чинио неефикасном, а одређена основна права и слободе ускраћеним милионима људи.

¹ У даљем тексту: Уставни суд.

² У даљем тексту: Устав.

Пред сличним изазовима је, све ово вријеме, био и Уставни суд јер је, у веома сложеним односима у друштву и држави, подржавајући Устав, требало и треба препознавати, афирмисати и бранити стварни „нормативни капацитет“ Устава. То је једино могуће кроз неопходну дозу уставносудског активизма и храбрости.

Исти је случај и када је ријеч о примјени стандарда („слова и духа“) Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода³. Кључне одредбе ове конвенције којима су утврђена, односно гарантована људска права и основне слободе такође су веома уопштене, али је и њихов пуни смисао, садржај и значење дала вишедеценијска пракса Европског суда за људска права⁴ коју Уставни суд досљедно слиједи.

Дакле, судски активизам, принципијелно и храбро трагање и стајање иза нормативног капацитета, стварних домета и могућег значења уставног текста, препознатљиви су у раду Уставног суда. То се понекада занемарује. Уз то, трагање за добрим, бољим или оптималним рјешењима углавном спада у домен широког поља процјене, овлаштења и дјеловања јавних власти, а не Уставног суда. Уставни суд је искључиво и једино дужан „подржавати“ Устав (члан VI/3) што чини кроз образложене одлуке а ограничен је једино уставном нормом, моралом и професионализмом својих чланова - судија⁵.

2. ПОЛОЖАЈ И НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА

Устав познаје само пет институција на нивоу државе: Парламентарну скупштину БиХ, Предсједништво БиХ, Вијеће министара БиХ, Централну банку БиХ и Уставни суд⁶.

Положај и надлежности Уставног суда, уређене су у члану IVф) и VI Устава.

³ У даљем тексту: Европска конвенција.

⁴ У даљем тексту: Европски суд.

⁵ Од како је ефективно почео са радом у октобру 1997. године, Уставни суд је у протеклих 20 година, закључно са 31. децембром 2016. године, донио 27.813 одлука којима је ријешено 55.742 предмета. Прву одлуку Суд је донио 16. октобра те 1997. године. Динамика прилива предмета варира и креће се од 16 предмета у почетној години рада до 6.056 предмета 2010. године када је забиљежен највећи број примљених предмета. Број ријешених предмета је такође варирао - од почетних 13 предмета колико је ријешено 1997. године до 7.946 ријешених предмета 2016. године.

⁶ Изворни текст, заправо, директно познаје шест институција. Одредба члана V.3. Устава је сада историјска - Стални комитет за војна питања је угашен у процесу реформи у области сектора одбране.

Према члану IV Устава, Парламентарна скупштина БиХ је састављена од два дома: Заступничког дома и Дома народа. Сви закони морају бити усвојени у оба дома у истовјетном тексту. Дом народа је састављен од 15 делегата, и то по пет из сва три конститутивна народа, а одлуке се доносе већински или путем гласања по клубовима када је покренуто питање виталног националног интереса. Када се клубови народа не могу договорити да ли неко питање које је покренуто пред овим домом има карактер виталног националног интереса, онда се то питање делегира на одлучивање Уставном суду чија надлежност је утврђена у члану IV/3ф).

Састав, организација и надлежност Уставног суда дати су детаљније у члану VI Устава. Уставни суд има девет чланова. Четири члана бира Заступнички дом Федерације БиХ, а два члана Народна скупштина Републике Српске. Преостала три члана бира предсједник Европског суда након договора са Предсједништвом БиХ.

Судије су истакнути правници високих моралних квалитета. Свака особа с правом гласа и таквим квалификацијама може бити судија Уставног суда. Судије које изабере предсједник Европског суда не могу бити држављани Босне и Херцеговине или било које сусједне државе. Све судије обављају своју дужност до доби од 70 година, уколико прије не поднесу оставку или не буду с разлогом смијењени консензусом осталих судија.

Уставни суд има, између осталог, искључиву надлежност одлучивања о свим споровима који проистекну из Устава између ентитета или између Босне и Херцеговине и једног или оба ентитета или између институција Босне и Херцеговине, укључујући, али се не ограничавајући на то је ли нека одредба устава или закона једног ентитета сагласна овом Уставу. Спор може покренути члан Предсједништва БиХ, предсједавајући Вијећа министара БиХ, предсједавајући или допредсједавајући једног од домова Парламентарне скупштине БиХ; једна четвртина чланова/делегата једног од домова Парламентарне скупштине БиХ или једна четвртина једног од домова законодавног тијела једног ентитета.

Није предвиђено доношење посебног закона о поступку пред Уставним судом, него те ствари уређује својим Правилима сам Уставни суд. Правила Уставног суда детаљно регулишу сам поступак пред Уставним судом, покретање уставних спорова, захтјева за оцјену уставности, деблокаде рада Дома народа Парламентарне скупштине БиХ, те подношење апелација физичких и правних особа у погледу повреда Уставом и међународним документима (који су саставни дио Устава) гарантованих права и слобода. У цјелини гледајући, ова правила су сачињена по узору на правила поступка пред Европским судом и бившим Домом за људска права у БиХ.

3. УСТАВНИ СУД У ПЕРИОДУ ОД 1997. ДО 2002. ГОДИНЕ

Уставни суд је конституисан након извршених процедура избора и именовања, првом сједницом Уставног суда у мају 1997. године, иако су предмети примани почевши од 1996. године. У овом периоду, према Пословнику, Уставни суд је засједао искључиво у пленарним сједницама са свих девет судија (сједница се могла одржати и ако нису сви присутни, али је морало бити присутно најмање пет судија). Одлуке су се доносиле већином гласова од укупног броја судија, тј. пет, као што се доносе и данас. Одлуке су објављиване у службеним гласилима државе и ентитетā.

У 1997. години Уставни суд је донио 13 одлука којима су захтјеви углавном одбацивани јер се радило о неовлаштеним подносиоцима или што је Уставни суд био ненадлежан за одлучивање. Битан став у овом погледу, у складу са чланом VI/3а) Устава, Уставни суд је заузео у одлуци број У 1/98 од 5. јуна 1998. године, закључивши да копредједавајући Вијећа министара БиХ⁷, када обавља функцију предједавајућег Вијећа, може покренути спор код Уставног суда у складу са чланом VI/3(а) Устава, јер је Уставом ово овлаштење индивидуализирано и није везано за надлежност и рад органа у коме обавља своју функцију.

Из круга одлука о споровима о уставности посебну пажњу у овом периоду рада Уставног суда је изазвала одлука број У 1/99 од 14. августа 1999. године којом је Уставни суд утврдио да неке одредбе Закона о Вијећу министара БиХ, у првом реду оне које успостављају копредједавајуће и потпредједавајућег Вијећа министара, нису у складу са Уставом. Кроз ову одлуку а касније и други низ одлука потврђен је тзв. принцип самоограничења Уставног суда у домену заштите уставности, односно потврђено је становиште да је Уставни суд у сфери апстрактне уставне контроле везан за захтјеве овлаштеног круга носилаца највиших функција и да се оцјена уставности односи само на оспорене одредбе у захтјеву покретача спора.

Током 2000. године Уставни суд је по први пут својим радом обухватио готово све надлежности утврђене Уставом и тиме заправо почео радити у пуном капацитету⁸. Један од предмета који је значајно обиљежио не

⁷ Законом о Вијећу министара БиХ („Службени гласник БиХ“ број 4/97) успостављени су копредједавајући и потпредједавајући Вијећа министара БиХ.

⁸ Посматрајући статистику кроз читав период постојања Уставног суда у постдејтонском периоду, долази се до закључка да 99,55 одсто предмета Уставног суда чине предмети из апелационе надлежности. С друге стране, питања која су у оквиру апелационе надлежности најзаступљенија су она која се односе на право на правично суђење (члан II/3е) Устава и члан 6 Европске конвенције), право на имовину (члан II/3к)

само ову годину рада Уставног суда, већ и рад Уставног суда у цјелини, предмет који је према свим показатељима заправо „предмет свих предмета“, јесте одлука Уставног суда број У 5/98 која је јавности позната као тзв. одлука о конститутивности народа.

Користећи могућности из члана 58. Пословника Уставног суда према којем се могу доносити дјелимичне одлуке када захтјев садржи више питања, Уставни суд је на сједници одржаној 28, 29. и 30. јануара 2000. године донио прву Дјелимичну одлуку, затим на сједници 18. и 19. фебруара другу Дјелимичну одлуку, те 30. јуна и 1. јула трећу Дјелимичну одлуку. Вијећање и гласање у овом предмету је окончано на сједници одржаној 18. и 19. августа 2000. године, када је донесена четврта Дјелимична одлука у предмету оцјене усклађености ентитетских устава са Уставом. На крају су овим одлукама одређене одредбе Устава Федерације БиХ и Устава Републике Српске, као ентитета у саставу БиХ, проглашене неуставним, па је наложено да се у томе правцу устава ентитета измијене. Нарочито је значајно да је овом одлуком, између осталог, утврђено да територијални распоред ентитета „не смије служити као инструмент етничке сегрегације”, те да уставно начело колективне једнакости конститутивних народа „забрањује било какве посебне привилегије за један или два од тих народа, сваку доминацију у структурама власти и сваку етничку хомогенизацију сегрегацијом утемељеном на територијалном раздвајању”.

У истој години Уставни суд је донио одлуку у предмету У 9/00 који се тича оцјене уставности Закона о државној граничној служби. У овој одлуци Уставни суд се први пут бавио оцјеном уставности закона које је наметнуо Високи представник за БиХ. Уставни суд је тај захтјев оцијенио као допустив, наводећи да у конкретном случају закони које је наметнуо Високи представник (чија овлаштења произлазе из Анекса X Општег оквирног споразума за мир у БиХ, релевантних резолуција Вијећа сигурности Уједињених нација и Бонске декларације) нису подложна контроли Уставног суда, као ни вршење тих овлаштења. Међутим, наметањем спорног закона Високи представник је интервенисао у правни систем БиХ, супституирајући домаће власти и у том погледу он је дјеловао као власт Босне и Херцеговине, а закон који је он донио је природе домаћег закона, те се мора сматрати законом Босне и Херцеговине, чија је сагласност са Уставом подложна контроли Уставног суда, на темељу члана VI/3а) Устава.

Још један предмет који се односио на оцјену уставности државних закона које је наметнуо Високи представник - јесте У 26/01. Одлуком у овом

Устава и члан 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију) и право на дом (члан II/3ф) Устава и члан 8 Европске конвенције).

предмету, донијетој 28. септембра 2001. године, Уставни суд је извршио оцјену уставности Закона о Суду БиХ. Уставни суд је оцијенио да је Закон о Суду БиХ у складу са Уставом, нагласивши да није његов задатак да изражава мишљење о томе да ли неки закон треба бити донесен, али да се успостављањем Суда БиХ може очекивати већи допринос јачању владавине права, што је један од темељних принципа за функционисање демократске државе.

Овај први период рада Уставног суда обиљежиле су и одлуке које су се тичале питања имунитета (одлуке број У 59/01, У 60/01 и У 61/01). У овим одлукама Уставни суд је закључио да је дошло до повреде права на правично суђење из члана 6 став 1 Европске конвенције, због тога што је кривични поступак против апеланата у конкретним случајевима покренут прије него што је ријешено питање имунитета. У тим случајевима Уставни суд није испитивао питање имунитета у меритуму, него је констатовао да се оно треба ријешити у законом прописаној процедури.

4. УСТАВНИ СУД У ПЕРИОДУ ОД 2002. ДО 2016. ГОДИНЕ

4.1. Период од маја 2002. до 31. децембра 2003. године

Конститутивна сједница Уставног суда у новом сазиву одржана је 30. маја 2003. године. Нови сазив Уставног суда, на сједници одржаној 19. и 20. децембра 2003. године, донио је одлуку о измјенама и допунама Пословника Уставног суда, која садржи суштинске измјене у односу на ранија рјешења. Прије свега, створени су процедурални услови за рад по вијећима, а тиме и за брже рјешавање предмета.

Без обзира на то што Уставни суд није засједао нити доносио одлуке о примљеним предметима од маја 2002. до маја 2003. године, предмети су пристизали у Уставни суд и о њима су припремане одговарајуће одлуке за будуће сједнице Уставног суда - када се за то стекну услови.

Занимљив примјер из праксе усвојене у овом периоду је одлука Уставног суда у предмету У 148/03 од 28. новембра 2003. године. У овом предмету спор је настао покретањем поступка царинских органа ради накнадне наплате посебног пореза за робу коју је увезао апелант по Јединственим царинским исправама. Уставни суд је закључио да апеланту ни у поступку који је вођен пред царинским органима, а ни у поступку пред Врховним судом Федерације БиХ, није обезбијеђена јавност поступка и дата могућност да лично испита наводе пријава против њега нити да лично образложи разлоге подношења тужбе у управном спору, те је утврдио повреду права на правично суђење из члана II/3е) Устава и члана 6 Европске конвенције.

Предмет Уставног суда број У 38/02 односио се на примјену члана 143. Закона о раду Федерације БиХ и дискриминацију у вези с тим. Уставни суд је истакао да уважава економске потешкоће кроз које пролази велики број фирми у Босни и Херцеговини и немогућност поновног запослења свих предратних и упослених примљених током рата. Међутим, то не може бити објективан и разуман разлог за аутоматски прекид радног односа, без појединачног утврђења разлога у сваком поједином случају, у складу са законом. Уставни суд је слиједом тога закључио да је апелантицино право на недискриминацију повријеђено начином примјене члана 143 Закона о раду.

4.2. Период од 1. јануара 2004. до 31. децембра 2007. године

Од тренутку када је окончан мандат Дома за људска права за БиХ, Уставни суд у новом сазиву се у оквиру апелационе надлежности суочио са великим бројем питања која су се појавила као посљедица ратних догађаја у Босни и Херцеговини 90-тих година прошлог вијека.

У 2004. години Уставни суд по први пут има прилику одлучивати о предмету који се односи на надлежност из члана IV/3ф) Устава (деблокада Парламентарне скупштине БиХ). Уставни суд је 28. маја 2004. године, у предмету број У 2/04, донио одлуку поводом захтјева да се испита процедурална исправност, тј. утврди постојање или непостојање уставних претпоставки за изјаву Клуба бошњачког народа да је Приједлог закона о измјенама и допунама Закона о избјеглицама из БиХ и расељеним лицима у БиХ деструктиван по виталне интересе бошњачког народа. У конкретном случају Уставни суд је истакао да се из образложења Приједлога закона може закључити да је предлагач имао за циљ да заштити “српске избјеглице” (углавном из Хрватске), које су вршиле замјену имовине с избјеглицама из БиХ”. Наиме, у 3 ставу образложења се наводи да “лица из Хрватске, која су замијенила имовину с лицима из БиХ, губе имовину у БиХ коју су добила замјеном, а имовину коју су мијењале у Хрватској не могу вратити углавном зато што су се лица, с којима су имовину мијењали, укњижили као власници њихове имовине и немају никакву обавезу извршити поврат имовине”. Уставни суд је даље истакао да је, у вези с тим, јасно да би повратак, *inter alia*, бошњачких избјеглица био условљен стављањем на располагање имовине у Хрватској. Тиме би ова одредба имала за циљ да регулише питања замјене имовине са другом државом, што може бити регулисано само међудржавним уговором.

Значајно је поменути и одлуке Уставног суда донесене у предмету број У 44/01. Након што је својом одлуком из фебруара 2004. године утврдио како дио одредбе Закона о територијалној организацији и локалној самоуправи, којом су утврђени називи појединих градова и општина у Републици Српској, није у складу са Уставом, остављен је рок законодавцу

за усаглашавање ове неуставне одредбе. Након што законодавац није отклонио утврђене неуставности, Уставни суд је у септембру 2004. године донио одлуку о престанку важења неуставних одредби, али истовремено и утврдио привремено, док се не отклоне утврђене неуставности, нове називе градова и општина.

Крајем 2004. године Уставни суд је донио једну од водећих одлука у предметима тзв. „ратне штете“ (Одлука број АП 288/03 од 17. децембра 2004. године). У наведеним предметима Уставни суд је закључио да је начином и предвиђеним роковима прописаним за исплату ратне штете по правноснажним пресудама - прекршено право на правично суђење, јер је у неким случајевима исплата потпуно онемогућена, а у другим је законом стављен „претјеран терет на појединце“, чиме је нарушен принцип пропорционалности између јавног интереса заједнице и основних права појединаца.

У току 2005. године Уставни суд је заузео битне ставове у предметима тзв. „старе девизне штедње“, који су се односили на захтјеве апеланата да остваре своја потраживања по основу старе девизне штедње, депоноване искључиво у банкама Босне и Херцеговине и њиховим пословним јединицама на територији данашњих ентитета. Уставни суд је, између осталих, у Одлуци број АП 130/04 од 2. децембра 2005. године, закључио да је недоношењем оквирног закона којим би се регулисало питање исплате старе девизне штедње, Босна и Херцеговина пропустила дјелотворно заштитити право апеланата на имовину. Такође, Уставни суд је посебно указао на позитивну обавезу државе, наводећи „да се држава не може ослободити гарантовања поштовања права на имовину [...] покушајем да делегира одговорности, у смислу регулисања и имплементације, на ентитетске институције и институције Брчко дистрикта, без осигуравања довољно правних гаранција да ће ове институције дјеловати у складу са, између осталог, стандардима из члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију“.

У тзв. предметима несталих особа водеће одлуке су такође донесене у 2005. години (Одлука број АП 129/04 од 27. маја 2005. године). У одлукама донесеним у овим предметима Уставни суд је закључио да чињеница да ни након скоро десет година од престанка ратних дејстава у Босни и Херцеговини надлежне власти нису апелантима доставиле информације о судбини чланова њихових породица, несталих током ратног сукоба у Босни и Херцеговини, неминовно је Уставном суду наметнуло закључак да је у односу на чланове породица несталих особа прекршено право на забрану нехуманог поступка из члана II/3б) Устава и члана 3 Европске конвенције, као и право на приватни и породични живот из члана II/3ф) Устава и члана 8 Европске конвенције. Као посебну мјеру у циљу отклањања повреде из члана 3. Европске конвенције, Уставни суд је наложио надлежним властима да

хитно успоставе и оспособе за ефикасан рад институције основане Законом о несталим лицима, посебно Институт за нестала лица, Фонд за помоћ породицама несталих лица и Централну евиденцију несталих лица у БиХ.

Уставни суд је у једној од својих одлука (тачније двије дјелимичне одлуке у предмету број У 4/04) из апстрактне надлежности изнио важне принципе везане за забрану дискриминације, као битном сегменту сваког демократског друштва. Предмет број У 4/04 односио се на захтјев за оцјену уставности чл. 1 и 2 Закона о грбу и застави Федерације БиХ, чл. 1, 2 и 3. Уставног закона о застави, грбу и химни Републике Српске, чл. 2. и 3. Закона о употреби заставе, грба и химне Републике Српске и чл. 1. и 2. Закона о славама и светковинама Републике Српске. У одлукама донесеним поводом наведеног захтјева Уставни суд је детаљно елаборирао појам дискриминације, с посебним освртом на питање дискриминације у контексту члана II/4 Устава.

Када је ријеч о праву на слободу и безбједност личности, битно је поменути водеће одлуке у којима се поставило питање законитости лишавања слободе лица која су кривично дјело учинила у стању неурачунљивости (Одлуке бр. АП 2271/05 од 21. децембра 2006. и АП 1125/05 од 16. јануара 2007. године). Закључак Уставног суда у овим предметима је да постоји кршење права из члана II/3д) Устава и члана 5 став 1е) и став 4 Европске конвенције када лишавање слободе особа које су кривично дјело учиниле у стању неурачунљивости не испуњава захтјев „законитости“ у смислу Европске конвенције, зато што важећи закони прецизно не дефинишу могућност, услове, начин и поступак изрицања, продужења и/или престанка мјере обавезног лијечења и чувања у одговарајућој здравственој установи ових особа, те приступ „суду“ у сврху испитивања законитости притварања, што оставља простор за произвољну примјену закона. Осим тога, смјештај таквих особа у посебном затворском одјелу, такође, не испуњава захтјев „законитости“ из члана 5 став 1е) Европске конвенције. Уз то, кршење овог права Уставни суд је утврдио и зато што важећа законска регулатива не испуњава законски квалитет у мјери у којој не поштује права из члана 5 став 1е) и став 4 Европске конвенције.

4.3. Период од 1. јануара 2008. до 31. децембра 2012. године

У периоду од 2008. до 2012. године појављују се нове чињеничне и правне ситуације, тако да се све више развија пракса Уставног суда. Између осталих, Уставни суд је одлучивао о захтјевима за оцјену уставности Закона о статистици, Закона о заштити домаће производње, Изборног закона, Статута Града Мостара, Закона о продаји станова на којима постоји станарско право, Закона о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања, Закона о

држављанству, Закона о спровођењу Анекса „Г“ Споразума о питањима сукцесије на територији Републике Српске итд.

Разматрајући уставност Закона о заштити домаће производње Уставни суд је у Одлуци број У 5/09 од 25. септембра 2009. године закључио да наведени закон није у складу са чланом III/3б) Устава, те да постоји повреда члана III/3б) Устава у ситуацији кад домаћи закон није у складу са одредбама општег правила међународног права *pacta sunt servanda* према којем „сваки уговор на снази везује чланице и оне треба да га добронајерно извршавају“, као и кад није у складу са одредбама међународног уговора којем је БиХ приступила.

Из праксе Уставног суда битно је споменути двије одлуке уско везане за преговоре о Споразуму о стабилизацији и придруживању и процесу испуњавања обавеза из „Мапе пута“, у предметима у којима је Уставни суд испитивао усклађеност са Уставом - Закона о статистици БиХ (У 9/07 од 4. октобра 2008. године) и Закона о Агенцији за осигурање у БиХ (У 17/09 од 27. марта 2010. године). Уставни суд је у овим предметима, након опсежне анализе оспорених закона у односу на релевантне уставне одредбе, закључио да је Парламентарна скупштина БиХ имала овлашћење да донесе оспорене законе и, између осталог, навео да је „њихов циљ међусобно усклађивање ентитетског законодавства из одређених области, као и усклађивање с релевантним прописима, којима су ове области регулисане унутар Европске уније, што уједно и представља испуњавање обавеза преузетих потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању с Европском унијом“.

Када су у питању међународни споразуми о људским правима, садржаним у Анексу I на Устав, у Одлуци број У 9/09 од 26. новембра 2011. године Уставни суд је битно промијенио становиште, које је имао до тада. Међународне документе из Анекса I на Устав до тада Уставни суд је цијенио само у комбинацији са чланом II/4а) Устава (недискриминација). У овом предмету Уставни суд је заузео становиште да је Међународни пакт о грађанским и политичким правима саставни дио Устава, те да је, с обзиром на то, Уставни суд надлежан да одлучи у предметном случају да ли су оспорене одредбе у складу са чланом 25б) Међународног пакта о грађанским и политичким правима. Дакле, у овом случају Уставни суд је као стандард контроле, приликом оцјењивања уставности, закључио да се члан 25б) Међународног пакта о грађанским и политичким правима може примијенити самостално. Ова одлуку је изазвала велику позорност у јавности.

Када је ријеч о Закону о држављанству, предмет број У 9/11, Уставни суд је у Одлуци од 23. септембра 2011. године истакао да воља уставотворца није била да држављанима Босне и Херцеговине који имају држављанство друге државе, а који живе у Босни и Херцеговини или широм свијета - условљава задржавање држављанства Босне и Херцеговине одрицањем од

држављанства друге државе или постојањем билатералног уговора између Босне и Херцеговине и те државе. Уставни суд је нагласио да је неспоран интерес Босне и Херцеговине да задржи одређену везу са лицима којима је Босна и Херцеговина држава тзв. матичног или изворног држављанства. У коначници Уставни суд је утврдио да релевантне одредбе Закона о држављанству нису у складу са Уставом.

Одлука којом је одлучивано о уставности релевантних одредаба федералног Закона о продаји станова на којима постоји станарско право (Одлука број У 15/11 од 30. марта 2012. године) донесена је у складу са пресудом Европског суда у предмету *Ђокић против Босне и Херцеговине*. У овој одлуци Уставни суд је закључио да су релевантне одредбе наведеног закона у супротности са правом на имовину из одредаба члана II/3к) Устава и члана 1 Протокола број 1 уз Европску конвенцију, јер не успостављају правичну равнотежу између носиоца права и јавног интереса - стављајући на носиоце права посебан и прекомјеран терет.

Једна од најзначајнијих одлука у којој се Уставни суд бавио питањем подјела надлежности између ентитета и државе је одлука Уставног суда број У 1/11 од 14. јула 2012. године. У поменутој одлуци Уставни суд је одлучивао о уставности Закона о статусу државне имовине која се налази на територији Републике Српске и под забраном је располагања. У коначници, Уставни суд је закључио да је Република Српска донијела побијани закон супротно члану чл. I/1, III/3б) и IV/4е) Устава. Уставни суд је мишљења да се ради о искључивој надлежности БиХ у регулисању питања имовине из спорног члана 2 побијаног закона.

4.4. Период од 1. јануара 2013. до 31. децембра 2016. године

Иако је до краја 2012. године Уставни суд изградио импресивну базу одлука, заузео значајне и бројне ставове и динамичним тумачењем еволуирао своју праксу и у периоду који слиједи, од 2013. године до краја 2016. године, појављују се значајна, нова питања о којима Уставни суд раније није имао прилику заузети став, те се наставља даљњи развој праксе Уставног суда.

Развој праксе Уставног суда, између осталог, иде у смјеру заузимања битних ставова у оквиру права на слободу и безбједност личности из члана II/3.д) Устава и члана 5 Европске конвенције. Заузети су битни ставови у погледу лишавања слободе лица са душевним сметњама у завод за збрињавање ментално инвалидних лица, основане сумње као основног законског услова за одређивање притвора, мјера забране, „законитог налога суда“, ситуација у којима лице лишено слободе није „одмах“ изведено пред „судију“ итд.

У овом периоду Уставни суд је, слиједом одлуке Европског суда у предмету *Мактоуф и Дамјановић против БиХ* донио више одлука у предметима који су покретали питање примјене блажег закона у поступцима због ратних злочина. Тако је у Одлуци број АП 325/08 од 27. септембра 2013. године Уставни суд закључио да је дошло до кршења члана 7. став 1. Европске конвенције, зато што у конкретном случају постоји реална могућност да је ретроактивна примјена Кривичног закона БиХ била на апелантову штету у погледу изрицања казне, а што је противно члану 7. став 1 Европске конвенције, без обзира на чињеницу што, према прописаном распону казне затвора, не значи да би апелант и добио мању казну затвора да је у његовом случају примијењен Кривични закон СФРЈ. Наиме, од кључног значаја је да је апелант могао добити нижу казну да је овај закон и примијењен.

Занимљив примјер из праксе Уставног суда је одлука Уставног суда број АП 369/10 од 24. маја 2013. године у којој је расправљено питање дискриминације у вези са правом на приступ суду. Наиме, радило се о предмету у којем је апеланту било онемогућено да пред надлежним судом покрене поступак тужбом ради развода брака. Оспореном одлуком је закључено да је апелантова тужба недопуштена у смислу одредбе чланка 43. Породичног закона Федерације БиХ, којом је прописано да муж нема право на тужбу за развод брака за вријеме трудноће жене или док њихово дијете не наврши три године живота. Суд је одлучио да је у конкретном случају апелант дискриминисан према полу у вези са правом на приступ суду, те да је наведена законска одредба дискриминирајућа јер доводи до различитог третмана апеланта према полу, а да за такав различит третман нема разумног и објективног оправдања.

У овом периоду Уставни суд је први пут разматрао случај у којем се Удружење Q које окупља LGBTIQ особе жалило на кршење више права, укључујући и питање слободе окупљања и провођења дјелотворне истраге у случајевима насиља против чланова тог удружења. Уставни суд је у одлуци у овом предмету (Одлука број АП 1020/11 од 25. септембра 2014. године) закључује да постоји повреда права на слободу окупљања из члана II/3и) Устава и члана 11. Европске конвенције када су јавне власти, у складу с позитивном обавезом која произлази из овог члана, пропустиле предузети неопходне мјере ради осигурања мирног окупљања организованог у складу са законом, због чега је дошло до насиља између супротстављених страна, те када су пропустиле осигурати јасан правни оквир како би превентивно дјеловале у његовом спречавању и одвраћању од чињења истих или сличних дјела.

Одлука број У 23/14 тиче се оцјене уставности одређених одредби Изборног закона БиХ које се односе на питање избора делегата у Дом народа Федерације БиХ. Уставни суд је закључио да одредба Потпоглавља Б члана

10.12 став 2 у дијелу: „Сваком конститутивном народу се даје једно мјесто у сваком кантону“ и одредбе Поглавља 20 - Прелазне и завршне одредбе члана 20.16.А став 2 тач. а-ј Изборног закона нису у складу са чланом I/2 Устава зато што очито имплицирају да право на демократско одлучивање искључиво легитимним политичким представљањем - неће бити засновано на демократском избору делегата у Дом народа Федерације БиХ оног конститутивног народа који представља и чије интересе заступа, што је супротно начелу конститутивности, односно равноправности било којег од конститутивних народа.

5. ПРЕДМЕТИ ПРОТИВ БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ ПРЕД ЕВРОПСКИМ СУДОМ

Европски суд је у периоду од 2002. године, када је БиХ постала чланицом Вијећа Европе и ратификовала Европску конвенцију, до краја 2016. године донио укупно 45 пресуда у предметима против БиХ од чега је у 39 пресуда утврдио повреду макар једног члана Европске конвенције. Овдје се ради само о пресудама, односно предметима у којима је Европски суд мериторно одлучивао, те да је у неким од њих спојено више предмета у једну одлуку. Знатно већи број предмета је ријешен одлукама о одбацивању. Тако је нпр. од укупног броја предмета (5.345) окончаних са 31. децембром 2014. године - Европски суд 5.229 предмета одбацио или брисао са листе предмета, а мериторно их је ријешило 116.

У многим од поднесених апликација апликанти су претходно водили поступке пред Уставним судом, али, исто тако, и пред Домом за људска права за БиХ, односно Комисијом за људска права при Уставном суду (као правном сљеднику Дома). У многим пресудама у предметима који су се тicali неизвршавања правноснажних одлука (ратна штета) Европски суд је као и Уставни суд утврдио кршење права из Европске конвенције (пресуде *Јањић и др. против БиХ*, *Милинковић против БиХ*, *Мишковић против БиХ*, итд). Исти је случај и са апликацијама у којима се радило о лишавању слободе лица са душевним сметњама у Завод за збрињавање ментално инвалидних лица без одлуке надлежног грађанског суда (пресуда *Хаџимејлић против БиХ*). Европски суд је у овом предмету истакао да су одлуке Уставног суда заиста признале наводну повреду Европске конвенције у предметима апликаната, али да надлежне власти нису отклониле наведене недостатке.

Уз утврђивање повреде права из Европске конвенције и Устава, одређене генералне мјере Уставни суд је наложио и у одлукама које су се тicale законитости лишавања слободе лица која су кривично дјело учинила у стању неурачунљивости, али као и у претходном случају, те мјере у

тренутку доношења одлуке Европског суда по апликацијама неких од лица која су се претходно обраћала Уставном суду - још увијек нису биле имплементирани (пресуда *Халиловић против БиХ*). Наиме, иако је Закон о кривичном поступку измијењен, лица која су смјештена у Форензичко-психијатријском одјелу затвора у Зеници још увијек су чекала на премјештај у здравствену установу.

Четири су карактеристична предмета у којима је дошло до потпуног мимоилажења ставова Уставног суда и Европског суда.

У предмету *Мактоуф и Дамјановић против БиХ* притужбе апликаната су се односиле на кривични поступак пред Судом БиХ у којем су проглашени одговорним и кажњени према одредбама Кривичног закона БиХ из 2003. године за злочине против цивилног становништва које су починили током рата од 1992 до 1995. године. Они су се жалили да је одбијањем Суда БиХ да примијени Кривични закон СФРЈ из 1976. године, који је био на снази у вријеме почињења ратних злочина, повријеђено правило забране ретроактивног кажњавања садржаног у члану 7. Европске конвенције. За разлику од Уставног суда који је о апелацији Мактоуфа одлучивао 2007. године, те закључио да није дошло до повреде Европске конвенције - Европски суд је пресудом из 2013. године утврдио повреду члана 7. Европске конвенције због ретроактивне примјене права.

У предмету *Муслија против БиХ* апликант је претходно поднио апелацију Уставном суду жалећи се да му је суђено два пута, те да је два пута кажњен за исто дјело у вези с истим догађајем (у кривичном и прекршајном поступку). Уставни суд је апелацију одбио сматрајући да иако су обје одлуке донесене поводом истог инцидента, дјела су различита према својој природи и намјери. Међутим, Европски суд је утврдио да се поступак који је покренут против апликанта на основу Кривичног закона Федерације БиХ односио, у бити, на исто дјело за које је апликант већ био правноснажно осуђен на основу Закона о јавном реду Зеничко-добојског кантона, те је утврдио повреду члана 4. Протокола број 7 уз Европску конвенцију.

Предмет *Пилав против БиХ* односио се на питање кандидатуре за члана Предсједништва БиХ и покретао је питања по члану 1. Протокола број 12 уз Европску конвенцију. Уставни суд је 29. септембра 2006. године утврдио да није дошло до повреде наведене одредбе, док је Европски суд у пресуди од 9. јуна 2016. године утврдио кршење.

Апликанти у предмету *Авдић и остали против БиХ* су се пред Европским судом жалили да им је одбијањем уставних апелација из разлога непостизања већине гласова Уставног суда - оспорен приступ суду. Наиме, Уставни суд је у вијећу од осам судија одбио апелацију апликанта будући да се вијеће није могло сложити нити о једном приједлогу одлуке у већини коју чини пет судија. Европски суд је утврдио повреду права на приступ суду у смислу члана 6 Европске конвенције. Ова одлука Европског суда је утицала

на измјену Правила Уставног суда према којима је сада предвиђено да „Изузетно, када у пленарној сједници у доношењу одлуке учествује мање од укупног броја од девет судија, и то због разлога наведених у члану 90 став (1) или члану 98 ових правила, као и када нису изабране све судије или када је судија/судије у дужем периоду, због болести, спријечен вршити своју функцију, уколико најмање пет судија не гласа идентично о приједлогу одлуке о захтјеву/апелацији, у случају из члана 98 одлучивање о тој одлуци ће се одгодити за једну од наредних сједница али не дуже од шест мјесеци, а ако се иста ситуација након истека тог рока понови, глас председника Уставног суда, односно судије који га замјењује, рачуна се двоструко (члан 42.5 Правила).⁹

6. ЗАКЉУЧАК

Од почетка свог дјеловања до данас, Уставни суд се савјесно и храбро користи својим уставним овлашћењима заштите људских права и основних слобода зајемчених Уставом, а укупност одлука у тим предметима чини стваран допринос Уставног суда заштити и промовисању владавине права у Босни и Херцеговини. Не само наведене, већ и друге одлуке Уставног суда показале су да је овај суд ефикасан механизам заштите људских права грађана на домаћем нивоу, тј. тамо гдје је заштита људских права и слобода најефикаснија. Од посебног је значаја да Уставни суд устраје на остваривању своје улоге у уставноправном систему Босне и Херцеговине и заштити људских права и основних слобода, на промоцији и подизању свијести у друштву о вриједностима и значају неотуђивих права из Устава, Европске конвенције са њеним протоколима, те Универзалне декларације о људским правима, која сваки човјек стиче већ самим рођењем.

⁹ Ранија одредба Правила је гласила: Изузетно, када у пленарној сједници у доношењу одлуке учествује мање од укупног броја од девет судија, и то због разлога наведених у члану 93 став 1 или члану 90 став 6 ових правила, као и када нису изабране све судије или када је судија/судије у дужем периоду, због болести, спријечен да врши своју функцију, уколико најмање пет судија не гласа идентично о приједлогу одлуке о захтјеву/апелацији, сматра се да је донесена одлука којом се захтјев/апелација одбија (члан 40.3 Правила - „Службени гласник БиХ“ бр. 60/05, 64/08 и 51/09).

Academician Miodrag N. SIMOVIĆ, Ph.D.

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the European Academy of Sciences and Arts

Milena SIMOVIĆ, Ph.D.

Deputy Director in Secretariat for Legislation of the Government of the Republika Srpska and Associate Professor at the Faculty of Security and Protection of Independent University in Banja Luka

CHALLENGES AHEAD OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA
AND HERZEGOVINA IN LIGHT OF ITS POWER TO EVALUATE
CONSTITUTIONALITY OF LAWS IN ACCORDANCE WITH
INTERNATIONAL STANDARDS

Summary

It has been 20 years since the establishment of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, which was formed on the basis of the 1995 Constitution of Bosnia and Herzegovina (to so-called Dayton Agreement). Acting as an independent guardian of the Constitution of Bosnia and Herzegovina and an institutional guarantor of the protection of human rights and fundamental freedoms established by this constitution and instruments of Annex I of the Constitution, and building from the fact that it is part of neither the legislative nor the executive nor the regular judicial authority (which is what the Constitution of Bosnia and Herzegovina qualifies it), all this time the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina has operated as a separate, autonomous and independent authority and a corrective factor for the other three segments of authority in Bosnia and Herzegovina. This is how the Constitutional Court, one of the key national institutions in Bosnia and Herzegovina, contributed to the improvement of democracy, rule of law and promotion of legal state, especially during the first few years following its establishment, when it was supposed to protect the foundations of a democratic country and resolve a number of issues that remained in a way unfinished in the valid Constitution of Bosnia and Herzegovina. Going through various periods, starting from its organisational structuring (in the initial phase) to the stage where it encompassed with its operations all competences defined by the Constitution and started functioning at full capacity, the Constitutional Court simultaneously became a respectable entity protecting the constitutional structure of Bosnia and Herzegovina and an object of observations, expectations, criticism, and even denial.

Key words: the Constitution of Bosnia and Herzegovina, the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the European Court of Human Rights, the constitutionality of laws.

ЛИТЕРАТУРА

- Билтен Уставног суда БиХ (1–26).
Bulletin of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (1–3).
Digest of the Case Law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (2009).
Digest of the Case Law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, 2. ed. (2016).
Информативна брошура Уставног суда Босне и Херцеговине (1999, 2006, 2007, 2008, 2011, 2013, 2015).
Међународна конференција „Односи између уставних судова и других судских инстанци“, Зборник радова, Сарајево, 18. и 19. 3. 2000. године (2001).
Међународна конференција „Уставни суд између негативног законодавца и позитивног активизма“, Зборник радова, Сарајево, 27. 3. 2014. године (2015).
Округли сто „Уставни суд БиХ и друге судске инстанце“, Сарајево, 29. 11. 1999. године и Теслић, 8. и 9. 12. 2000. године (2001).
Пословник Уставног суда Босне и Херцеговине (2000, 2004).
Правила Уставног суда Босне и Херцеговине (2005).
Правила Уставног суда Босне и Херцеговине (2015).
Преглед праксе Уставног суда Босне и Херцеговине (2009).
Преглед праксе Уставног суда Босне и Херцеговине, 2. изд. (2016).
Регионална конференција уставних судова „Одлуке Европског суда за људска права и њихов утицај на стандард националних уставних судова“, Зборник радова, Сарајево, 7-9. 4. 2016. године (2016).

Др Владан МИХАЈЛОВИЋ*
Др Бојан БОЈАНИЋ*

ПАРЛАМЕНТ КАО УТИЦАЈНИ (ИЛИ НЕ) ОРГАН У ОСТВАРИВАЊУ КОНТРОЛНЕ ФУНКЦИЈЕ НАД ВЛАДОМ

Апстракт: За највећу вредност парламентарног система узима се успостављање равноправности и равнотеже у функционисању законодавне и извршне власти - парламента и владе. Доктрина парламентаризма почива на начелу да ни парламент не сме трајно да превагне над владом, али ни обрнуто; то не сме ни влада над парламентом. То се постиже тако што се свако држи оквира, граница својих овлашћења. Парламент има да се држи својих законодавних послова и не меша се у оне владине, вођење државне политике. И обрнуто, влада не треба да управља парламентом, заповеда му и намеће му какву законодавну политику ће да креира и усмерава. Но, у животу, у пракси ништа није онако како би требало да буде, идеално и чисто. Док је на почетку развоја парламентаризма парламент био јачи, утицајнији у односу на извршну власт, данас ствари стоје другачије. XX век је довео до јачања утицаја, моћи владе која свуда постаје реална, моторна власт, која управља државом. Боље рећи, влада води државну политику, има ефективну извршну власт: новац, информације и силу у својим рукама, али иде и даље од тога. Она све дубље залази и у законодавство, постаје конкурентна нормативна власт која потискује и ограничава нормативну власт парламента. Због такве свемоћне владе и ослабљеног парламента, парламентаризам запада у кризу. Пошто нема боље алтернативе парламентарној демократији, излаз из парламентарне кризе је у јачању парламента, реafirмисању његове улоге и позиције и враћању владе у оквире њене уставне улоге и позиције. Да би се повратила поремећена равнотежа између парламента и извршне власти (пре свега владе), парламент мора да појача своју политичку контролу над владом. То се, постиже разноврсним средствима која је развила дуга парламентарна историја и пракса а која данас нису онако делотворна нити се примењују у пракси онолико колико се очекује. То се, пре свега, односи на интерпелацију и покретање поступка за изгласавање неповерења влади, на

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

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

која се парламент све ређе одлучује. То је последица сложених партијских односа, структуре парламента у којој се партијска већина осећа комотно и заштићено и одржава своју солидарност по сваку цену. Због те партијске солидарности, парламентарна већина толерише и брани политику владе, њене пропусте и грешке иако за то нема оправдања. Због тога данас имамо такву парламентарну ситуацију да су владе недодирљиве у парламенту, ретко се нападају и оспоравају њихове активности па тако њихова политичка одговорност пред парламентом постаје чиста формалност.

Кључне речи: *парламентарна демократија, парламентарна влада, политичка контрола парламента над владом, криза парламентаризма и поремећај равнотеже између законодавне и извршне власти, јачање улоге владе и слабљење моћи и контроле парламента над владом.*

УВОД

Парламент (скупштина) представља најважнију институцију и највећу вредност модерне државе, засноване на идеји представничке демократије. Он је тековина дуге и мучне борбе да се ограничи, спречи свемоћ једне власти (владареве), пре свега извршне. Много векова пре појаве парламента и идеје о представништву, власт је била искључива и усредсређена у једном телу или човеку. Али, мисао о једној (јакој) власти, која је свемоћна и опасна и коју треба ограничити и контролисати, још је и старија и сеже чак до античких времена. Како примећује проф. Батавељић, још Платонов и Аристотелови записи садрже сведочанство о идеји поделе, постојању више власти.¹ Тако, рецимо, Платон у свом уставу полиса истиче три институције: скупштину, веће и магистрате, а Аристотел разликује законодавну власт која доноси законе, одлучује о миру и савезима, извршну коју врше различити магистрати-административни службеници и, на крају, судску коју врше судови.² Но, антички свет је бранити ропство и неједнакост, био далеко од остварења модерне демократије. Периклова Атина је у том погледу била редак и драгоцен изузетак и напредак античког друштва, али се није дуго одржала.

И античку, као и каснију средњовековну, епоху је оковала апсолутистичка, ауторитарна власт. Њу су оличавали моћни владари, императори, краљеви који су господарили људским животом и судбином. Они су се представљали, али и од обичног света доживљавали, као божји представници, носиоци највише, суверене власти. Први озбиљни кораци у

¹ Драган Батавељић, *Начело поделе власти од античких полиса до модерних држава*, Задужбина Андријевић, Београд, 1995, 19.

² *Ibid.*

правцу оживотворења представничке власти која ће се супротстављати ауторитарној (индивидуалној) власти начињени су још у раном Средњем веку и то у Енглеској. Тако се 1265. год. помиње заседање првог представничког тела, тзв. *The great and model Parliament* у Вестминстеру, потеклог још из *Magnum consiliuma* који је деловао и помагао владару у вршењу државних послова.³ Временом се рад и заседања овог новог модела парламента устаљују (почев од 1295. год.) да би у XIV веку енглески парламент добио коначну физиономију, уобличио се у тело са два дома: Горњи дом (Дом лордова) и Доњи дом (Дом комуна). Идеја и пракса представљања, представничке власти, донекле је елитистичка и везује се за великог француског мислиоца Монтескјеа. Монтескје није био склон непосредној демократији, веровању да је народ суверен, способан да сам врши власт, јавне послове. Он је сматрао да је у моћи народа само да бира представнике који ће га представљати у вршењу власти и који имају ту предност да су способни да расправљају о стварима које обичном народу нису доступне.⁴ Осим овог интелектуалног разлога, свакако да и неки други, практични па и природни оправдавају потребу представничке власти. Сви смо свесни да је у многољудној и пространој држави тешко (немогуће) сакупити и организовати цео народ да на једном месту, окупљен, ради и одлучује. Зато се данас и дошло дотле да је модерна држава незамислива без представништва, представничке демократије. Основу такве модерне демократије чини парламент (скупштина) који је моћна и незаменљива институција у доношењу закона, али и вршењу других послова и надлежности.

Од момента када је за време Едварда I (1295. год.) заседало прво представничко тело - модел парламента - па до данас, парламент је прешао дуг и драматичан пут развоја. Још у XV веку он (парламент) постаје формални учесник у законодавству,⁵ да би од тада та његова законодавна моћ била све већа и јача. Супротно томе, улога владара (монарха) у законодавству се све више смањује, формализује, да би из те борбе парламент изашао као коначни победник и преузео потпуну законодавну власт. У Енглеској се то догодило након славне Револуције од 1688. год. која је свргла с престола владара династије Стјуарт и у законодавству успоставила доминацију парламента над краљем. Дакле, оно некадашње краљево законодавство је ишчезло и замењено је овим парламентарним. Од тада закони везују и краља, као и обичне грађане, и такав тип уставне представничке демократије, у којој је владар развлашћен у законодавству, пренео се, проширио по целој Евро-

³ Павле Николић, *Уставно право*, Пословни биро, Београд, 1997, 257.

⁴ Монтескје, *О духу закона*, том I, Филип Вишњић, Београд, 1988, 11, 146.

⁵ Дарко Симовић, Владан Петров, *Уставно право*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014, 171.

пи.⁶ Тако је парламент од саветодавног тела (*Magnum consilium*) које је пружало помоћ, давало савете владару у многим државним одлукама⁷ израстао у моћно тело, орган који једино, искључиво одлучује о доношењу закона. XVIII и XIX век су означили дефинитивну победу и супрематију парламента, пре свега у законодавству. То је карактеристично за водеће европске државе, Енглеску и Француску, али и за многе друге државе које су се развијале под утицајем европског либерализма и демократизма. Док је XIX век био век процвата европског (и других) парламента, дотле је XX век донео (изазвао) слабљење моћи и улоге парламента, због јачања утицаја извршне власти, пре свега владе. Сведоци смо да је данас законодавна функција парламента угрожена и умањена доминацијом владе, и то како у фази предлагања закона, тако и организовању парламентарног (законодавног) одлучивања у коме посланици не гласају о законима индивидуално, него страначки, по страначком кључу.

1.

Парламент (скупштина) је колегијално тело које врши бројне, различите и важне функције, од којих је најважнија законодавна. По самој својој природи законодавни послови припадају једном колегијуму, врши их колективни орган, тако да је данас незамисливо да их у модерној држави врши појединац. Како каже наш великан Слободан Јовановић, законодавство подразумева резоновање, изналагање општих правила по којима ће друге две власти – управа и судство – решавати конкретне случајеве.⁸ Или још сажетије, то није власт која дела, него је власт која мисли.⁹ Но, до таквог нивоа и квалитета у свом раду парламент није дошао лако и брзо. У почетку (пре свега у Енглеској), парламент се изборио за право да одобрава порезе и подноси петицију краљу.¹⁰ Он је, дакле, најпре вршио пореску, финансијску власт и таква његова улога датира још од надалеко чувене *Magna carte* од 1215. год. Од тада, пореска власт владара више није била неограничена. Она је ограничена тако што је за установљавање нових пореских намета, дажбина владар морао да добије сагласност од једног тела састављеног од највиших

⁶ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ, Југославијапублик, Београд, 1990, 171.

⁷ Миодраг Јовичић, *Велики уставни систему, елементи за једно упоредно уставно право и РС*, Светозар Марковић, Београд, 1984, 21.

⁸ С. Јовановић, *op. cit.*, 277.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Владан Петров, *Парламентарно право*, Београд, 2010, 36.

представника племства и свештенства.¹¹ Тек преко те пореске, финансијске власти парламент се у Енглеској преобразио од чисто племићке, сталешке скупштине у прави представнички орган власти који врши ону најважнију, законодавну функцију. А та законодавна функција парламента се развила из његовог права да прима молбе и жалбе грађана у вези са разним злоупотребама власти, неправедним суђењима и др. које се нису могле другачије решити сем законима.¹²

Са развојем парламентаризма, парламентарног режима, модерни парламент је стекао још једну функцију важну за његово нормално функционисање, а то је контролна. Наиме, парламент врши политичку контролу рада владе и то је битно за одржавање стабилности и равнотеже двеју најважнијих власти у парламентарном режиму-законодавне и извршне. Парламентарни режим власти подразумева еластичне везе и либералнија правила о диференцирању законодавне и извршне власти.¹³ То је, дакле, систем заснован на подели власти али таквој где подељене власти сарађују и међусобно утичу једна на другу. Свакако да је кључни моменат за разумевање механизма парламентарног режима: политичка одговорност владе пред парламентом. Та одговорност подразумева један скуп контролних права и средстава преко којих парламент реализује своју контролну функцију. Али парламентарни режим не би био то што јесте, ако и повратно, извршна власт не би деловала на парламент, утицала на његову судбину, опстанак. То значи да су те две власти повезане, равноправне и да њихова егзистенција зависи једна од друге. Ако влада не пада у парламенту (него на изборима) или се ретко покреће питање њене одговорности, онда је то одступање од правог, доследног парламентаризма. Иста је ситуација и ако извршна власт не делује повратно на парламент, не користи своје право да га распусти и тиме утиче на његово функционисање. Зато односи између законодавне и извршне власти морају да буду избалансирани, снабдевени средствима међусобног утицаја једне власти на другу, с тим да се она (средства) примењују како би се сачувала равноправност подељених власти. Применом тих средстава постиже се да трајно не претегне ни једна ни друга власт, него да се оне одржавају у равнотежи. Зато је парламентарни режим у ствари режим гипке поделе власти у коме оне сарађују, узајамно зависе али и утичу једна на другу. Слично на парламентарни режим гледа и В. Васовић када каже да он означава парламентарну владу, односно да је то и систем владавине у коме постоји дуализам, међузависност и сарадња законодавне и

¹¹ Видети чл. 15. Велике повеље о слободи, преузето од Љубице Кандић, *Одабрани извори из опште историје државе и права*, Савремена администрација, Београд, 1992, 189-190.

¹² С. Јовановић, *op. cit.*, 28.

¹³ Ирена Пејић, *Парламентарна влада, осцилације у равнотежи*, Ниш, 2011, 11.

извршне власти, и у коме је под окриљем титуларног шефа државе реална власт смештена у кабинету, који је углавном или најчешће састављен од чланова представничког тела, а који су, индивидуално и колективно, одговорни управо у том телу.¹⁴

Парламентарни режим може још простије да се дефинише као режим поделе власти у коме су министри политички одговорни пред парламентом.¹⁵ Најкраће речено, то би значио владу одговорних министара или кабинетску владу. Ово помињање одговорности владе, парламентарне владе указује на институционални аранжман парламентаризма у коме владу контролише парламентарна већина. Пошто је парламент стуб парламентарног режима, из кога произилази и парламентарна влада, логично је и да слабости, криза у раду парламента изазивају и кризу самог парламентаризма. Та криза парламента и парламентаризма је највише последица јачања извршне власти као ствараоца закона и иницијативе политике, што води једној врсти президенцијализације премијерске власти, свуда па чак и у Великој Британији.¹⁶ Јасно је да нема јаког и успешног парламентаризма без његових јаких институција. Поред парламентарне владе, свакако да мора да постоји и добар и снажан парламент као услов стабилности и развитака парламентарне демократије. Парламент се оснажује демократијом, подстицањем парламентарне културе и традиције, али и адекватним правним оквиром (изборним и др. прописима) који поспешује његову ефикасност и бољу политичку репрезентативност. То се добро види и на примеру развитака и јачања, нашег (српског) парламента и парламентаризма. Вишестраначки (парламентарни) избори у Србији од 1990. год. па до данас¹⁷ показују да расте квалитет и углед нашег парламента и да смо прошли ону почетну фазу консолидације парламента и парламентарне демократије. Но, то не значи да свуда, па и код нас, нема падова, застоја у развоју парламентаризма, враћања уназад ни да је постојећи и постигнути ниво демократије заштићен од могућих ризика и опасности антидемократског понашања. Таква скретања и деформације су данас чести пратиоци модерног парламентаризма и демократизма, свуда па и код нас. Против тога се треба борити свим средствима, јачањем парламентарних институција, пре свега парламента као најважнијег представничког органа од кога зависи успех парламентарне

¹⁴ Вучина Васовић, *Парламентаризам*, Енциклопедија савремене културе, Савремена администрација, Београд, 1993, 794.

¹⁵ Jacques Velu, *Droit Public*, Braylant, Bruxelles, 1986, 327.

¹⁶ Вукашин Павловић, Славиша Орловић, *Дилеме и изазови парламентаризма*, Konrad Adenauer Stiftung, Београд, 2007, 19.

¹⁷ Видети: Верица Михајловић, Зоран Радоњић, *Две деценије вишестраначја у Републици Србији, уставни, изборни и носиоци власти, 1990-2010*, Службени гласник, Београд, 2011.

демократије. Онолико колико је јак парламент, биће јака и успешна парламентарна демократија и обрнуто. Да би парламент био јак и успешан, није довољно да иза њега само декларативно стоји устав и брани га. Мала је корист од формалног устава који нико не поштује (а који велича парламент) уколико у друштву важе и владају друга правила, "неки стварни устави чије се норме не поклапају са нормама формалног устава"¹⁸ а који игнорише и потцењује улогу и моћ парламента. Важније је од формалних правила да се у друштву поштује демократска култура, негују демократске навике и менталитет. То значи да актери политичког живота треба да се придржавају јасних правила политичке игре. Та правила налажу да нико не може, не сме да узме више од онога што му припада, врши ону улогу и присваја онолику моћ која му не припада а са којом угрожава и поништава положај и улогу осталих субјеката друштвено-политичког и државног живота.

3.

Као што је извршна власт некада била извор ауторитарног режима, тако је данас парламент, као представнички орган, извор и основ демократског парламентарног режима. Док је ауторитарни режим почивао на сили и сагласности (прихватању) мањине, дотле данас демократски режим почива на вољи и пристанку већине грађана једне политичке заједнице. Ауторитарни режим нема легитимитет јер му он није потребан, а суштинско питање сваке праве демократије је како примећује проф. Павле Николић, питање легитимитета власти.¹⁹ Парламентарна демократија се заснива на парламенту, подразумева да он ужива примат над извршном влашћу и из таквог његовог преимућства произилази и његова контролна функција, право да контролише извршну власт, пре свега владу, и санкционише њене активности које нису политички целисходне. Као такав, парламент је ближи демократији него извршна власт, а то значи да је и ближи народу који "има изванредан (развијен) осећај за демократију".²⁰ Иако парламентаризам подразумева аранжман подељених власти које су равноправне и уравнотежене у ширем смислу, он означава политички систем у коме парламент ужива супрематију у односу на друге две власти.²¹ Уствари, моћ парламента, барем у оној раној фази либерализма, произилазила је из његове

¹⁸ Слободан Антонић, *Елита, грађанство и слаба држава*, Службени гласник, Београд, 2009, 137.

¹⁹ Павле Николић, *Од распада до безнађа и наде, сведочанство о једном времену*, Филип Вишњић, Београд, 1997.

²⁰ Алекс Драгнић, *Развој парламентаризма у Србији у XIX веку*, Дечије новине, Горњи Милановац, 1989, 142.

²¹ Зоран Крстић, *Политичка улога и моћ парламента у парламентарним системима*, Београд, 2008, 16.

владавине путем дискусије. Дакле, парламент је заслугом своје отворености у дискусији владао путем говора, односно контролисао другу, извршну власт тим путем.²² Касније је то тзв. дискусионо значење парламента ограничено, умањено, пре свега ауторитетом и повећаном улогом владе. Влада је у постлибералној фази грађанске државе у приличној мери парламенту скратила ту дискусиону слободу и усмерила га на расправљање о оним питањима и стварима које она жели и иницира. Уместо да парламент веже владу и усмерава је, догодило се супротно. Он више нема ону предност, надмоћ над владом, коју је имао у фази либералне демократије. То значи да је и та слобода говора у парламенту, његова расправљајућа власт, ограничена јер посланици сада нису самостални у парламенту, везани само вољом грађана. Они су постали страначке личности, војници своје партије који дисциплиновано извршавају оно што од њих тражи партија. Посланици у својим парламентарним иступањима и дискусијама воде мање рачуна о жељама и интересима грађана, а више брину о томе да буду по вољи и укусу својих партијских шефова. Тим својим шефовима и дугују захвалност за то што се налазе у парламенту.

Зато данас и имамо такву ситуацију да уместо праве, слободне и парламентарне демократије, функционише ограничена, диригована, партијска демократија у којој посланичко дискусоно право и слобода постоје као пука формалност. Због све јачег утицаја, притиска владе, парламентаризам се све више поистовећује и квалификује као режим парламентарне владе. А та парламентарна влада је толико ојачала да често излази из оквира парламентаризма. Пошто је данас реална, ефективна власт у влади, она сама се налази пред искушењем да себе обуздава. Она (влада) иде "ивицом ножа", стоји на самој "граници легислативно-егзекутивног еквилибријума и дозираог партијског утицаја и уплива на парламентарни живот."²³ Уствари, парламентарна влада је под притиском да може више него што сме; дакле, да има моћ са којом далеко надилази улогу и моћ парламента. Зато је и принуђена да одржава привид парламентаризма, да се понаша као да је ограничена парламентом како би остала у режиму парламентарне владе. Стварно влада данас све мање зависи од парламента а више од парламентарних избора. Због тога се и питање политичке контроле рада владе све више помера из парламента и сели у сферу реалне политике и избора. Али ако желимо да одржимо парламентаризам, морамо да се изборимо да се одржи равнотежа између парламента и владе. Свакако да и мала премоћ парламента над владом не би никако штетила, већ би само користила парламентарном режиму, онаквом какав највише одговара нашој,

²² *Ibid.*

²³ *Ibid.*, 17.

европској, политичкој традицији. Зато парламент не сме да слаби већ да јача и појачава свој утицај на владу и своје право да је контролише (критикује, смењује и др.) не схвата као пуку формалност, нешто што има, а што ретко користи. Повремено се и оправдано чују неки који заговарају уставне реформе као потребне, да би се спречиле овакве деформације система, контролисала моћ владе и обезбедило да парламент делује правилно.²⁴ Како год да гледамо на парламентарни систем не смемо да се препустимо песимизму и поверујемо да је изгубљена битка за парламент и парламентарну демократију. И поред свих својих слабости, парламент још увек одолева притиску извршне власти, остаје веран својим изворним принципима и вредностима, тако да влада још увек није стекла (преузела) апсолутну моћ.²⁵

То мора да делује утешно, улива наду да парламент може и мора да савлада кризу у коју је запао. Он нема куда, него да се избори са извршном влашћу, одоли искушењу и притиску моћи владе и сачува своје место стуба и средишта парламентарне демократије. Мада сви прижељкујемо стабилан и јак представнички, парламентарни режим, морамо да будемо свесни да не постоји универзалан и идеалан облик, већ да конкретне друштвене прилике одређују које ће институције тог система имати стварну, а које више формалну власт.²⁶

Као што нема парламентарног система без правог и јаког парламента, нема ни доследног парламентарног режима без парламентарне владе. Парламент у парламентарном режиму може (и треба) да има извесну премоћ над владом, али то не значи да је она мање важна од њега, да је у његовој сенци. Парламентарном режиму треба јака и предузимљива парламентарна влада, а не онако слаба и неиницијативна каква рецимо постоји у систему скупштинске власти, владавине. Као што влада не треба да спутава и ограничава парламент, тако ни овај не треба да спутава владу, преузима оно што њој припада, управља њеним пословима. Својевремено је Џон С. Мил као највећи недостатак представничког система и представничке владе видео управо претерано мешање народног представништва у рад извршних органа.²⁶ То мешање представничког тела у рад извршних органа је дозвољено само у смислу контроле њиховог рада, а никако њихово

²⁴ Paul Silkand and Rhodri Walters, *How Parliament works*, Second edition, London and New York, 1989, 42.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Златија Ђукић - Вељковић, *Огледи о политичком представништву и изборима (свеска прва)*, Правни факултет, Београд, 1995, 15-16.

²⁶ Џон Стјуарт Мил, *О представничкој влади* (у преводу В. Јовановића), Београд, 1876, 94-112.

потискивање или преузимања њихових уставних и нужних извршних овлашћења.

4.

Контролна функција парламента произилази из саме његове природе представничког органа који оличава суверену, народну вољу. Као оличење те народне воље, репрезент народа (грађана), парламент је позван да обезбеди да му друге власти (пре свега извршна) полагају рачуна о свом раду, чиме посредно то чине и самом народу, грађанима. Контролна функција парламента је тековина демократског развитка друштва и она подразумева одговорност оних који врше функције власти. Та одговорност значи да носиоци тих функција полагају рачуне ономе ко их је бирао, у крајњем случају самом народу. Јер, према доктрини народне суверености, народ је тај чија је воља суверена, у друштву има све да буде по њој, да се по њој сви управљају. Према врсти носилаца државних функција, постоје и различити нивои и облици одговорности. Тако изабрани представници полагају рачуне бирачима - народни посланици директно, а чланови владе посредно.²⁷ У демократском друштву је важна и једна и друга врста одговорности, а у систему парламентарне демократије је свакако најважнија одговорност извршне власти, пре свега владе пред парламентом. Тиме се реализује контрола, надзор парламента над извршном влашћу (владом) и постиже кључна поставка парламентаризма: да је парламентарна влада пре свега одговорна влада. У систему парламентарне демократије парламент бира и разрешава владу, али је и усмерава у њеном раду, због чега логично произилази и његово право да врши стални надзор над њом. Та одговорност владе је политичка, остварује се политичким средствима, и треба је разликовати од других врста одговорности чланова владе (административне, прекршајне, кривичне, грађанске и др.) које излазе из оквира политичке, парламентарне одговорности.

Ову контролу над владом парламент остварује различитим средствима, инструментима и то: 1) посланичким питањима, 2) интерпелацијом, 3) предлогом за гласање о неповерењу, 3) истражним одборима, 4) периодичним подношењем извештаја, и 5) финансијском контролом.²⁸ Овај арсенал средстава којима парламент располаже према влади користи се у различитим приликама. Но, он је и логички, процесно и системски тако увезан да се њиме влада притиска, напада у фазама. То значи да се у том нападу креће од средстава која производе лакше политичке последице и приближава онима која остављају теже или најтеже последице по рад и живот владе. Парламент помоћу ових средстава може да дозира свој

²⁷ И. Пејић, *op. cit.*, 66.

²⁸ Ирена Пејић, *Парламентарно право*, Ниш, 2011, 201.

притисак на владу, у зависности од њеног понашања (кооперативности или не, прихватања кривице или не), и изазове такав степен њене одговорности који одговара жељеној политичкој, парламентарној ситуацији. Мање неспоразуме са владом парламент не решава радикалним средствима и захватима. За то су довољна или посланичка питања или истражне (анкетне) радње преко истражних и анкетних одбора. За крупније разлике, разилажења између владе и парламента, око крупних политичких питања која се не могу изгладити (заташкати), парламент прибегава радикалним средствима према влади, па и њеном рушењу. Ова средства којима парламент (у склопу контролне функције) располаже према влади су двојака: једнима се обавештава о раду владе, а другима се покреће политичка одговорност владе пред парламентом.²⁹ Средства којима се обавештава о раду владе могу бити повремена и стална, при чему би повремено било посланичко питање, интерпелација и анкетна комисија, а стална средства би биле сталне комисије парламента.³⁰

Посланичко питање је традиционална установа парламентаризма, поникла у Енглеској. Оно спада у групу оних "лакших" инструмената за деловање парламента према влади јер не изазива директне и сувише штетне последице и санкције по њу. Осим публицитета, јавног излагања њеног рада (слабости у том раду), влада ту није изложена већим непријатностима. То је конкретно питање које посланик може да постави влади или поједином њеном министру ради добијања одређених обавештења о њеном раду, али и да би се истакли њени пропусти, грешке које ће ослабити њену политичку позицију. Ова питања и одговори на њих спадају у редовни дијалог владе и парламента и без њих нема доброг функционисања парламентарног система. Посланичко питање није посланичка привилегија дата посланику ради задовољавања његове личне радозналости, него му се признаје у интересу парламента и његове контроле над радом владе.³¹ Постављањем непријатних питања влади или министру, опозиција не само да критикује владин програм и њене лоше политичке потезе већ афирмише и сопствене политичке ставове.³² Посланичко питање се поставља у писаном облику или усмено а излагање посланика о њему, према нашем Пословнику о раду Народне скупштине може да траје најдуже три минута.³³ На овако постављено питање

²⁹ Ратко Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Службени гласник, Београд, 1995, 342.

³⁰ *Ibid.*, 342.

³¹ Драган М. Стојановић, *Правни положај посланика*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Правни факултет, Ниш, 1999, 132.

³² *Ibid.*, 133.

³³ Видети: члан 204. став 4. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

Влада, односно надлежни министар одговара одмах (осим ако то изискује одређену припрему) и тај одговор, посланик који је поставио питање коментарише најдуже три минута.³⁴ Уколико се посланичко питање поставља писмено, на њега се одговара у року од осам дана од дана постављања, а уколико је за његов одговор потребна дужа припрема, онда се тај рок (за одговор) може продужити најдуже до тридесет дана.³⁵ Пошто се рад по посланичком питању одвија само на релацији посланик - влада или њен члан, то у вези са тим питањем није дозвољено ширење посланичке дебате. По добијању одговора на допунско питање, посланик може да то прокоментарише према нашем Пословнику најдуже два минута³⁶ и тиме се окончава процедура рада у вези са постављеним посланичким питањем. Дакле, оно што је битно за посланичко питање је да се о њему не шири дискусија и не гласа. Како добро примећује проф. Ирена Пејић, посланичко питање не изазива никакве директне санкције, осим публицитета који се даје парламентарним и владиним активностима.³⁷ За рад парламента у вези са посланичким питањима обично се резервише једна седница у току недеље (као што је случај у француском парламенту) или код нас, у Србији, сваког последњег четвртка у месецу и то на седници која је у току, од 16-19 часова, када се прекида рад по дневном реду.³⁸ Иако је посланичко питање важан инструмент парламентаризма његова пракса није подједнако развијена ни примењивана у свим државама парламентарне демократије. Разумљиво је што британски Парламент у томе предњачи јер је Енглеска колевка парламентаризма и на њен модел парламентарне демократије се многи у свету и угледају. У британском Парламенту се, рецимо, годишње просечно постави преко 70.000 посланичких питања, што је свакако за парламентарне режиме осталих држава незамисливо и недостижно. Земље које су на почетку развоја парламентарне демократије, без парламентарне традиције и културе имају неразвијену праксу посланичких питања. То је доскора био случај и у нашој Србији која Уставом од 1990. год. није предвиђала посланичко питање и интерпелацију иако је звучно најављивала повратак тековинама парламентарне демократије. Нема сумње да та питања, у земљама попут Велике Британије веома ефикасно утичу на егзекутиву у смислу њеног

³⁴ Видети: члан 206. став 1. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

³⁵ Видети: члан 206. став 3. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

³⁶ Видети: члан 206. став 4. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

³⁷ И. Пејић, (2011б), 201.

³⁸ Видети члан 205. став 1. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

позивања да полаже рачуна о свом раду.⁴⁰ Но, повратно, и егзекутива може различито да утиче на њих, да их више или мање учини ефикасним, делотворним или не. Јер министар који уочи начин да одговори на непријатна питања, а да притом пружи што мање информација, утиче на резултат тих питања тиме што одуговлачи период у коме се проверава, истражује оно што је предмет посланичке дебате.⁴¹ При томе и политика, пракса посланичких питања мора да се прилагођава захтевима и потребама успешног деловања парламентарног система. Јер начин рада (па и критике) владе некад и сада се разликује а то свакако изискује и да се парламент у вршењу контролне функције прилагођава промењеним условима деловања владе. Наиме, све комплексније деловање владе и њене администрације доноси и нови приступ у пракси посланичких питања, краћа питања и одговоре; дакле, практичније понашање парламента које ће одржати његову способност да критикује акције владе.⁴²

Друго средство којим парламент располаже у повременој контроли рада владе је интерпелација. То је квалификовано посланичко питање, упућено влади у целини или неком њеном члану, чији је циљ да се изазове расправа или претрес о раду владе. Овај институт је настао у Француској и широко примењиван у Трећој и Четвртој републици, да би је Устав Пете француске републике избрисао као уставну категорију.⁴³ У Великој Британији не постоји интерпелација већ други инструмент сличног дејства, одлагање седнице на предлог најмање 40 чланова дома.⁴⁴ За разлику од посланичког питања, где се тражи информација, код интерпелације се иде на претресање и оцењивање владине политике. Посланичко питање је дијалог између посланика и члана владе ради добијања одређених информација о раду владе, док се интерпелацијом напада политика владе као погрешна и штетна с циљем да се изазове гласање о поверењу влади са предвидљивим исходом.⁴⁵ Дакле, интерпелација се користи ради покретања дискусије и расправе која ће довести до покретања политичке одговорности владе. Интерпелација може да буде уперена како против конкретних поступака за које влада сноси одговорност, тако и против владине унутрашње и спољне политике.⁴⁶ А такође, за разлику од посланичког питања, где се не гласа, интерпелација се завршава гласањем. И у раду наше Народне скупштине

⁴⁰ Philip Laundy, *Parliaments in the modern world*, Dartmouth, Inter-parliamentary Union, 1989, 90.

⁴¹ *Ibid*, 90.

⁴² Quintin Hogg, *The purpose of Parliament*, Blandford press, London, 1946, 124-125.

⁴³ В. Петров, *op. cit.*, 155.

⁴⁴ *Ibid*, 155

⁴⁵ Д. М. Стојановић, *op. cit.*, 151.

⁴⁶ Лазар Марковић, *Парламентарно право*, Зрењанин, 1991, 192.

(Уставом од 2006. год.) предвиђена је интерпелација и њу, у вези са радом Владе или њеног појединог члана подноси најмање 50 народних посланика.⁴⁷ И у нашем парламентарном систему рада и одлучивања интерпелација се подноси председнику Народне скупштине у писаном облику, са јасно формулисаним питањем и образложењем на највише две стране.⁴⁸ Српски Пословник предвиђа да Влада или члан Владе доставља председнику Народне скупштине одговор на интерпелацију и то најкасније у року од 30 дана од дана пријема интерпелације.⁴⁹ С обзиром да интерпелација има већу политичку тежину од посланичког питања, то се иста ставља на дневни ред седнице Народне скупштине која је у току, као последња тачка или се одговор на интерпелацију разматра и о њему одлучује на посебној седници Народне скупштине.⁵⁰ Након образлагања предлога интерпелације од стране њеног подносиоца и образлагања одговора на интерпелацију од стране Владе, отвара се и води расправа која се окончава гласањем. Ако Народна скупштина прихвати одговор на интерпелацију наставља да ради по усвојеном дневном реду, а ако је не прихвати, приступиће се гласању о неповерењу Влади или њеном члану, осим, уколико председник Владе или њен члан не поднесе оставку.⁵¹ Очигледно да је интерпелација мач са две оштрице јер може да се окрене, односно науди или парламенту или влади. Ако влада поводом интерпелације добије подршку парламентарне већине, она тријумфује, јача своју политичку позицију. И обрнуто, уколико се не прихвати, не изгласа њен одговор на интерпелацију, влада губи поверење парламентарне већине и може да очекује политичку санкцију, оставку или свој пад. У сваком случају, приликом подношења интерпелације, њен подносилац мора добро да процени да ли ће поводом ње влада добити или не подршку парламентарне већине и да ли ће јој се тиме наудити или не.

Најважније средство контроле које парламенту припада у односу на владу је покретање њене политичке одговорности и изрицање најстроже политичке санкције. Без те политичке одговорности владе пред парламентом нема правог парламентарног режима. Влада одговара у државама са дводомним парламентом или пред једним домом, као што је случај у

⁴⁷ Видети члан 129. Устава Републике Србије од 2006. год. као и члан 220. став 1. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁴⁸ Видети: члан 221. став 1. и 2. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁴⁹ Видети: члан 223. став 1. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁵⁰ Видети: члан 224. став 2. и 3. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁵¹ Видети: члан 226. став 1. и 2. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

британском парламентаризму, или пред оба дома, и то тако да се гласа поименично у оба дома.⁵² Ову политичку одговорност владе пред парламентом углавном покрећу опозициони посланици незадовољни радом владајуће посланичке већине и њен циљ је обарање владе. Ова политичка одговорност владе пред парламентом се покреће предлогом за гласање о неповерењу влади или поједином њеном члану и тај предлог подноси одређени број посланика које устави различито одређују. Тако у Италији (по Уставу од 1948. год.) тај предлог подноси најмање једна десетина посланика Скупштине или Сената, у Француској (по Уставу од 1958. год.) то такође чини једна десетина посланика домова, у Португалији (по Уставу од 1976. год.) тај предлог подноси једна четвртина посланика парламента⁵³ итд. Овај предлог за изгласавање неповерења влади се сматра изгласаним онда када га усвоји већина посланика, или, боље рећи, иста она већина која се тражи и за избор владе. Изгласавање неповерења влади од стране парламента јој налаже да се повуче, да оставку. Предлог за изгласавање неповерења влади треба разликовати од постављања питања поверења влади и то, по проф. Владану Петрову, из три разлога. Прво, предлог за гласање о неповерењу влади потиче од парламента, а питање поверења поставља сама влада; друго, поводом предлога за гласање о неповерењу влади се расправља и гласа о њеном неповерењу од стране парламента, а код постављања питања поверења влади се гласа о њеном поверењу; и треће, предлог за изгласавање неповерења влади је у рукама парламента (парламентарне опозиције), а питање поверења које поставља влада је инструмент којим располаже, користи га влада за различите циљеве.⁵⁴

Са успостављањем парламентаризма у Србији је нормативно (уставно) заживела и парламентарна одговорност владе према парламенту односно Народној скупштини а то важи и за институт изгласавања неповерења влади. Но, у пракси је коришћење овог инструмента практично суспендовано.⁵⁵ Још у време режима Слободана Милошевића овој механизам је избегавала већина социјалиста (СПС) до 2000. год. а и после ДОС-ове 5 октобарске револуције се наставило са истом праксом. Тако је једном

⁵² Видети: Устав Италије од 1948. год. Нови устав, „Збирка устава донетих после Другог светског рата“ *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1948.

⁵³ Видети: Устав Републике Италије од 1948. год. Збирка устава донетих после Другог светског рата, *Архив за правне и друштвене науке*, Београд, 1948. год. па даље члан 49. Устава Француске Пете Републике од 1958. год. па члан 197. Устава Португалије од 1976. у „*Конституције по света*“, Издаштво „Свети Климент Охридски, Софија, 1994, 223-328.

⁵⁴ В. Петров, *op. cit.*, 164.

⁵⁵ Милан Н. Јовановић, *Политичке институције у политичком систему Србије*, Институт за политичке студије, Београд, 2008, 210.

приликом (марта 2002. год.) ондашњи шеф посланичког клуба ДОС Чедомир Јовановић предложио да се из скупштинског дневног реда избаци предлог опозиције да гласа о неповерењу ДОС-овој влади.⁵⁶

Оваква пракса обесмишљавања овог важног инструмента парламентарне контроле рада владе је настављена све до данас. И ове наше „демократске“ Народне скупштине се не усуђују да покрену питање одговорности владе, односно изазову процедуру гласања о њеном неповерењу.

По нашем важећем Уставу од 2006. год. и Пословнику Народне скупштине од 28. јула 2010. год. је предвиђено да најмање 60 народних посланика може поднети предлог да се гласа о неповерењу Влади или поједином њеном члану.⁵⁷ Овај предлог се у писменом облику подноси председнику Народне скупштине и у њему се наводи разлог због кога се предлаже гласање о неповерењу; а такође се у предлогу назначује и представник предлагача.⁵⁸ Народна скупштина разматра предлог за гласање о неповерењу Влади или њеном поједином члану на првој наредној седници а најраније пет дана од дана подношења предлога.⁵⁹ Након окончања расправе по предлогу за изгласавање неповерења Влади, приступа се гласању у Народној скупштини. Народна скупштина је прихватила предлог за изгласавање неповерења Влади уколико за њега гласа више од половине од свих народних посланика.⁶⁰ Уколико Влади или њеном члану не буде изгласано неповерење, потписници предлога не могу поднети нови предлог за гласање о неповерењу пре истека 180 дана од дана гласања о неповерењу.⁶¹ Иако нормативном уређењу института гласања о неповерењу српској влади нема шта да се приговори, остаје изречена констатација о неразвијеној пракси коришћења овог института. То што је лепо написано у нашем важећем Уставу и Пословнику о раду Народне скупштине је празно слово на папиру. Како констатује Слободан Антонић, наш угледни политички аналитичар, у коришћењу инструмената политичке контроле рада наших влада није начињен значајнији напредак у односу на Милошевићево

⁵⁶ *Ibid*, 210-211.

⁵⁷ Видети члан 130. став 1. Устава Републике Србије од 2006. год. и члан 217. став 1. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁵⁸ Видети члан 217. став 3. и 4. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁵⁹ Видети члан 218. став 1. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

⁶⁰ Видети члан 130. став 3. Устава Републике Србије од 2006.

⁶¹ Видети члан 218. став 5. Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010.

време.⁶² При томе он посебно указује на лошу праксу да се расправа о поверењу Влади једнако изиграва, као и у доба Милошевића.⁶³

Важно средство политичке контроле рада владе представљају и сталне парламентарне комисије, односно одбори. Они су део унутрашњег радног механизма парламента и помажу му у остваривању његових уставних функција, пре свега законодавне али и неких других. Наиме, поред учешћа у законодавном раду, разматрања поднетих законских предлога, стални одбори и комисије као радна тела имају и друге функције, и то нарочито у односу на извршну власт. Наиме, они врше и контролу њеног рада, посебно владе. При томе, ова административна контрола је тесно везана са фискалним проблемима, разним финансијским злоупотребама владе (администрације); корупцијом у јавним набавкама и сл. па се тако овај систем одбора и комисија појављује као јако оружје парламента у контролисању администрације.⁶⁴ Овакав вид парламентарне контроле владе и њене администрације је потребан јер влада није увек поуздана у контроли своје администрације. Она зна, у интересу свог политичког опстанка, да буде и субјективна, заташкава па и толерише мање или веће злоупотребе и неправилности у раду својих службеника, администрације. У неким земљама та контролна функција парламентарних одбора је још изразитија, ригорознија. Тако шведски одбори (по Уставу од 1975. год.) прегледају и контролишу записнике или службене белешке са седница владе и на основу тога утврђују да ли је неки члан владе (министар) повредио закон или не.⁶⁵ Уколико је министар повредио закон, одбор је овлашћен да га гони, односно оптужи пред специјалним истражним судом⁶⁶ који утврђује такву законску кривицу министра.

5.

Уз амерички систем, до данас се показује као ефикасан и поуздан систем поделе власти и парламентарни који се већ више од 150 година успешно примењује на континенту, у Европи. Док је срж председничког система у председничкој функцији, дотле је срж парламентарног система у позицији, улози парламента. Парламент је стуб парламентарног режима. Као што нема успешног председничког система без доброг функционисања

⁶² С. Антонић, *op.cit.*, 147.

⁶³ *Ibid*, 147.

⁶⁴ Карл Јоаким Фридрих, *Конституционална демократија, теорија и пракса у Европи и Америци*, „CID“, Подгорица 2005, 300.

⁶⁵ Др З. Крстић, *op.cit.*, 56-57.

⁶⁶ *Ibid*, 57.

председничке власти, тако нема ни успешног парламентарног система без јаког и утицајног парламента. Током историје и праксе америчког председничког система, није било већих колебања па се тако очувала и стабилност председничке функције. То не може да се каже и за парламентарни систем који је пролазио и пролази кроз различите фазе и стабилности и нестабилности. У парламентарном систему еволуција парламента је показала његов парадокс јер је његова моћ константно опадала, да би у другој половини XX века кулминирала превлашћу извршне власти над законодавном.⁶⁷ Од тада влада мање-више преузима кључну улогу у парламентарном систему. Она постаје реална, моторна власт која управља државом, води државну политику, али све више конкурише и парламенту у вршењу нормативне власти. У двостраначком парламентарном систему влада је толико сигурна у себе и стабилна да, како примећује Слободан Јовановић, не пада толико у парламенту колико на изборима.⁶⁸ Али и у условима вишестраначког парламентарног система влада се понаша са све више самопоуздања и слабије, ређе осећа притисак своје нестабилности. Уствари, она је данас свуда толико стабилна да се према парламенту односи супротно духу поделе власти која тражи узајамно поштовање равноправности и равнотеже између посебних власти. То добро видимо у нашем парламентарном систему, где се вишестраначка парламентарна већина исто понаша као и једностраначка. То изазива кризу парламента и парламентаризма, па проф. Павле Николић с правом тврди да кључни фактор деформације класичног парламентарног система представља партијски систем.⁶⁹ Партија, сама или у коалицији са себи (интересно, политички и сваки други начин) сличним, сродним организацијама може да изгради партијску солидарност којом обесмишљава односе између парламента и владе и то на штету парламента. Ту се пре свега мисли на одговорност владе пред парламентом која постаје илузорна и формална. Тако и једностраначка, али и вишестраначка парламентарна већина, захваљујући јакој дисциплини и солидарности, онеспособљава парламент да ефикасно делује према влади. У таквим околностима, како примећује проф. Павле Николић, парламент не угрожава владу, она може да се понаша опуштено и без контроле јер јој не прети никаква политичка санкција, посебно изгласавање неповерења.⁷⁰ Зато можемо да констатујемо да данашњи парламентарни систем није више онако успешан какав је некад био. То важи и у погледу његове доследности у односу законодавне и извршне власти по којој не може да се мери са председничким системом. Класични парламентарни систем је доживео

⁶⁷ В. Петров, *op.cit.*, 40-41.

⁶⁸ С. Јовановић, *op. cit.*, 368.

⁶⁹ П. Николић, (1997), 310-311.

⁷⁰ *Ibid*, 311.

еволуцију од стања уравнотежених односа између парламента и извршне власти па до садашњег стања у коме се уочава премоћ извршно-управне власти.⁷¹ Влада је данас све независнија од парламента, иако формално одговара пред њим, па се тако тежиште парламентарног режима померило са парламента на њу.⁷² Нарочито је опасна концентрација моћи у јаком премијеру који апсорбује целу владу, управља њом, пита се о свему, контролише и шефа државе (председника) а преко партијских послушника контролише и управља ситуацијом и у парламенту. Уколико би се ојачала позиција шефа државе на рачун премијера владе не би се битније поправила позиција парламента јер би се тада политичка моћ преселила из руку премијера владе у руке шефа државе. Парламентарни систем је озбиљно угрожен јачањем моћи извршне власти и за сада се не види ефикасан начин да се стане на пут моћној влади и њеном шефу. И на нашем, српском политичком искуству (као и неким туђим) се показује да би парламентарна демократија боље успела под монархијском него републиканском владавином. Републиканска владавина са моћним шефом извршне власти се у много случајева, односно земаља, извргла у диктаторски, ауторитарни режим. Највећи проблем парламентарног режима је како да се спречи да се парламентарна већина (у парламенту) солидарише са владом јер су политички блиски, потичу од исте (истих) партије. Било би најбоље да можемо да се ослободимо страначке демократије и вратимо чистој, грађанској индивидуалистичкој демократији. Тада бисмо уместо странке имали грађанина, појединца, као основни субјекат политичког живота. Пошто је то нерeално очекивати, требало би нешто променити у постојећем партијском миљеу и политичкој пракси како би се односи између парламента и владе ослободили догми и тортуре партијске политике. Посланици који припадају владајућој већини морали би да покажу већу солидарност и приврженост парламенту коме припадају него странкама из којих долазе. Но, то је лако рећи и захтевати, али је тешко остварити. То би много олакшало позицију парламента, ослободило га контроле и диктатуре водеће (водећих) странке па би он могао одлучније да иступа према влади, ефикасније је контролише и предузима потребне политичке санкције према њој. Нема слободног и утицајног парламента све док је партијски диригован и спутан, подвргнут строгој партијској контроли која га претвара у послушни орган владајуће странке или коалиције. Такав поданички парламент постаје обична манифестациона скупштина, „гласачка машина“ за спровођење воље и политике владајућих странака и њихових шефова. Од таквог парламента не може да се очекује да буде стуб парламентарног режима, да равноправно

⁷¹ Видети: Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000, 425.

⁷² М. Јовичић, *op. cit.*, 455.

парира влади, буде са њом у равнотежи тиме што остварује ефикасну, политичку контролу њеног рада. Посланике у парламенту, без обзира на њихову страначку опредељеност, треба заштитити од страначке диктатуре. Страначку дисциплину и лојалност треба одвојити од лојалности парламенту. Посланик мора прво да служи парламенту, испуњава посланичке обавезе по цену да се оне косе са смерницама и политичком партијом из које долазе. Посланици морају да изграде и одрже свој парламентарни ауторитет и достојанство, по цену да то уруши и ауторитет и интересе странке којој такође припадају. Само тако ће парламент да поврати урушено достојанство и углед који је некад имао. Такав јак и утицајан парламент може да се избори са данашњом моћном владом, да утиче на њу и контролише је. Без тога влада само формално од њега (парламента) зависи и одговара му, док стварно зависи и полаже рачуне својој политичкој странци и њеном шефу.

Не смемо да заборавимо да парламентарни систем не може да опстаје без сарадње парламента и владе и ту влада мора да буде главни инструмент те сарадње⁷³ а не да се понаша тако да изазива неправност и неравнотежу између главних политичких власти – законодавства и извршне власти.

⁷³ Ратко Марковић, *Извршна власт*, Савремена администрација, Београд, 1980, 133.

Vladan MIHAJLOVIĆ, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

Bojan BOJANIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

A PARLIAMENT AS AN INFLUENTIAL (OR INFLUENTIAL) APPARATUS IN CONTROL OVER THE GOVERNMENT FUNCTIONS

Summary

Parliament was created, developed through the struggle to restrict all power of the monarch. England is the cradle of Parliament and its Glorious Revolution in 1688, when the English Parliament gained superiority over the government. Thanks to this revolution instead of absolute monarchy, a constitutional and limited monarchy was established then, and Parliamentary monarchy was established from a mid-19th century. The greatest achievement of parliamentary democracy is a parliamentary government that no longer depends on the monarch himself but from the Parliament. In England and in the other parliamentary systems, the government is elected in the parliament and the government is responsible for their actions in the Parliament. The responsibility of government is the result of political control, which Parliament administers over the government. By the development of parliamentarism, several key instruments were created as the political control of the parliament over the government. Among these instruments, there are parliamentary questions, interpellation, and confidence motion.

Key words: *parliamentary democracy, representative government and political control of parliament over the government, the crisis of parliamentarism and the imbalance between the legislative and executive powers, strengthening the role of government and the weakening of the power and control of parliament over the government.*

ЛИТЕРАТУРА

- 1) Антонић Слободан, Елита, грађанство и слаба држава, „Службени гласник, Београд 2009.
- 2) Батавељић Драган, Начело поделе власти од античких полиса до модерних држава, задужбина "Андријевић", Београд, 1995.
- 3) Васовић Вучина, Парламентаризам, Енциклопедија савремене културе, "Савремена администрација", Београд, 1993.
- 4) Jacques Velu, Droit Public, Braylant, Bruxelles, 1986.
- 5) Драгнић Алекс, Развој парламентаризма у Србији у XIX веку, "Дечије новине", Горњи Милановац, 1989.
- 6) Ђукић - Вељковић Златија, Огледи о политичком представништву и изборима (свеска прва), Правни факултет, Београд, 1995.
- 7) Јовановић Милан Н., Политичке институције у политичком систему Србије, Институт за политичке студије, Београд, 2008.
- 8) Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990.
- 9) Миодраг Јовичић, Велики уставни системи, елементи за једно упоредно уставно право, ИРО „Светозар Марковић“, 1984.
- 10) Јован Комшић, Теорије о политичким системима, Институт друштвених наука, Београд, 2000.
- 11) Љубице Кандић, Одабрани извори из опште историје државе и права, "Савремена администрација" Београд, 1992.
- 12) Др Зоран Крстић, Политичка улога и моћ парламента у парламентарним системима, Београд, 2008.
- 13) Philip Laundry Parliaments in the modern world, Dortmund, Inter/parliamentary Union, 1989.
- 14) Др Ратко Марковић, Извршна власт, „Савремена администрација“, Београд, 1980. Ратко Марковић, Уставно право и политичке институције, "Службени гласник" са. п.о. Београд, 1995.
- 15) Шарл Монтескје, О духу закона, том I, "Филип Вишњић", Београд, 1988.
- 16) Џон Стјуарт Мил, О представничкој влади (у преводу В. Јовановића), Београд, 1876.
- 17) Павле Николић, Уставно право, Пословни биро, д.д. Београд, 1997.
- 18) Павле Николић, Од распада до безнађа и наде, сведочанство о једном времену, "Филип Вишњић", Београд, 1997.
- 19) Ирена Пејић, Парламентарно право, Ниш, 2011.
- 20) Ирена Пејић, Парламентарна влада - осцилације у равнотежи, Ниш, 2011.
- 21) Владан Петров, Парламентарно право, Београд, 2010.

22) Paul Silkand and Rhodri Walters, How Parliament works, Second edition, London and New York, 1989.

23) Дарко Симовић, Владан Петров, Уставно право, Криминалистичко - полицијска академија, Београд, 2014.

24) Драган М. Стојановић, Правни положај посланика, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Правни факултет, Ниш, 1999.

25) Карл Јоаким Фридрих, Конституционална демократија, теорија и пракса у Европи и Америци, „CID“, Подгорица 2005.

26) Quintin Hogg, The purpose of Parliament, Blandfort press, London, 1946.

ПРОПИСИ

1) Устава Републике Србије од 2006. године.

2) Пословника Народне скупштине Републике Србије од 28. јула 2010. године.

3) Устав Италије од 1948. године.

4) Устав Француске Пете Републике од 1958. године.

5) Устава Португалије од 1976. године .

Др Владан ПЕТРОВ*
Ђорђе МАРКОВИЋ*

ВРХОВНИ СУД У УСТАВУ УЈЕДИЊЕНОГ КРАЉЕВСТВА

Апстракт: Рад се бави положајем Врховног суда у уставном систему Уједињеног Краљевства. Аутори анализирају основне карактеристике ове релативно нове, и у нашој правној литератури недовољно познате институције. Најпре ће бити приказане најзначајније промене које је британски устав претрпео последњих деценија, а потом и који су органи доживели највећу трансформацију током лабуристичке реформе. Централни део рада посвећен је начину избора судија Врховног суда, његовим сложеним надлежностима, као и утицају његовог пресељења и ширења надлежности на поделу власти у британском систему. На крају је се указује и на његову потенцијалну улогу у будућности.

Кључне речи: *Врховни суд, Уједињено Краљевство, подела власти, људска права, деволуција.*

1. УВОД

Уједињено Краљевство Велике Британије и Северне Ирске (даље: УК) је 2009. године добило Врховни суд (даље: ВС). Читалац који није упознат са особеностима британског устава, могао би да се зачуди над овим податком – да држава која се сматра колевком многих уставних институција није имала овако важну институцију свих ових година. Читалац који познаје традиционални британски устав неће се зачудити него ће највероватније поставити питање каква је улога овог суда у постојећем британском уставном устројству и да ли ће овај орган допринети његовом опстанку или преображају у тзв. правни устав, о коме се већ неколико деценија говори на острву.

„У Енглеској не постоји никакав документ који би носио назив устава. [...] Енглески устав има хетерогену структуру и састоји се од више

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду
vpetrov@ius.bg.ac.rs

* Сарадник у настави, Правни факултет Универзитета у Београду
djordje.markovic@ius.bg.ac.rs

различитих елемената. [...] Дакле, енглески устав је, строго узев, делимично правна категорија, а делимично није.”¹ Основни елементи, тј. извори британског устава су: закони, судске одлуке, уставне конвенције, право Европске Уније, Европска конвенција о људским правима, право и обичаји парламента.² Као што се може видети, реч је о сложеној правној творевини која је плод синтезе историјских и политичких процеса који су се током векова еволутивним путем одвијали на Острву, па зато о овом уставу можемо говорити као о старом и историјском. Тако се и карактер многих његових институција може описати као историјски.

Ипак, последњих деценија, британска уставна грађевина доживљава бројне промене. Неке од њих су више „козметичке” природе, а неке су неупоредиво значајније. Политиколог Ентони Кинг (*Anthony King*) је 2007. године изнео став да је британски устав у „нереду” али да ову реч треба схватити чисто „дескриптивно” а не „пејоративно” како се она обично доживљава.³ Данас, десет година касније УК је на корак да напусти Европску Унију (даље: ЕУ)⁴, суочава се са могућношћу расписивања новог референдума у Шкотској, као и са могућношћу напуштања система који прописује Европска повеља о људским правима (даље: ЕКЉП). У раду ће бити покушано да се одговори на питање како се у овом „нереду” позиционирала институција Врховног суда, а биће само наговештено како би такво позиционирање могло да утиче на будућност традиционалног британског устава.

2. ИСТОРИЈСКЕ ИНСТИТУЦИЈЕ ПРЕ РЕФОРМЕ

Вратимо се сада на питање с почетка рада. Да ли је могуће да је УК свој највиши суд конституисало тек пре нешто мање од десет година? Формално гледано одговор је да, орган под таквим називом није постојао све до краја прве деценије 21. века, али је постојало више институција које су,

¹ Миодраг Јовичић, *О уставу – теоријско-правна студија*, Савремена администрација, Београд, 1977, 278–284.

² Подела је преузета из уџбеника уставног права Алекса Керола из 2009. године, па је стога и право ЕУ уврштено у изворе, иако је по свему судећи питање дана када ће се резултати „Брегзита” одразити на правни систем УК и избрисати овај извор са списка. Alex Carroll, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, 2009, 51–66.

Такође, у раду ће бити коришћен израз „британски устав” иако се у нашој литератури среће и назив „енглески устав”. За разлике између ова два израза вид. Владан Петров, *Енглески устав*, Службени гласник, Београд, 2007, 16.

³ Anthony King, *The British Constitution*, Oxford University Press, 2007, 345.

⁴ Управо из овог разлога у раду неће бити разматран однос Врховног суда према Европском суду правде, као ни према комунитарном праву.

свака у свом делокругу, суштински обављале улогу највишег суда у држави. Да је британски устав производ еволуције својих институција најбоље нам сведочи управо развој ових органа.

Године 1876. донет је Закон о апелационој надлежности (*Appellate Jurisdiction Act*) који је регулисао структуру Дома лордова, установљавајући „категорију тзв. правних лордова коју чине сви садашњи и бивши носиоци највиших судских функција”.⁵ То је практично довело до поделе овог дома британског парламента на два дела: један, који је вршио функцију горњег законодавног дома (чинили су га тзв. световни лордови) и други, Апелациони одбор (*Appellate Committee of the House of Lords*) који је заправо вршио функцију врховног суда (сачињен од правних лордова – *Lords of Appeal in Ordinary or Law Lords*). Кинг односе између ова два засебна дела Дома лордова описује као асиметричне. Према уставној конвенцији, световни лордови нису могли да учествују у раду Апелационог одбора, док је обрнуто било могуће, правни лордови су могли да учествују у раду законодавног дела, осим у чисто политичким питањима. Тако су могли да стварају законе и као судије и као законодавци.⁶ Своје састанке ово тело одржавало је у просторијама Вестминстерске палате, где се одвијају и седнице Дома лордова. Апелациони одбор је одлучивао као највиши апелациони суд у свим питањима грађанско-правне материје, као и поводом кривично-правних жалби које су се односиле на подручје УК, изузев Шкотске. Број правних лордова, тј. судија, је током двадесетог века постепено растао, па је тако од почетних четири у деветнаестом веку, дошао до дванаест на крају двадесетог.⁷ Састав Апелационог одбора током његовог постојања био је веома хомоген, његове судије биле су „практично клониране”, то су били бели мушкарци у шездесетим годинама, углавном школовани на Оксфорду и Кембриџу (92 од 110 правних лордова колико их је било у периоду 1876-2009), који су преодоминантно долазили из енглеског Апелационог суда (барем они који су покривали подручје Енглеске и Велса, а таквих је било највише).⁸ Упркос приговору да би састав требало да буде више хетероген, како би правилније приказао различитости британског друштва, ово тело је уживало висок степен стручности и моралног интегритета. Током времена развила се и конвенција да двоје судија треба

⁵ В. Петров, *op. cit.*, 177.

⁶ Упор. King, *op. cit.*, 143–145; Петров, *ibid.*, 177.

⁷ Brice Dickson, „Judicial Activism in the House of Lords 1995–2007”, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford, 2007, 364.

⁸ Neil Andrews, „The United Kingdom’s Supreme Court: Three Skeptical Reflections Concerning the New Court”, *Utah Law Review*, 2011, 21–22.

буду бирани из шкотског, а један из судства Северне Ирске.⁹ На почетку 21. века, 2003. године, ово тело је добило и прву жену судију икада.¹⁰

Поред Апелационог одбора Дома лордова, за настанак Врховног суда важно је споменути Правосудни одбор Тајног савета (*Judicial Committee of the Privy Council*). Овај орган је био највиши суд Британске империје у грађанској и кривичној материји, па је тако у тренуцима највеће британске моћи покривао скоро четвртину светске популације.¹¹ Данас, овај одбор је надлежан за 29 субјеката (чланица Комонвелта, крунскихседа, прекоморских територија итд), што и даље представља неколико милиона становника (нпр. Јамајка, Брунеј, Бахами итд). Поред ове, крајем 20. века, била му је додељена и надлежност да одлучује о тзв. деволутивним питањима. Судије су долазиле из редова правних лордова Апелационог одбора Дома лордова. Правосудни одбор је своје седнице обављао у улици Даунинг, у згради у којој је смештена и Влада, само су се током времена мењали кућни бројеви.

Институција која је такође релевантна, а која нема пандан ни у једној институцији континенталног права јесте лорд канцелар (*lord chancellor*). Канцеларија лорда канцелара постоји још од средњег века. Лорд канцелар представљао је својеврсну фузију најразличитијих надлежности у једном органу и једној личности. Обављао је улогу спикера Дома лордова, једног од главних краљевих министара задуженог за правосуђе, учествовао у избору судија, председавао је седницама Апелационог одбора Дома лордова и Правосудним одбором Тајног савета. „Лорд канцелар могао је ујутру да седи као судија, током поподнева као министар кабинета, а увече као законодавац у Дому лордова.”¹²

3. РЕФОРМА БРИТАНСКОГ УСТАВА

Доласком лабуриста на власт 1997. године отпочео је процес реформи политичког и уставног система УК. На самом почетку, 1998. године, донети су закони¹³ којима је започет процес деволуције. „Појмом деволуције

⁹ William Arnold, „The Supreme Court of the United Kingdom: ‘something old’ and ‘something new’”, *Commonwealth Law Bulletin*, 3/2010, 449.

¹⁰ Monica A. Fennell, „Emergent Identity: A Comparative Analysis of the New Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States”, *Temp. Int'l & Comp. L.J.* 22/2008, 285.

¹¹ Lord Neuberger of Abbotsbury, „The Judicial Committee of the Privy Council in the 21st Century”, *Cambridge Journal of the International and Comparative Law* 30/2014, 32.

¹² King, *op. cit.*, 144; Упор. Петров, *op. cit.*, 178.

¹³ *Scotland Act, Northern Ireland Act, Government of Wales Act.*

обухвата се преношење дела законодавне надлежности с државног парламента на покрајинске парламенте, а да се при том не дира у уставну догму, која је израз британског схватања устава у материјалном смислу, о суверености Вестминстерског парламента (под 'сувереношћу Парламента' подразумева се правни принцип да круна у Парламенту може донети закон који и какав јој се прохте).¹⁴ Парламент УК – Вестминстерски парламент, је „стално заседајућа уставотворна власт”, док су покрајински парламенти (скупштине у Шкотској, Северној Ирској и Велсу) његови „опуномоћеници” или „заступници”.¹⁵ Поред ових главних промена, Велсу су у још три наврата проширивана права, законима из 2006, 2014. и из јануара 2017. године.¹⁶ Иако је овим реформама требало да се смање сецесионистичке тежње, пре свега у Шкотској и Северној Ирској, управо је у Шкотској, која иначе ужива највећи степен аутономије у оквиру УК, одржан референдум о независности у септембру 2014. године. Његов исход је био негативан, али после најновијих дешавања у вези са иступањем УК из ЕУ, шкотски политички лидери најављују могућност расписивања новог референдума о независности у блиској будућности.¹⁷

УК је била једна од првих европских држава која је ратификовала Европску повељу о људским правима (ЕСЉП), али је она у пуном смислу инкорпорирана у британски правни систем тек 1998. године, иако су њени грађани могли да се обраћају Европском суду за људска права од 1966. године.¹⁸ Наиме, 1998. донет је Закон о људским правима (*Human Rights Act*) који је УК додатно приближио континенталном правном систему, поред примене тзв. комунитарног права ЕУ.

Конечно, за нашу анализу најважнији догађај збио се 2005. године када је донет Закон о уставној реформи (*Constitutional Reform Act*) – даље: ЗУР. Њиме је прописано установљавање Врховног суда УК који ће преузети надлежности Апелационог одбора Дома лордова и деволуционе надлежности Правосудног одбора Тајног савета. Лорду канцелару овлашћења су знатно сужена, више не врши улогу судије нити се налази на челу правосуђа. Ипак, читав други део Закона је посвећен његовој функцији, коме је поверена

¹⁴ Ратко Марковић, „Деволуција у Уједињеном Краљевству”, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2014, 7.

¹⁵ *Ibid.*, 9.

¹⁶ *Government of Wales Act 2006, Wales Act 2014, Wales Act 2017.*

¹⁷ Шкотски парламент је 28. марта 2017. године овластио премијерку Шкотске да спроведе референдум о независности током јесени 2018. или током пролећа 2019. Вид. Scottish referendum: Scottish parliament votes in favour of holding second independence referendum, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/scottish-independence-referendum-indyref-2-nicola-sturgeon-vote-date-latest-a7654591.html>, приступ: 10. април 2017. године.

¹⁸ Jonathan Auburn, Jonathan Moffett, Andrew Sharland, *Judicial Review – Principles and Procedure*, Oxford, 2013, 44.

важна улога „чуvara судске независности”.¹⁹ Као куриозитет може послужити и податак да је 2007. године на ову функцију по први пут од 16. века изабран „обичан” грађанин а не лице са титулом.

Један од могућих узрока овакве реформе могао би бити притисак који су међународне институције вршиле према УК почетком новог миленијума. Најпре је у случају из 2000. године, *McGonell v. UK*, Европски суд за људска права (даље: ЕСЉП) заузео став о повреди права из члана 6. ЕКЉП. Том приликом је истакао да је постојање својеврсне конфузије власти неспојиво са постојањем потребе за независним и непристрасним арбитром. Случај се односио на бејлифа (*bailiff*) острва Гернзи (*Guernsey*), чија је позиција била слична лорду канцелару, председавао је и парламентом и судом. Недуго потом, и Парламентарна скупштина Савета Европе је у свом извештају од 2003. године подвукла неприхватљив положај лорда канцелара и правних лордова, са аспекта поделе власти.²⁰ Поред спољних постојали су и унутрашњи политички разлози за наступајуће промене. Уочи доношења ЗУР-а, 2003. године, претходио је сукоб на релацији премијер (Блер – *Blair*) – лорд канцелар (лорд Ирвин – *Lord Irvine*), који је резултирао оставком лорда канцелара, што може указати и на негативну политичку позадину читавог процеса.²¹

Било како било, Закон о уставној реформи је предвидео нову установу у систему УК – Врховни суд УК, који је започео са радом у октобру 2009. године. Иако су судска и легислативна функција Дома лордова, ефективно посматрано, биле много раније одвојене, ступањем на снагу ЗУР-а „развод” између судске и осталих грана власти постао је потпун – „или је у најмању руку потпун, колико је то људски могуће”.²²

¹⁹ Constitutional Reform Act 2005, Part 2, Arrangements to modify the office of Lord Chancellor, чл. 2–22.

²⁰ Ипак, истиче се да иако се ово може сматрати једним од значајнијих узрока он није и преовлађујући. Вид. Jeffrey Jowell, Dawn Oliver, *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 334–336.

²¹ „Други пут током 41 године, премијер је сменио челног човека судства у Енглеској и Велсу због политичких разлога”, *ibid.*, 340.

²² A. King, *ibid.*, 148.

4. НОВО СЕДИШТЕ ВРХОВНОГ СУДА КАО ДОПРИНОС ЊЕГОВОЈ НЕЗАВИСНОСТИ И ПОДЕЛИ ВЛАСТИ

Врховни суд УК је најмлађи такав суд у *common law* систему.²³ Може се рећи да је после 130 година постојања Апелационог одбора Дома лордова конзервативни британски уставни систем био спреман да прихвати промену. Иако Британци љубоморно чувају свој традиционални систем, па и многе окоштале и чисто протоколарне институције и процедуре, сазрео је тренутак да се „потпуна шарада (*complete charade*)“ која је постојала приликом одлучивања Апелационог одбора укине.²⁴ У складу са максимумом, да поред тога што судије треба да буду независне, потребно је и да изгледа – да се види да су оне независне, појавила се и потреба да нови суд отпочне са радом у новом простору, који се неће повезивати са неком другом влашћу, као што је то био до тада случај. Поред овога, постојао је и чисто практичан разлог – просторије у којима је радио Апелациони одбор постале су тесне и нефункционалне.²⁵ Тако је Врховни суд УК отпочео свој рад у октобру 2009. године, у новој згради (*Middlesex Guildhall*), која је убрзо постала симбол и туристичка атракција, али су постојале и критике да је читав процес пресељења исувише коштао британске пореске обвезнике (око 60 милиона фунти).²⁶ ВС је поред нових просторија добио и нови веб сајт, на коме се налазе све основне информације о самој институцији као и о судској пракси. Његов први председник, лорд Филипс (*Lord Phillips*) одлучио је да се све судске седнице, па чак и рад иза затворених врата снима, а важнији случајеви се преносе и уживо преко ТВ канала. Поврх тога, он и још троје судија су одлучили да дозволе новинарима да сниме један њихов уобичајени дан, како би се јавности још више приближио рад самог ВС и његових судија.²⁷ Већој

²³ Све до 2004. године, улогу врховног суда за подручје Новог Зеланда је вршио Правосудни одбор Тајног савета УК, када је таква могућност жалбе била укинута и ова држава добила свој Врховни суд са пет судија. Јужна Африка је свој врховни суд добила 1994. године, док су остали судови са знатно дужом традицијом. Brice Dickson, „Comparing Supreme Courts”, *Judicial Activism in Common law supreme courts*, Oxford University Press, 2007, 4–5.

²⁴ Приликом већања у Вестминстерској палати, јавност је била искључена са седница на којој су се судије клањале буздовану који би бивао положен на вунени јастучић, да би потом свештеник прочитао молитву пред судијама које су клечале на клупама. Вид. Lord Phillips, „The Supreme Court of the United Kingdom”, *Auckland University Law Review*, 19/2013, 22.

²⁵ Није било превише места за јавност, док су судијски помоћници били смештени у поткровљу Вестминстерске палате, *ibid.*, 18.

²⁶ N. Andrews, *op. cit.*, 23 и 9.

²⁷ Лорд Филипс истиче да је одлуку о снимању рада ВС донео у договору само са судијом лордом Хоупом (*Lord Hope*), без стављања на гласање такве одлуке, из

независности суда доприноси и независан начин финансирања који се обезбеђује директно из Трезора по одобрењу Парламента.²⁸Професорка Каванаг (*Kavanagh*) истиче да су судије (Апелационог одбора Дома лордова) и пре формирања ВС биле независне у свом раду, али да су по установљавању новог суда постале „видљиво независне”, као и да им се јавност више неће обраћати као према носиоцима титуле (*lords*) већ само као према судијама, што наглашава улогу судије као јавног службеника и уноси више скромности у слику које судство шаље јавности. Она подвлачи да ове „наизглед козметичке промене имају важне симболичке и уставне импликације”.²⁹

5. НАЧИН ИЗБОРА СУДИЈА

Можда и највећа промена коју је ЗУР унето у британски уставни систем јесте начин избора судија Врховног суда. Према старом решењу, судије Апелационог одбора Дома лордова суштински је постављао лорд канцелар уз консултације са тренутним судијама (правним лордовима) и осталим високо рангираним судијама. Тренутно важеће решење (ЗУР је мењан у више наврата после 2005. године)³⁰, предвиђа постојање једне *ad hoc* комисије која се бави избором судија највишег суда. У њен састав улазе председник и заменик председника ВС, и по један представник из судских изборних комисија (*Judicial Appointments Commission*) Шкотске, Северне Ирске и обједињене комисије за Енглеску и Велс. Лорд канцелар номинује оне представнике судских изборних комисија које оне саме предложе, с тим да један од три номинована представника не сме бити правник. Овако састављена комисија има слободу да сама одређује поступак селекције кандидата за будуће судије, али уз битна ограничења: мора консултовати друге високо рангиране судије (које се нису и саме кандидовале за судије ВС), лорда канцелара, првог министра Шкотске, првог министра Велса и Судску изборну комисију Северне Ирске. Комисија врши селекцију

бојазни да она не би добила подршку већине колега. Ово и због тога што постоји и мишљење да толика доступност јавности није пожељна и да „изрицање правде треба да буде деперсонализовано”. L. Phillips, *op. cit.*, 23–24.

²⁸Администрација Врховног суда је сврстана у групу неминистарских департамана, што јој омогућава поседовање посебног рачуна. Вид. W. Arnold, *op. cit.*, 446.

²⁹Поред овога, истиче са и да у новој судници судије седе на столицама које нису издигнуте у односу на столице осталих учесника у процесу, већ се налазе у истој равни. Вид. Aileen Kavanagh, „A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency”, *University of Oxford*, 58/2010, 3.

³⁰*Constitutional Reform Act 2005, Part 3*, чл. 25–31 и *Schedule 8*.

примењујући „мерит” начело и подноси извештај о избору лорду канцелару. Према уставној конвенцији, Комисија мора водити рачуна о томе да се на листи нађу и кандидати који долазе са територије Шкотске и Северне Ирске. Лорд канцелар одлучује на основу овог извештаја али поново мора консултовати и све оне чиниоце чије је мишљење уважила и сама изборна комисија (судије и представнике територијалних јединица). У првом кругу избора лорд канцелар може обзнанити кандидатуру одређеног лица првом министру, може је одбити (истовремено мора затражити кандидатуру друге особе) или затражити од комисије да поново размотри кандидатуру, уколико одбије или затражи поновно разматрање, мора образложити своју одлуку у складу са прецизно наведеним законским разлозима. У другом кругу, ако до њега дође, он може да обзнани или да одбије кандидатуру лица чију је кандидатуру комисија поново разматрала, или да предложи поновно разматрање кандидатуре лица које је кандидовано уместо лица које је одбијено у првом кругу. У трећем кругу, лорд канцелар је дужан да обзнани кандидатуру предложених кандидата премијеру, с тим да то може чинити поводом оних лица која су била одбијена у некој од претходних фаза. У сваком случају он више нема моћ да предложи некога кога није предложила и изборна комисија.³¹ Премијер је везан предлогом кандидата, који доставља директно Краљици, која ће формално извршити постављење судија. Оваквим решењем су знатно сужена овлашћења лорда канцелара, који је раније био кључни чинилац приликом избора правних лордова тј. судија у Апелациони одбор Дома лордова. Сада његова улога није више пресудна, већ више корективна. Он може да укаже на слабости кандидата којег је комисија предложила и да посредно покуша да издејствује другог, по могућству квалитетнијег.

Кандидати за судије морају да испуне одређене формалне услове да би уопште ушли у процедуру избора.³² Они морају да испуне један од два услова: да су вршили високу судијску функцију најмање две године, што значи да су били судије Високог суда (*High Court*), Апелационог суда Енглеске и Велса (*Court of Appeal in England & Wales*), Апелационог суда Северне Ирске (*Court of Appeal in Northern Ireland*) или Суда који заседа (*Court of Session*) у Шкотској; или да су били квалификовани стручњаци (*qualifying practitioners*) најмање 15 година, што значи да су се бавили правом пред наведеним судовима.³³ Мандат судијама траје док се „добро владају”, с тим да им функција може престати на захтев оба дома

³¹W. Arnold, *op. cit.*, 449.

³²Чл. 25. *Constitutional Reform Act 2005*.

³³W. Arnold, *op. cit.*, 448. Ова решења би могла да послуже као инспирација за прецизирање правног стандарда – истакнути правник, који постоји у нашем праву приликом избора судија Уставног суда и чланова Високог савета судства.

Парламента. Као што се види, о престанку судијске функције одлучује потпуно различит орган у односу на онај који учествује у поступку њиховог избора, што из визуре континенталног правника представља нелогичност и потенцијалну могућност да парламент као политичко тело разреши судије које му не би биле по вољи. Начелно се може поставити питање сталности судијске функције ако је поступак њеног престанка овако регулисан, али треба узети у обзир чињеницу да се за скоро век и по постојања Апелационог одбора није десио ниједан случај у коме је Парламент разрешио неког судију функције, иако је и тада поступак био регулисан на исти начин.

6. НАДЛЕЖНОСТ ВРХОВНОГ СУДА

6.1. Највиши жалбени суд

ВС УК „одржава и развија улогу највишег суда у Уједињеном Краљевству као лидера у *common law* свету”.³⁴ Он делује као највиши жалбени суд у следећим случајевима: када одлучује о жалбама које се тичу правних питања од великог значаја у грађанским предметима за територију читавог Уједињеног Краљевства; када одлучује о жалбама које се тичу правних питања од великог значаја у кривичним предметима за територију Енглеске, Велса и Северне Ирске (Шкотска је задржала за себе највишу јурисдикцију у кривичној материји); када одлучује у предметима од великог јавног и уставног значаја. Правила за подношење жалбе Врховном суду су врло стриктна. У већини случајева жалба се може поднети против одлука апелационих судова у Енглеској, Велсу, Северној Ирској или Шкотској, када постоји одобрење ових судова или самог Врховног суда. Изузетно, у случајевима када се жалба улаже против одлука највишег шкотског суда у којима постоји „размимоилажење у мишљењима већег броја судија” или уколико се таквом одлуком одбацује тужба, одобрење није потребно.³⁵ У изузетним случајевима постоји могућност улагања посебне жалбе (*leapfrog appeal*) директно Врховном суду.³⁶

³⁴ Role of The Supreme Court, <https://www.supremecourt.uk/about/role-of-the-supreme-court.html>, приступљено: 11. априла 2017.

³⁵ Моника Милошевић, „Правни лекови у Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске – трећи део”, *Страни правни живот*, 1/2014, 176.

³⁶ Случајеви у којима је дозвољена директна жалба Врховном суду: „ако Високи суд потврди одмах по доношењу такве одлуке или најкасније у року од 14 дана по подношењу захтева за улагање жалбе да су испуњени релевантни услови за улагање жалбе; да предмет у питању оправдава улагање жалбе Врховном суду; да су све стране у

6.2. Деволуциони спорови

Врховни суд УК одлучује као квази-уставни суд када одлучује у деволуционим споровима о питању „да ли се деволуционе владе и парламенти крећу у оквирима својих надлежности које су добили [...] деволуционим законима Парламента”.³⁷ Као последица деволуционих закона, УК је подељена на четири различита система управљања и на четири различита правна система, док Вестминстерски парламент делује као квази-федерални парламент.³⁸ Ово се посебно односи на Шкотску и њен парламент који ужива највећи степен аутономије. У ситуацијама када ВС утврди несагласност закона шкотског парламента са актима Вестминистерског, његова улога се приближава улози коју на континенту има уставни суд. Нарочито што се ова специфична врста контроле „уставности” врши у поступку који подсећа на апстрактан спор, ван конкретног правног питања, који је покренуо „овлашћени предлагач” – *relevant officer*, који се разликује у зависности од правног подручја.³⁹ Специфичност британског система је у томе што уколико ВС установи да су донетим актом прекршени оквири које су деволуциони закони поставили, не мора нужно и да га одстрани из правног поретка. Најчешће ће омогућити властима да тај акт „поправе” у наредном периоду, с тим што ће његово дејство бити суспендовано како не би изазивао штетне последице. Овде се уочава одређена сличност са декларацијом о неусклађености.⁴⁰

6.3. Заштита људских права

Нова лабуристичка влада је крајем 1997. године јавности представила тзв. Белу књигу под називом „Права се враћају кући” (*Rights Brought Home*), која је представљала стратегију за ширу имплементацију људских права у законодавство УК, што је требало да допринесе и ефикаснијој примени ЕКЉП. Закон о људским правима (даље: ЗЉП) Вестминстерски парламент

спору сагласне са улагањем жалбе; да Врховни суд на основу захтева за улагање директне жалбе одобри њено улагање и да се не ради о случају непоштовања суда или случају у коме жалба Апелационом суду (или Апелационом суду Северне Ирске) не би била одржива чак и када би одобрење за њено улагање било дато или у коме улагање жалбе не би могло да се одобри.” *Ibid.*

³⁷ Elizabeth Gibson–Morgan, „The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review?”, *Revue Miroirs [en ligne]*, 1/2014, 97.

³⁸ Р. Марковић, *op.cit.*, 11 и 26.

³⁹ Е. Gibson–Morgan, *op.cit.*, 98 и 100.

⁴⁰ *Ibid.*, 101.

донео је 1998. године, али је почео да производи дејство од 2. октобра 2000. године. Пре овог закона британски грађани нису могли да оспоравају одлуке јавних власти због евентуалних повреда људских права пред британским судовима, већ су само могли директно да се обраћају ЕСЉП.⁴¹ Од краја 2000. године ситуација се мења, па грађани УК добијају могућност да се обрате најпре највишим судовима⁴², као и Правосудном одбору Дома лордова (од 2009. Врховном суду УК), па тек онда и самом ЕСЉП у Стразбуру.

Писци ЗЉП имали су изузетно сложен задатак, да „реше квадратуру круга” тј. да избегну потенцијални сукоб између основног уставног начела – супрематичности парламента, с једне, и потребе да овај акт постане врста малог устава приликом заштите људских права, с друге стране. Кинг истиче да су они показали „велику генијалност” – уместо да реше квадратуру круга, они су „задржали и квадрат и круг, постављајући један на други” или архитектонски описано на готичку основу поставили су класичне додатке.⁴³ Учињено је следеће: читава ЕКЉП је уграђена у ЗЉП, али не у сам текст, већ као додаток⁴⁴ и прописан је посебан поступак у складу са којим судови треба да испитују повреду људских права.

Ова процедура се састоји од два могућа корака. Најпре, сви судови па и највиши, морају да тумаче оспорени закон тако да он буде у складу са правима из ЕКЉП. Уколико то никако није могуће, онда су овлашћени да донесу тзв. декларацију о инкомпатибилности (*declaration of incompatibility*). Она представља специфичан механизам којим се штити супрематичност парламента, на тај начин што се њоме не утиче на формалну снагу оспореног закона већ се само даје сигнал законодавцу да је неопходно извршити одређену корекцију како би он био у складу са правима из ЕКЉП. Она се описује као „крајње средство” које се „мора избегавати, осим ако је то апсолутно немогуће”.⁴⁵ Управо због овако рестриктивног схватања њене употребе, у ситуацијама када ВС одлучи да је донесе она има „значајну моралну и политичку тежину”⁴⁶ и „шаље јасну поруку законодавцима да би закон требало да промене како би био у сагласности са људским правима предвиђеним Конвенцијом”.⁴⁷ Декларација, такође, пружа могућност министру да предложи амандман на оспорени акт, који ће бити измењен по

⁴¹ J. Auburn, J. Moffett, A. Sharland, *op. cit.*, 44–45.

⁴² *Human Rights Act 1998, Legislation*, чл. 4 ст. 5.

⁴³ A. King, *op. cit.*, 131.

⁴⁴ *Human Rights Act 1998, SCHEDULE 1*.

⁴⁵ J. Auburn, J. Moffett, A. Sharland, *op. cit.*, 767.

⁴⁶ Петров, *op. cit.*, 127.

⁴⁷ The Supreme Court and Europe, Relationship with the European Court of Human Rights, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>, приступљено: 10. априла 2017.

хитном поступку (*fast-track procedure*).⁴⁸ Ипак, ово средство је до сада у пракси ретко⁴⁹ коришћено, па су оспорени закони мењани углавном новим актима парламента – „понекад са значајним закашњењем”.⁵⁰ Треба напоменути још једно ограничење употребе овог института: ВС најпре мора обавестити монарха о могућности изрицања декларације, па тек по протеку одређеног периода (најчешће 21 дан) који је остављен да би министар могао узети учешће у поступку, декларација о инкомпатибилности може бити проглашена.⁵¹ И поред овако уско постављеног оквира за њену употребу, Кинг сматра да су на овај начин, британски судови добили „власт без преседана у оквиру британског устава” јер су овлашћени да се супротставе и тренутној влади и сувереном парламенту „на начин на који то никада раније нису могли учинити”.⁵² Са развојем праксе ВС да доноси декларације о инкомпатибилности, може се очекивати стварање (или њено учвршћивање ако се усвоји став да је она већ створена) уставне конвенције која предвиђа обавезу, на страни Вестминстерског парламента, да реагује у складу са њеним закључцима.⁵³

6.4. Однос према Европском суду за људска права и реafirмација древног права

Још је Апелациони одбор Дома лордова својом праксом потврдио и подвукао значај поштовања одлука ЕСЉП у Стразбуру – њихово дејство се не сме без јаког разлога слабити, а дужност је енглеских судова да дефинишу

⁴⁸ *Human Rights Act 1998*, чл.10 и *Schedule 2*.

⁴⁹ Од укупно 34 декларације, колико их је донето у периоду 2002 – 2016, само два пута је искоришћена ова могућност. Од 34 декларације, 22 су постале правоснажне, од који је 13 исправљено путем премарног или секундарно законодавства, а остале не неки други прописани начин. Вид. *Responding to Human Rights judgments – Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government’s response to Human Rights judgments 2014–16*, Ministry of Justice, 2016, 45.

⁵⁰ J. Auburn, J. Moffett, A. Sharland, *op. cit.*, 768.

⁵¹ *Ibid.*, 769.

⁵² A. King, *op. cit.*, 135.

⁵³ Парламент се може покоравати одлукама ВС из два могућа разлога: због страха од реакције јавног мњења ако не поступи у складу са њима, или драговољно, уколико се политичка већина у парламента и састав Суда битно не разлиже у схватањима неопходних политичких промена. Вид. Adrian Vermeule, „Atrophy of Constitutional Powers”, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 11-07*, Harvard Law School, 18.

људска права „ни више ни мање” од приступа који је заузео сам ЕСЉП.⁵⁴ Ово је дало повода појединим британским ауторима да критикују рад Суда у смислу његове превелике „подређености” ЕСЉП⁵⁵ што доводи и до „сразмерног губитка суверености”⁵⁶. Као једна врста одговора на ове „оптужбе” развио се „концепт дијалога” између ВС и ЕСЉП у Стразбуру.⁵⁷

Ипак, много значајнији тренд који се у пракси ВС јавио у последњих неколико година, јесте удаљавање од права гарантованих у ЕКЉП и изграђивања Врховног суда УК као „чувара аутохтоне уставне традиције” кроз ослањање на древни систем *common law*.⁵⁸ У својим одлукама из 2013. (*Osborn*) и 2014. (*Kennedy*) ВС је почео да образлаже своје одлуке кроз призму *common law*: „прихватање и уграђивање Конвенције је био само путоказ дуж пута који је већ трасиран *common law*” па је стога неопходно што чешће, по могућству увек тражити „хомолог” правима из ЕСЉП у домаћем праву. Тако је највиши суд УК направио својеврсни преокрет у схватању своје улоге, од почетног „конфорног перципирања себе као чувара права из ЕСЉП” до садашњег „тумача вишевековне мудрости *common law*”.⁵⁹ Оваквом понашању Врховног суда могу се приговорити две слабости. С једне стране, да се ослања на „сувише ружичасту слику прошлости”, а са друге, да занемарује контекст у коме обавља своју надлежност – он је конципиран као британски суд, док *common law* своје упориште налази пре свега у енглеској и велшкој правној традицији. Тиме шкотско право, као својеврсна фузија два правна круга, са доминантнијим утицајем континенталног права, остаје занемарено. Речју, време ће показати како ће ВС успети да помири своју тежњу (и дужност) да буде чувар британског уставног поретка са тежњом да то чини првенствено ослањајући се на енглеско право.⁶⁰ Овај раскорак може постати и већи ако се узму у обзир, сада све озбиљније намере о укидању ЗЉП и прекидању веза са ЕСЉП.

⁵⁴ Paul Daly, „A Supreme Court’s Place in the Constitutional Order: Contrasting Recent Experiences in Canada and the United Kingdom”, *Queen’s Law Journal*, 1/2015-2016, 23.

⁵⁵ L. Phillips, *op. cit.*, 26.

⁵⁶ P. Daly, *op. cit.*, 24.

⁵⁷ У релативно ретким случајевима, почевши од 2009. године, Врховни суд је одбијао да се повинује одлукама ЕСЉП и враћао их том Суду на поновно разматрање. ЕСЉП је у својим каснијим одлукама уважавао мишљење британског суда (одлуке *R v Horncastle*, *Al-Khawaja*, *Manchester City Council v Pinnock* [2010], итд.) Вид. *Relationship with the European Court of Human Rights*, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>, приступљено: 12. априла 2017.

⁵⁸ P. Daly, *op. cit.*, 33.

⁵⁹ *Ibid.*, 27. и 28.

⁶⁰ *Ibid.*, 29.

Уместо тога, конзервативци се последњих година залажу за доношење британског закона о људским правима (*British Bill of Rights*).⁶¹

7. ЗАКЉУЧАК

Институција Врховног суда Уједињеног Краљевства не може се сматрати потпуно новом у британском уставу, али она ипак уноси, ако ништа друго, неопходну свежину у помало застарели систем. Ипак, стиче се утисак да иако гласно најављена и спроведена, уставна реформа није унела радикалне новине у британски уставни систем, макар када је реч о Врховном суду. Иако се могло очекивати да ће се његовим успостављањем, на тлу УК по први пут јавити квази-уставни суд, или да ће он то временом постати, за сада се таква оцена не може изрећи, тј. сва је прилика да ће се ВС удаљавати од овог концепта из неколико разлога. Најпре, УК је на добром путу да у потпуности иступи из ЕУ, тако да ВС више неће морати да примењује комунитарно право, као једну врсту надустава. Друго, уколико се обистине најаве о одржавању новог шкотског референдума о независности, вероватно ће доћи до рedefинисања односа између преосталих субјеката у Краљевству, што ће неминовно утицати и на надлежност ВС. Треће, враћањем на традиције древног енглеског *common law* система, уз доношење британског закона о правима и могуће иступање из ЕКЉП, доћи ће и до сужавања способности ВС да макар посредно утиче на законодавну власт. Речју, очито је да су године неизвесности пред највишим судом а и пред читавом уставном грађевином Уједињеног Краљевства. Да ли ће Врховни суд постати један од актера консолидације или ће напротив, допринети значајном преображају британског устава, у овом тренутку још није могуће предвидети са већим степеном сигурности. Мада, британски устав је одолео многим изазовима, оставши у својој суштини исти.

⁶¹ Will the Human Rights Act be scrapped?, <http://www.theweek.co.uk/63635/will-the-human-rights-act-be-scrapped>, приступљено: 12. априла 2017.

Vladan PETROV, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

Ђорђе MARKOVIĆ, LL.M.

Assistant Lecturer, Faculty of Law, University of Belgrade

THE SUPREME COURT IN THE UK CONSTITUTION

Summary

The authors are analyzing the basic characteristics of the Supreme Court as a relatively new institution in the UK Constitution. Firstly, they are dealing with the most important features of the UK constitutional reform in a few past decades as well as the organs which were transformed significantly during the Labor reform. In the central part of the article, the authors are analyzing the way of the election of the Supreme Court's judges, its competences – which are rather complex and the influence of the expansion of those competences on the separation of powers in the British constitution. Finally, the authors conclude that it is not possible to give a sure answer to the question on the role of the Supreme Court in the traditional constitution: is the Supreme Court one of the factor of consolidation of the political constitution or the factor of its transformation into the law constitution? At this moment, the question remains open.

Keywords: *The Supreme Court, UK, the separation of powers, human rights, devolution.*

ЛИТЕРАТУРА

– Andrews Neil, „The United Kingdom’s Supreme Court: Three Skeptical Reflections Concerning the New Court”, *Utah Law Review*, 2011.

– Arnold William, „The Supreme Court of the United Kingdom: ‘something old’ and ‘something new’ ”, *Commonwealth Law Bulletin*, 3/2010.

– Auburn Jonathan, Jonathan Moffett, Andrew Sharland, *Judicial Review – Principles and Procedure*, Oxford, 2013.

– Carroll Alex, *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Longman, 2009.

– Daly Paul, „A Supreme Court’s Place in the Constitutional Order: Contrasting Recent Experiences in Canada and the United Kingdom”, *Queen’s Law Journal*, 1/2015-2016.

– Dickson Brice, „Judicial Activism in the House of Lords 1995–2007”, *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*, Oxford, 2007.

– Dickson Brice, „Comparing Supreme Courts”, *Judicial Activism in Common law supreme courts*, Oxford University Press, 2007.

– Fennell Monica A., „Emergent Identity: A Comparative Analysis of the New Supreme Court of the United Kingdom and the Supreme Court of the United States”, *Temp. Int’l & Comp. L.J.* 22/2008.

– Gibson–Morgan Elizabeth, „The United Kingdom Supreme Court and Devolution Issues: Towards Constitutional Review?”, *Revue Miroirs [en ligne]*, 1/2014.

– Lord Neuberger of Abbotsbury, „The Judicial Committee of the Privy Council in the 21st Century”, *Cambridge Journal of the International and Comparative Law* 30/2014.

– Lord Phillips, „The Supreme Court of the United Kingdom”, *Auckland University Law Review*, 19/2013, 22.

– Јовичић Миодраг, *О уставу – теоријско-правна студија*, Савремена администрација, Београд, 1977.

– Jowell Jeffrey, Oliver Dawn, *The Changing Constitution*, Oxford University Press, 2004.

– Kavanagh Aileen, „A New Supreme Court for the United Kingdom: Some Reflections on Judicial Independence, Activism and Transparency”, *University of Oxford*, 58/2010.

– King Anthony, *The British Constitution*, Oxford University Press, 2007.

– Марковић Ратко, „Деволуција у Уједињеном Краљевству”, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2014.

– Милошевић Моника, „Правни лекови у Сједињеним Америчким Државама и Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске – трећи део”, *Страни правни живот*, 1/2014.

– Петров Владан, *Енглески устав*, Службени гласник, Београд, 2007.

– Vermeule Adrian, „Atrophy of Constitutional Powers”, *Public Law & Legal Theory Working Paper Series Paper No. 11-07*, Harvard Law School.

– *Human Rights Act 1998*.

– *Constitutional Reform Act 2005*.

– The Supreme Court and Europe, Relationship with the European Court of Human Rights, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>, приступљено: 10. априла 2017.

– *Responding to Human Rights judgments – Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government’s response to Human Rights judgments 2014–16*, Ministry of Justice, 2016.

– Relationship with the European Court of Human Rights, <https://www.supremecourt.uk/about/the-supreme-court-and-europe.html>, приступљено: 12. априла 2017.

– Will the Human Rights Act be scrapped?, <http://www.theweek.co.uk/63635/will-the-human-rights-act-be-scrapped>, приступљено: 12. априла 2017.

– Scottish referendum: Scottish parliament votes in favour of holding second independence referendum, <http://www.independent.co.uk/news/uk/politics/scottish-independence-referendum-indyref-2-nicola-sturgeon-vote-date-latest-a7654591.html>, приступ: 10. април 2017. године.

Др Борче ДАВИТКОВСКИ*
Др Ана ПАВЛОВСКА-ДАНЕВА*
Др Елена ДАВИТКОВСКА*
Др Ивана ШУМАНОВСКА-СПАСОВСКА*

РЕФОРМА ЈАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ МАКЕДОНИЈИ И ИЗГЛЕДИ ЗА ПРОЦЕС ИНТЕГРАЦИЈЕ У ЕВРОПСКУ УНИЈУ

Апстракт: Македонија је једна од земаља у транзицији која од своје независности до сада чини много напора ка апроксимацији у европску заједницу. Процес европске интеграције претпоставља приоритет сваке политичке елите, а уједно је и кључни спољнополитички приоритет Македоније. До сада је у Републици Македонији реализовано низ нормативно-правних, институционалних, организационих и других реформи како би земља испунила услове за интеграције у ЕУ. С обзиром на чињеницу да јавна администрација има кључну улогу у друштву у погледу економског, политичког и друштвеног живота, верујемо да она има и круцијалну улогу у процесу европских интеграција. У складу са изнетим, предмет овог истраживања чини утврђивање фактора и узрока који утичу на развој и модернизацију управљања, и проналазак мера и инструмената неопходних да би се модернизовао јавни сектор, заснован на принципима добре управе, квалитета и професионалне администрације.

Кључне речи: *Европска интеграција, јавна управа, службенички систем, европски стандарди и принципи *acquis communautaire*.*

1. УВОД

О овом раду аутори, пре свега, покушавају да дају одговор на неколико следећих питања: који су кораци предузети у погледу

* Редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методије“ Скопље, bdavitkovski@yahoo.com

* Редовни професор, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методије“ Скопље

* Ванредни професор, Економски Институт при Универзитету „Св. Кирил и Методије“ Скопље

* Доцент, Правни факултет „Јустинијан Први“, Универзитет „Св. Кирил и Методије“ Скопље, ishumanovska@yahoo.com

реорганизације администрације и то у погледу управне структуре, функције управе, циљева и односа са политичким руководством; да ли јавна управа у земљи има довољан капацитет да спроводи принципе *acquis communautaire*; каква је институционална структура, посебно државне управе и да ли опсег и модел јавне управе у Републици Македонији одговара европским стандардима?

Главни циљ истраживања јесте да се утврде врсте реформи које су предузете и које тек треба да се преузму, односно, утврђивање да ли досадашње новине и усклађивања са европским законодавством које су извршене уз бројне регулаторне, институционалне и кадровске реформе, одговарају оним што је потребно сагласно критеријумима из Копенхагена (стабилност институција које гарантују демократију, владавину права, заштиту људских права и заштите мањина, тржишна економија и способност да се издржи конкурентни притисак из ЕУ, а уједно и способност да се преузму обавезе које се односе на чланство, поштујући политичке, економске и монетарне циљеве ЕУ) и Мадридским принципима за реформу јавне управе (адаптација административних структура, односно ојачивање административних капацитета за спровођење прописа ЕУ, квалитет јавне управе или хоризонталних критеријума: развој непристрасне и професионалне управе, развој система за стручно усавршавање, развој одговарајућих политика и координација институција, ефикасан систем одговорности и процедуре за управљање питањима везаним за ЕУ)? Који су разлози због којих у годишњим извештајима о напретку Републике Македоније од стране Савета Европске уније у области јавне управе постоје негативне критике и указивања да је потребно побољшати рад јавне администрације, и због чега се у процесу имплементације онога што је регулисано долази до ситуације неприменљивости одређених норми?

Сагласно наведеном, аутори у раду полазе од анализе важећег закона којим се уређује организација и рад јавне управе и предлажу кључне мере које креатори политике морају предузети да би добили јавну управу која неће само *de jure*, него и *de facto* бити организована на начин који обезбеђује спровођење принципа ефикасности, ефективности и транспарентности у раду, а у циљу побољшања квалитета јавних услуга, поједностављивања и модернизације административне процедуре и остваривања принципа деполитизације, утицајем на повећање етичности у раду службеника.

2. ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ И ПРИНЦИПИ ЗА ОРГАНИЗАЦИЈУ И РАД ОРГАНА ЈАВНЕ АДМИНИСТРАЦИЈЕ

Јавна управа је увек било унутрашње питање држава чланица Европске уније. Ипак, државни органи земаља чланица су задужени за

имплементацију директива и препорука Европске уније, па отуда и брига ЕУ да обезбеди да свака национална управа има добар ниво квалитета и професионализма. За ту сврху, Европска комисија затражила је од *SIGMA*¹ да процени усклађености јавне управе земље кандидата за чланство у ЕУ у централној и источној Европи са принципима и стандардима који владају међу старијим чланицама ЕУ.

Оно што је потребно из земаља кандидата за улазак у ЕУ је:

- да имају административне системе способне за транспортирање, спровођење и примену *acquis communautaire* на начин који ће постићи дефинисане резултате.

- да се испуне критеријуме неопходне за чланство у ЕУ, усвојене од стране Савета Европске уније, односно критеријума из Копенхагена и Мадрида.

- да мере напредак ка чланству у ЕУ, у смислу њених "административних и судских капацитета" за примену прописа ЕУ - *acquis*.²

Са своје стране *SIGMA* има улогу да процени спремност земље кандидата за чланство процењујући одређене карактеристике државне управе, укључујући:³

- поштовање принципа законитости и владавине права,
- прописе који се односе на одговорност службеника,
- прописе који осигуравају предвидљивост у доношењу одлука и олакшавају судски надзор управних одлука и деловање,
- прописе о управљању јавним финансијама и њихова контрола, и
- укупан капацитет управних и правосудних система за примену тих прописа.

Сходно томе, у публикацијама које је објавила *SIGMA* наводи се пет кључних услова који се морају испунити за успешну реформу, и то: спољни притисак, унутрашње незадовољство, стратегије за реформу, механизми за управљање реформама и повратне информације и оцене.⁴

¹ *SIGMA* је скраћеница од енглеског назива на заједничкој иницијативи ЕУ и ОЕЦД - *Support for Improvement in Governance and Management* од стране Подршка за побољшање владавине и управљања, (Подршка за унапређење у управљање и руковођења јавне управе).

² Francisco Cardona, *Integriranje nacionalnih administracija u Evropski administrativni proctor, SIGMA, Konferencija o reformi javne uprave i evropskim integracijama*, Budva, Crna Gora, 26-27. mart 2009, 2.

³ 2 Musa Anamarija, „Европски управни proctor: приближавање националних управа“, *Javna uprava- nastavni materijali*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2006, 404.

⁴ 3 Musa Anamarija, „Европски управни proctor: приближавање националних управа“, *Javna uprava- nastavni materijali*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2006, 404;

⁴ *SIGMA* radovi: br. 26, Poglavlje 2: Les Metkalf, *U susret izazovu pristupanja*, 51.

Наиме, критеријуми за чланство у ЕУ, као дефинише Савет Европске уније су:⁵

1. Копенхаген 1993: стабилност институције које гарантују демократију, владавину права и људска права;
2. Мадрид 1995: прилагођавање административне и судске структуре, како би се могло транспонирати и ефективно имплементирати право ЕУ;
3. Луксембург 1997: ојачавање и побољшање оперативног капацитета институције;
4. Хелсинки 1999: обавеза земље кандидата да дели вредности и циљеве ЕУ дефинисане Уговором.

"Критеријуми из Копенхагена и Мадрида заправо траже професионалну државну администрацију, ослобођене од неадекватне политизације, засновану на основу заслуга, која делује у складу са прихватљивим стандардима интегритета. Они уствари захтевају јасно раздвајање између политике и администрације".⁶ А то се може постићи преко непристрасног, одговорног и административног службеника од интегритета.

Заправо, Европска комисија не предлаже одређени конкретан модел за организацију и функционисање државне управе, али инсистира да државе усвоје законе који се односе посебно на државне службе; инсистирају на каријерном система државне службе; независности државне управе од политичке власти; значају обуке; подизању плата јавном сектору нивоу приватног сектора.⁷

Сви ови принципи или стандарди заједнички државама чланицама који се односе на рад државне управе чине тзв. Европски административни простор (ЕАП). Што значи да ЕАП обухвата скуп заједничких стандарда за поступање унутар јавне управе који су дефинисани законом и примењују се у пракси кроз процедуре и механизме одговорности.⁸ Пре свега, он се заснована на четири основна принципа, односно начела и то: начело владавине права, поузданости и предвидљивост, принцип отворености и транспарентности, принцип одговорности и принцип ефикасности и ефективности.⁹

⁵ Francisco Cardona, *Integrisanje nacionalnih administracija u Evropski administrativni proctor, SIGMA, Konferencija o reformi javne uprave i evropskim integracijama*, Budva, Crna Gora, 26-27 mart. 2009, 5.

⁶ *Ibid.*, 6.

⁷ III del: Pripreme za ulazak u Evropski administrativni proctor, Poglavlje 7: *Žak Furnije, Administrativna reforma prema misljenjima Komisije o pristupanju zemalja srednje I istočne Evrope Evropskoj uniji*, 106.

⁸ Г. Силјановска-Давкова, Т. Трендафилова, Р. Тренеска, *Прирачник за полагање преоден испит*, Скопје, 2001, 188.

⁹ European Principles for Public Administration, OECD-Sigma, Paper no. 27.

У ствари, европски принципи могу се класификовати у три групе, оне које се односе на административне службенике (професионализам, непристрасност, лојалност, спречавање сукоба интереса, дискреционост), на јавне услуге и јавне службе (независност, одговорност, постојаност, доступност, ефикасност, ефективност) и прописе квалитета (једноставност и јасноћа).¹⁰ Што се тиче службеничког система неопходан је развој индивидуалне одговорности службеника, довољне сигурност у погледу запошљавања, стабилности и нивоа зараде и јасно дефинисана права и обавеза, а да се улазак у службу и напредак одвија на основу заслуга.¹¹

Према томе, сматра се да је "модерна, уставна државна служба у демократији могућа само ако су испуњени следећи услови: раздвајање јавне од приватне сфере, раздвајања политике од управе - иако су међусобно зависне ипак имају различит извор легитимитета. Политика се заснива на јавном поверењу изражену кроз слободне политичке изборе и утврђује се после сваког политичког мандата. Док се управа заснива на заслугама, професионална способност државних службеника поверена је јавним конкурсима за улазак у државну службу, у складу са условима прописаним законом."¹²

Неки од ових принципа су заправо принципи и *good governance*, односно, доброг управљања. Када је реч о дефинисању појма добре управе у теорији постоје различити ставови. На пример, од тога да се претпоставља апстрактан и изузетно динамичан концепт чији садржај и природа зависе од одређених правних система, политичког и друштвеног окружења у ком се примењују, као и од субјективних ставова органа који их тумачи.¹³ Други став је да је реч о амалгаму различитих правних и ванправних (професионалних, моралних и етичких), процедуралних и материјалних принципа који се односе на организацију јавне управе, тако и на актима које органи доносе при извршавању својих делатности, процесних овлашћења, али и према квалитету односа према странци."¹⁴

¹⁰ N. Simac, „Evropski upravni proctor i europska nacela javne uprave“, *Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu*, god. 49, 2/2012., 351-368, преузето file:///C:/Users/User/Downloads/zb201202_351.pdf.

¹¹ Преузето: Raadshelders и Rutgers, „The Evolution of Civil Service Systems“, у: Bekke, Perry I Toonen (urednici), *Civil Service Systems in Comparative Perspective*, Indiana University Press, 1996; SIGMA, Radovi: br. 27, *Evropski principi za drzavnu upravu*, 219;

¹² SIGMA, Radovi: br. 27, 220.

¹³ M. Davinic, „Pojam dobre uprave – izmegu klasičnok i mekog prava“, *Pravni zivot*, Beograd, 10/2010, 389-403, преузето из текста: http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Bojana_Todorovic1.pdf

¹⁴ I. Koprivic, A. Musa, G. Lalic Novak, Good administration as a Ticket to the European Administrative Space, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Zagreb, 61/2011, 1515-

Консеквантно наведеном, закључујемо да свака земља, па и Република Македонија која тежи да се придружи европској породици, мора да испуни ове принципе тако што ће усвојити одговарајући правни оквир у коме би исти гарантовали, али и да обезбеди политичку климу и стабилне институције које могу да омогуће доследну примену постављених принципа. Због тога сматрамо да процес ЕУ интеграција од Републике Македоније захтева озбиљну посвећеност и предузимање адекватних законских и институционалних реформи, припремљене и засноване на претходним анализама и стратегијама за мере које је потребно предузети.

Оно што се тражи од Републике Македоније је испуњење критеријума из Копенхагена и принципа добре управе, а посебно увођење система каријере при запошљавању административних службеника у јавној управи; успостављање одговорне, ефикасне и транспарентне јавне управе; промовисање и јачање улоге невладиних организација или цивилног друштва у изградњи јавних политика; обезбеђивање административних капацитета за ефективно програмирање и управљање ИПА фондовима.

Имајући у виду да кључну улогу у промовисању концепта доброг управљања у ЕУ има и Савет Европе, кроз јуриспруденцију Европског суда за људска права у Стразбуру и нормативне акате Комитета министара, неоспорна је чињеница да Република Македонија треба да обезбеди правну и институционалну основу и изградити капацитете за спровођење и ових аката. Међу најзначајнијим актима у којима су прописани принципи и стандарди за рад и контролу јавне управе усвојене од стране Комитета министара сматрају се, истичемо:

А) Резолуцију (77) 31 о заштити појединаца у вези са актима администрације. Према Резолуцији (77) 31, као основне смернице које се дају органима управе су поштовање неколико основних процедуралних принципа, и то пре свега: принцип саслушања странака, приступ информацијама, право на правну помоћ и правну заштиту, наводећење образложења и правне поуке у акту.

Б) Препорука (2007) 7 о доброј управи. Стандарди су наведени у Кодексу добре управе су: законитост, једнакост, непристрасност, пропорционалност, правна сигурност, деловање у складу са законом прописаном року, учешће странке у поступку, принцип заштите приватности и принципа транспарентности у раду управе .

В) У области управног-судског поступака од посебног значаја су: Препорука (2004) 20 за судску ревизију управних аката

Г) Препорука (89) 8 Комитета министара државама чланицама о привременој судској заштити у управним стварима, и

Д) Препорука (2003) 16 у вези са извршењем управних и судских одлука у области управног права.

3. МЕРЕ КОЈЕ ПРЕДУЗИМА РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА ЗА ИСПУЊИВАЊЕ ЕВРОПСКИХ ПРИНЦИПА КАО УСЛОВ ЗА ИНТЕГРАЦИЈУ У ЕУ

Оно што прво мора имати у виду да су земље Централне и Источне Европе 1989. године укључене у темељну транзицију која се састоји од три дела, и то:

- увођење демократије и демократских државних институција (елиминација арбитрерне примене јавних овлашћења). Државна управа мора представљати постојаност, континуитет и уредност државе, и да спроводи јавну политику актуелне власти. Управа није само неутрално спровођење јавних политика, она такође представља и уставну гаранцију,

- потребан је прелазак на тржишни систем, и
- кретање ка интеграцији у Европску унију.¹⁵

Тако се Република Македонија, као земља у транзицији, више од две деценије суочава са изазовима новог друштвеног поретка који је по Уставу заснован на принципима поделе власти, тржишне економије и увођењу плурализма (вишепартиски систем). Од самог стицања независности Република Македонија се залаже за улазак у ЕУ и предузима бројне мере како би се испунили критеријуми потребне за интеграње у ЕУ и НАТО. Међутим, на путу реформи институције се суочавају са бројним препрекама и проблемима који се константно огледају у извештајима Комисије за проширење и који се одражавају на одлагање на преговора за улазак у ЕУ. На овакав став Комисије посебно утиче нерешено билатерално питање око имена које постоји између Македоније и Грчке.

Историјски пут Републике Македоније у ЕУ интеграцијама бележи неколико периода, укључујући: потписивање Споразума о стабилизацији и асоцијацији 2004. године, када је интензивно започео процес европских интеграција, добијање статуса кандидата у 2005. години и процес либерализације визног режима. Акти који је припремаила РМ а које имају за циљ реформу јавне администрације истичу се: Стратегија за реформу јавне админитрације из 1999. године, Стратегија за реформу јавне администрације за период од 2010. до 2015. године, Национална стратегија за интеграцију

¹⁵ SIGMA/PUMA (98) 39, 113;

Републике Македоније у Европску унију из 2004. године, Национални програм за усвајање права ЕУ (2014-2016), и други. Због испуњавања циљева наведених у овим актима, законодавство Републике Македоније обogaћено је новим законима, а постојећи су били предмет измена и допуна у складу са успостављеним европским стандардима.

Према Националној стратегији за реформу јавне управе у Републици Македонији, као основни циљеви реформе наведени су: усклађеност и обука јавне управе у Републици кроз континуирани процес транспонирања и имплементације законодавства ЕУ; обука јавне управе за креирање и имплементацију свеобухватних реформи економског, политичког и правног система и изградњу институција потребних за обезбеђивање слободног протока добра, капитала, услуга и људи у ЕУ.¹⁶

Посебан акценат је стављен на даљу координацију процеса реформе јавне управе, обезбеђење развоја професионалне, стручне, ефикасне, одговорне, транспарентне и сервисно оријентисане државне и јавне службе, побољшање квалитета администрације према ИСО 9001 стандарду и имплементација генеричких специјализованих обука за државне и јавне службенике. Посебну пажњу треба посветити и координацији помоћи од Европске уније и држава чланица, као и координацију друге стране помоћи, укључујући изградњу капацитета, у циљу подршке реформи комплементарне на процесу интеграције Републике Македоније ЕУ.¹⁷

Главни циљ Стратегије за реформу јавне управе за 2010-2015 и Акционог плана за имплементацију стратегије је да се унапреди и даље регулише правни и административни оквир, применом концепта и стандарда ЕУ и побољшање општег административног капацитета, као и административног капацитета у различитим секторима. При томе, као посебни циљеви наведени су:

- побољшање квалитета административних услуга грађанима и пословима са нагласком на побољшање и рационализацију административних процедура кроз поједностављење истих и међусобног повезивања са савременим решењима у области информационах технологија (укључујући и све аспекте тзв. концепта "Е-Влада" и "е-управљање");

- побољшање квалитета на јавног сервиса кроз јачање функције управљања људским ресурсима и развој целе администрације (укључујући и оснивање институција за обуку);

¹⁶ *Национална стратегија за интеграцију Републике Македоније у Европску унију*, Влада Републике Македоније, Скопље, 2004, 16;

¹⁷ *Национални програм за усвајање права Европске уније*, Ревизија 2014 - 2016 децембар 2013, <http://www.sobranie.mk/WBStorage/Files/00npaa2014narativenobjavuvanje.pdf>

- побољшање функције Генералног секретаријата Владе/централне власти за стратешко планирање и координацију политике;

- повећање ефикасности и ефективности јавних финансија преко унапређења буџетског процеса, интерне и екстерне финансијске контроле и даљи развој програмског оријентисаног буџета и транспарентног система јавних набавки;

- побољшање отворености и транспарентност јавне управе кроз бољи приступ информацијама од јавног значаја.

То значи да ће пажња бити усмерена ка најважнијим мултидисциплинарним функцијама управе, или тзв. функцијама савремене управе које се састоји од: а) креирања политике, б) међу-институционалне и унутар-институционалне сарадње и координације, ц) развој и управљање људским ресурсима, д) јавне финансије, укључујући и јавне набавке, е) мере за спречавање корупције, е) оптимизација и поједностављење пословних процеса, е) побољшање и поједностављење административних процедура и административних услуга, х) пружање приступа информацијама од јавног значаја и и) е-влада и е-управљање. Све ове наведене савремене функције су важне за цео јавни сектор, без обзира на организациону структуру и административни ниво (централни, регионални, локални). Дакле, реформа ће обухватити цео јавни сектор.¹⁸

Али, упркос напорима и бројним институционалним реформама и даље се у напоменама Извештаја о напредак Републике Македоније припремљених од стране Европске комисије указује да Македонија још увек није у потпуности спремна за доследну примену принципа и да је у будућности потребна јака политичка воља неопходна да би се гарантовала независност управе и поштовање принципа транспарентности, заслуге и равноправне заступљености.

Посебно забрињавају примедбе Европске уније које су последице и наведене у Извештају о напретку у 2015. години, у којима се, између осталог, наводи: "Ова земља је умерено развијена (спремна) у погледу реформи своје јавне управе. Постигнут је одређени напредак у законодавству и у побољшању пружања услуга грађанима и правним лицима. Забринутост због политизације повећава се са садржајем процурелих прислушких разговора и одлагања, у целости, примене новог правног оквира." Конкретне напомене су да "земља треба нарочито: да се суочи са озбиљном забринутошћу у вези са политизацијом јавне службе; да обезбеди пуну примену принципа одговорности, транспарентности и заслуга (хитни реформски приоритет, укључујући и увођење побољшаног информационог

¹⁸ Стратегија реформе државне управе у Републици Македонији (2010-2015 година) 21. децембар 2010. године, http://mioa.gov.mk/files/pdf/dokumenti/Strategija_zarJA.pdf

система за људске ресурсе); да суспендује и преиспита примену Закона за трансформацију у пуним радним односима, док се у потпуности не испоштује принцип заслуга (хитни реформски приоритет); да усвоји стратегију за реформу јавне управе и Програм за реформу управљања јавним финансијама. Оно на што се сугерише је и све већи број наменског (посвећених) запошљавања, као и политичког и арбитрерног запошљавања. Забринутост постоји и у погледу транспарентности мобилности кадрова и могуће злоупотребе поступка за разрешења. У јавном сектору постоји пракса стварања нових радних места на основу политичких или социјалних разлога, а нарочито пре него што нови закони ступе на снагу. Напори за постизање циљева равноправне заступљености не узимају у обзир стварне потребе за особљем, институцијама и принципом заслуга, а расте број запослених у јавном сектору који нису неопходни послу. Транспарентност буџета није осигурана зато што поуздани информација буџета нису доступни јавности. Осим тога, фискална стратегија 2015-2017 и буџет за 2015. годину су били усвојени без одговарајуће парламентарне расправе."¹⁹

Према Извештају о напретку Македоније за 2013. годину од стране Комисије констатовано је да су: "потребни даљи напори како би се осигурала професионалност и независност јавне администрације и равноправна заступљеност. Још увек није доступан званични податак о укупном броју запослених и и број привремено запослених у јавној и државној управи. Транспарентност и приступ информацијама од јавног значаја остаје на ниском нивоу".²⁰ Такође, према Извештају о напретку државне управе за 2014. годину наведено је да: "све у свему, јавна администрација остаје фрагментирана и подложна политичком утицају, упркос напретку у законодавству. Потребни су даљи напори како би се осигурала примена принципа транспарентности и одговорности, заслуга и равноправне заступљености."²¹

¹⁹ Извештај о напретку на Република Македонија за 2015. годину, http://www.sobranie.mk/content/%D0%9D%D0%A1%D0%95%D0%98/PR2015_All_CK_FF_MK_16.11.2015.pdf

²⁰ Извештају о напретку Македоније за 2013. годину, <http://www.sobranie.mk/dokumenti-rm-eu-cbb3490c-fe7d-4750-82f4-67c619c46a6a.nspх>

²¹ Политизација на централном и локалном нивоу и даље представља озбиљан проблем. Поверење у независности државних институција је ниско због распрострањене перцепције да је јавна администрација политизирана и недостаје транспарентност. Како преноси ОБСЕ / ОДИХР, постоје веродостојни наводи да је био извршен притисак на запослене у јавном сектору током априлских избора. Што се тиче јавног сервиса и управљања људским ресурсима наставило се са повећањем запосленост у јавном сектору, нарочито у јавним предузећима. Свакодневна пракса стварања нових радних места на друштвеним или политичких основама вештачки повећава јавни сервис, подрива принцип заслуга и опште сврхе за ефикасне јавне управе, Извештај о напретку

3.1. Реформски кораци које је предузела Република Македонија у области законодавства, институција (организационе структуре), у службеничком систему и административне процедуре са циљем апроксимације ка Европској унији

Полазећи од основних елемената сваке организације, као што су: нормативни (циљ), субјективни (кадрови), материјални (финансијски), статусни и структурални елемент,²² чини се да је за успешну, квалитетну, сервисно-оријентисану и одговорну јавну управу, потребно да се реформе и модернизација јавног сектора усмере на ове елементе сваке организације, како на националном (централном), тако и на локалном нивоу. То значи да реформа јавног сектора треба да буду усмерена ка усвајању адекватног правног оквира, реформе службеничког система, институционалне промене и одговорно трошење средстава са којима располажу организације.

3.1.1. Реформе у службеничком систему или кадровских капацитета

Полазећи од става да службеници, односно запослени у органима јавне администрације, а не политичари, представљају кључни покретач и фактор који утиче на перцепцију управе као сервиса или као власти, што је евидентно у ситуацијама када политика затаји или постоји политичка криза у друштву када административни службеници омогућавају континуитет у раду институција и брину о ефикасном обављању делатности и пружању услуга грађанима, лако се може закључити да је потребно да реформе јавне администрације делују на овом субјективном елементу организације. Ово је посебно битно јер службеници своје послове обављају професионално, у континуитету, у директном контакту са странкама о чијим правима и обавезама одлучују, а истовремено неопходно је да поштују и спроводе законске норме, односно делују у складу са принципом законитости, да одговарају за своје поступке и да буду транспарентни у свом пословању. Како би били у стању да доследно обављају своје послове неопходно је да буду довољно образовани, обучени, специјализовани и да поседују одговарајуће вештине. То је разлог зашто и ЕУ намеће потребу да ова права и одговорност службеника да буду адекватно загарантовани законима и подзаконским прописима, али и да се обезбеди реална примена онога што нормирано. Само се на тај начин може обезбедити професионална и ефективна јавна управа.

2014. годину, <http://www.sobranie.mk/dokumenti-rm-eu-cbb3490c-fe7d-4750-82f4-67c619c46aba.nspх>

²² Н. Гризо, С. Гелевски, Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, *Административно право*, Скопје, 118.

Реформа у области службеничког система у Републици Македонији почела је усвајањем Закона о државним службеницима 2000. године, када је по први пут од проглашења независности државе посебним законом извршено разграничење између запослених у приватном сектору, чија су права и обавезе уређена са Закона о радним односима, и запослених у администрацији чија су права, обавезе и одговорности регулисане Законом о државним службеницима. Чињеница је да запослени у јавним службама нису били под окриљем овог Закона, па се указала потреба за усвајањем још једног закона - Закона о јавним службеницима (2010) чији је циљ да се права и обавезе запослених у јавним службама регулишу посебним законом.

Међутим, овај закон у пракси није заживео јер су се за запослене у образовању примењивали *lex specialis* закони, нпр. Закон о средњем образовању, Закон о високом образовању, док се на запослене у области здравства примењује Закон о здравственој заштити и сл. Ово указује да се реформе у овој области морају наставити и да је неопходно предузимање конкретних мера за превазилажење постојеће ситуације.

Реформе у службеничком систему настављене су у 2014. години усвајањем два нова законска акта - Закон о запосленим у јавном сектору и Закон о административним службеницима, који су имали суспензивно дејство примене до фебруара 2015. године. Циљ ових закона је да се успостави јединствен систем запошљавања, напредовања, оцењивања и одговорности свих административних службеника, али и да се изједначе критеријуми утврђивања зараде у јавном сектору. Главне иновације ових закона представљају припрема посебног каталога радних места, планова запошљавања,²³ начина запошљавања особља, оценивања и утврђивања одговорности. Путем каталога дат је опис радних места заједно са функционалним именима за сваки посао. Постојала су бројна упозорења еминентних професора административног права који верују да је ово један од начина да се реши проблем привременог запошљавања административног кадра који достиже око 30% до 40% од укупног броја запослених у јавном сектору. Питање усвајања закона о платама у јавном сектору којим би се формирала мерила за плате државних службеника још увек је остало отворено. Што се тиче обуке неопходно је да се успостави посебан центар за обуке - институција која ће имати сличан статус и овлашћења као тренутна Академију за судије и јавне тужиоце.

²³ За потребу ове новине у својим научним радовима у више наврата су указали професори управне катедре, погледајте: Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Т. Муцунски, „Јавна управа на РМ – носилац процеса европских интеграција“, *Зборник радова Правног факултета "Јустинијан Први" у Скопљу у част проф др Наум Гризо*, Скопље, 2011.

Међутим, и поред неколико позитивних промена у појединим одредбама из Закона о административним службеницима, у њиховој примени манифестују се и неке недоследности, пре свега процена ефекта, односно, начин оценивања административних службеника. Посебно је спорно законско решење које предвиђа да максимално 5% запослених може бити награђено, односно да минимално 5% запослених мора да буде негативно оцењено, што је заиста нелогично и неприменљиво решење, па се зато у пракси дешавају случајеви у којима институције заобилазе или проналазе различите механизме заобилажења примене ове одредбе.

Отворено остаје и питање деполитизације запослених у администрацији. Наше мишљење је да се у Републици Македонији од 2006. године, па надаље, догађа управо процес политизације администрације, нарочито у 2008. години, када је Влада добила двотрећинску већину у парламенту. Изменама и допунама Закона о државним службеницима државни секретари, који су у министарствима су представљали највиши ниво службеничког звања и били на врху административне структуре у сваком министарству, сада у складу са Законом о Влади РМ представљају политички постављена лица (политички функционери). Они су именовани од стране Владе и представљају трећи ешалон носилаца политичке функције у министарствима после министра и заменика министра. С друге стране, њихова овлашћења нису политичко консултативна или чисто политички.²⁴

Као једна од позитивних новина је што Закон о запосленима у јавном сектору²⁵ по први пут утврђује надлежност државног органа да успостави и води јединствени регистар свих запослених у институцијама јавног сектора. Наиме, у складу са чланом 19. став 1. Закона, Министарство за информационо друштво и администрацију, као орган државне управе надлежан за реформу администрације, је задужен да утврди и електронски води Регистар запослених у јавном сектору. На основу члана 2. став 1. од Закона о запосленима у јавном сектору Регистар обухвата запослене у: органима државне и локалне управе и другим државним органима установљеним у складу са Уставом и законом; и институцијама које делују у области образовања, науке, здравства, културе, рада, социјалне и децје заштите, спорта, као и других делатности од јавног интереса утврђеног законом, а које су организоване као агенције, фондови, јавне установе и јавна

²⁴ Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Е. Давитковска, Д. Гоцевски, “Јавна администрација основа за реформе/не-реформе у Републици Македонији”, *Часопис за теорију и праксу друштвено хуманистичких наука*, Бр. 1, Београдска пословна школа, Београд, 2013, 39.

²⁵ Законот за вработените во јавниот сектор, “Службен весник на Република Македонија“ бр. 27/14, 199/14 и 27/16.

предузећа чији је оснивач Република Македонија или општина, Град Скопље и општине у граду Скопљу.

Овај извештај о подацима из регистра запослених у јавном сектору за 2015. годину припремљен је на основу члана 20. став 1. Закона и представља први извештај ове врсте који систематски показује податке о институцијама јавног сектора у погледу њиховог броја, типа, назива, гране власти, делатности и оснивача, као и податке о запосленим у овим институцијама тј. њихов број, групе, подгрупе, ниво, звања, послове (радних места), пол, старост, ниво образовања и припадност заједници.

Према подацима који су дати у овом извештају, укупно је 1.288 институција у јавном сектору. Укупан број запослених чини 128.347 лица. Од овог броја, 40.196 чине запослени у државној управи, и то у Министарству унутрашњих послова 11.325 људи, у Армији Републике Македоније 7.205 лица, Агенцији за обавештајне послове 227 особа, у правосуђу 2.858 лица и у другим државним органима 18.581. У Граду Скопљу и општинама има укупно 5.744 запослених. У јавним установама има 64.168 запослених лица, при чему у јавним установама у области здравства 19.855, у области културе 3.282 лица, у области образовања 34.338. Преостали број од 18.239 лица, запослено је у јавним предузећима. Овај број не обухвата изабрана и постављена(именована) лица, који сагласно ономе што је дефинисано у члану 2. Закона о запосленима у јавном сектору не спадају у запошљене у јавном сектору.²⁶

Други такав извештај припремљен је за 2016. годину и показује да у јавној управи има укупно 129.653 запослених у 1.291 институцији регистрованој у Регистру запослених у јавном сектору. Према речима проф. Давитковског, у односу на прошлу годину уочава се да је број запослених у Армији, образовању и здравству у порасту, а у односу на класичне државне службенике у министарстава број опада, док је пад евидентан и ако се узме укупан број запослених у државној администрацији и упореди са осталим запосленим у јавном сектору. Може се закључити да, сагласно европским и светским стандардима, нама недостају запослени у државној администрацији док је јавни сектор преоптерећен. Зато је неопходно да се овакав тренд забележи и истражи. Такође, специфичан тренд представљају и запошљавања чији је број порастао од 10% на 19,4 %, или око 20%, као и старење наше администрације.²⁷

У складу са подацима из регистра намеће се закључак да имамо превише запослених у јавном сектору и да постоји потреба за смањењем,

²⁶ Годишњи извештај о подацима о запосленим у јавном сектору за 2015 годину, http://mioa.gov.mk/files/pdf/dokumenti/Registar_mart2016.pdf

²⁷ Годишен извештај за вработени во јавниот сектор, <http://vesti.mk/read/news/12374634/4306563/vo-javniot-sektor-vraboteni-vkumno-129-653-lica>

посебно у делу који се односи на јавне службе. Да би се то реализовало у будућности потребно је направити детаљну анализу дела или типа запослених који представља вишак и пронаћи начине и механизме како да се смањи вишак запослених. На пример, ако узмемо здравство, неопходно је да се утврди број запослених у администрацији, број медицинских сестара, болничара, лекара, па да се онда утврди неопходан број лица од којих зависи континуирано и постојано извршење предвиђених задатака, како би се у односу на вишак запослених предузеле одговарајуће мере.

3.1.2. Институционалне реформе

"Институционална реформа подразумева промену правила игре у коју организације и појединци доносе одлуке и спроводе делатности. Или шире, институционална реформа обухвата структуре које утичу на економску и политичку интеракцију и начин на који држава третира тржиште и цивилно друштво."²⁸ Данас се рационализација одвија због поједитијења и дебиروقратизације управе. Да би догодила дебиروقратизија управе потребно је смањити господарења бирократске касте и сви државни службеници да се претворе у слугае друштва, да се ослободи администрације вишка рада, да се смање њене организационе јединице, као и број службеника.²⁹

Међутим, ми верујемо да се суштина институционалних реформи састоји у проналажењу "праве величине" јавне администрације, посебно државне администрације. То значи да се утврди постојање таквог броја органа државне управе, или шире органа јавне управе, који ће бити у стању да испуне своје основне послове због којих су основани. То значи да је потребна већа децентрализација одређених активности које обављају органи државне управе на друге субјекте који имају јавна овлашћења, које могу обављати те послове на ефикаснији, квалитетнији и бољи начин. На тај начин би се растеретила државна управа, а физичка и правна лица би могла једноставније да реализују своја права и обавезе. Оваква реорганизација би ишла у правцу постепеног смањивања броја запослених што би растеретило и државни буџет. Али оно што треба узети у обзир приликом сваке реформе је да се иста спроведе без негативног утицаја на квалитет рада, стручност и континуитет извршења задатака. Из тих разлога, пре било које кључне реформе, потребно је да припремити анализе од стране стручњака који би саставили извештај о стварном стању на терену, конкретно на оно што се дешава у институцијама и да увиде у ком је сегменту потребна реформа, какав вид реформе је потребан и у ком обиму се мора спровести. У

²⁸ Марили Гриндел, „Постизање способну владу“, *Изградња капацитета у јавном сектору земаља у развоју*, Скопље, 2011, 19.

²⁹ I. Krbek, *Управно право FNRJ*, I knjiga, Beograd, 1955, 79.

супротно, резултати ових промена у пракси не могу дати очекиване резултате.

У Македонији је од стицања независности до данас спроведено неколико институционалних реформи, како на централном, тако и на локалном нивоу. На централном нивоу реформе нису биле суштинског карактера већ су представљале само повећање или смањење броја органа државне управе. Новине су уведене усвајањем и допунама Закона о организацији и начину рада државне управе након гласања двотрећинске већине у скупштини, који, суштински, представља закон којим се успоставља или укида одређени орган државне управе, пре свега министарства. Тако да је број министарстава варирао од 21, па 14, док је у тренутно, након последњих измена закона, 15 министарстава.

На локалном нивоу дошло је до значајних промена са почетка процеса децентрализације 1. јула 2005. године. Јединице локалне самоуправе (општине и Град Скопље) почели су да своје изворне надлежности остварују самостално и независно. Почетку процеса децентрализације претходио је низ регулаторних реформи, односно усвојено је више закона којим се преноси моћ одлучивања и овлашћења са централног на локални ниво. Пре свега, усвојен је Закон о територијалној организацији локалне самоуправе којим је спроведена територијална децентрализација, а у ком је наведен број (84 и Град Скопје као посебна јединица) и врсте јединице локалне самоуправе (општине), што указује да у Републици Македонији постоји једноступена локална самоуправа. Усвајањем Закона о финансирању јединице локалне самоуправе започела је фискална децентрализација, а затим је усвојен пакет материјалних закона (2004) који представљају основу за постизање функционалне децентрализације. Њима се одређује надлежност и начин извршења изворних делатности јединице локалне самоуправе који су таксативно наведени у чл. 22. Закона о локалној самоуправи из 2002. године.

Поред ових промена значајни помаци у институцијалним променама видљиви су код све већег броја регулаторних тела и независних институција. Ради се о органима који су основана посебним законима и чији је председник, чланови или директори (у зависности од тога да ли је инокосан или колегијални орган) изабран/и од стране Скупштине и за свој рад одговарају Скупштини. Сходно томе, положај ових органа, у складу са принципа поделе власти, није ни у законодавној, ни у извршној, ни у судској власти. Они представљају посебна, самостална и независна државна тела. Број ових институција данас је 22.³⁰ Оно што би истакли је да за сада не

³⁰ Иако не постоји изричита законска основа за то, по начину оснивања, овлашћења које имају и органа коме одговарају, директно под Скупштини у РМ има 22 институције јавног сектора, од којих 10 су регулаторна тела и 12 су независни државни

постоји истраживање из којег се може извести закључак да ли је пораст броја ових институција добро решење, да ли заиста у пракси обезбеђују ефективне резултате и да ли су заиста независне у свом раду, као и да ли је довољно механизма њихове контроле кроз подношење годишњег извештаја о раду у парламенту.

На основу података добијених од Регистра за запослених у јавном сектору укупни број институција у Републици Македонији износи 1.288. Од тог броја 888 чине јавне установе, 128 је јавних предузећа, 81 општина, 35 судова, 32 независна органа државне управе 32, 29 тела у саставу министарствима, 29 јавних тужиластва, 16 правних лица са јавним овлашћењима, 15 министарстава, 12 независних државних тела, 10 регулаторних. Секретаријат Владе чине 3, судски савет 2, Влада 1, Председник 1, Омбудсман 1, Народна банка 1, посебан државни орган 1, служба у влади 1, Скупштина 1, Савет јавних тужилаца 3 органа.

Институција на локалном нивоу је 763 или 59%, док је на централном нивоу 525 или 41%. Највећи број институција је у области образовања, укупно 538, што представља 41,67% од укупног броја институција у јавном сектору.³¹

3.1.3. Реформе које је Македонија предузела у области управног- процесног законодавства

Што се тиче поступања јавне управе приликом одлучивања у конкретним управним предметима, посматрано кроз деценијску примену Закона о општем управном поступку, може се закључити да закон садржи, *de lege lata*, већину европских принципа добре управе. Али, оно што је недостајало била је њихова доследна примена. Наиме, *de lege ferenda*, странке се у управним поступцима суочавају са дугим административним процедурама, неблаговременошћу остваривања правне заштите, нетранспарентношћу процедура, неодговорности службеника, непримени принципа непристрасности, неефикасности итд. С друге стране, јавна администрација је у очима грађана остала бирократска и немодернизована, окарактерисана као она која не поштује основне принципе сервисне оријентације. Косеквентно томе, у годишњим извештајима о напретку Републике Македоније указује се да је јавна управа нетранспарентна, политизована, да грађани не верују у државне институције, а да се

органи, Годишњи извештај о подацима из регистра запослених у јавном сектору 2016. године.

³¹ Годишњи извештај о подацима из регистра запослених у јавном сектору 2016. године.

запосленост у јавној управи не заснива на вредностима *merit* система - професионалне вредности и знања, већ кроз елементе *spoils* система (систем плена), односно, у основи на политичким заслугама.

Ово су неки од разлога зашто је у 2015. години дошло до усвајања новог Закона о управном поступку. Анализирајући одредбе новог Закона можемо закључити да, иако је већина чланова иста као у претходном, садржи и нове одредбе које су веома значајне за реформу и пружање ефективне, ефикасне и квалитетне управно процесне заштите. Важно је указати и на новоутврђене принципе: пропорционалности, делегације надлежности и оценивања доказа. Новина предствља и могућност електронске комуникација између странака; шири и обимнији предмет примене закона, који сада важи не само за доношење конкретних управних аката него и за пружање јавних услуга; вршење административних послова и закључивање управних уговора. Амбивалентни карактер управног поступка изражава се кроз принцип пропорционалности који је раније било принцип заштите права грађана и заштите јавног интереса, а који је, у ствари, један од принципа модела добре управе. Начело саслушања странака, с једне стране дозвољава странци да активно учествује у поступку, а са друге стране утиче на транспарентност поступка, обезбеђује правну сигурност за клијента (странку) и поштовање принципа законитости. Такође, овај принцип је садржан у Резолуцији и Препоруци о доброј управи. Принцип равноправности (једнакости), непристрасности и објективности, утичу на примену члана 6. Европске конвенције о људским правима, који захтева независност и непристрасност органа у поступку одлучивања. У речнику закона даје се дефиниција за „управне ствари“ које представљају сви акти и радње кроз које се изражавају или обављају надлежности јавних органа, а којима се решава или утиче на права, обавезе или правне интересе појединаца и правних лица или других странака у поступку, као и свака друга ствар која је одређена као управна са посебним законом.³² Узимајући у предвиде у новом ЗОУП-а, морамо указати да је у току имплементација измена и допуна материјалних прописа са циљем да се они међусобно усагласе.

4. ЗАКЉУЧАК

Циљ овог истраживања био је да се утврди ниво спремности јавне управе у Републици Македонији да прихвати европске стандарде у изградњи капацитета и рада органа јавне управе. Општи закључак аутора је да у

³² Члан 4 – Речник (поимник), Закон о управном поступку, „Службени гласник“, бр. 124 од 07.23.2015.

Републици Македонији постоји адекватан правни оквир, усклађен са Европским принципима и стандардима за рад органа јавне управе, али не и његова адекватна примена у пракси, која зависи од више фактора: развоја људских ресурса, политичке климе или политичке воље, свести грађана и административних службеника, као и техничких капацитета у институцијама. Као критична питања у процесу реформе наводе се и политичко уплитање у рад медија, правосуђа и јавне администрације, корупција и потреба завршетка ревизије Охридског споразума.

У смислу правног оквира који регулише организацију и функционисање органа јавне администрације, постоје бројне новине у легислативи - спроведене су законске реформе усвајањем неколико нових закона и допуна постојећих закона у којима се предвиђају и гарантују принципе "добре управе", укључујући Закон о административним службеницима и Закон о запосленим у јавном сектору из 2014. године, Закон о управном поступку из 2015. године, Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, Закон о заштити личних података, Закон о локалној самоуправи, као и други закони и прописи који су поменути у раду. Конесквентно томе, можемо закључити да Република Македонија има извршено опште усклађивање правног оквира за рад органа јавне администрације са принципима *acquis communautaire* и принципима добре управе.

Али стварна ситуација или оно са чиме се тренутно суочава Република Македонија је, а тиче се испуњавања политичких критеријума, политичка криза која траје скоро три године и која се директно одражава на стабилност институција, на демократско управљање и остваривање принципа правне државе. Наиме, већ три месеца (децембар 2016 - март 2017. године) суочавамо се са блокадом највиших државних институција, блокадом законодавне власти и немогућношћу да она нормално извршава своје дужности. Влада постоји упркос чињеници да њу чине и министри који су сада изабрани посланици (правни поредак Републике предвиђа неспојивост тих функција), док се у судству спровode реформе које га одражавају зависним и пристрасним у односу на владајуће политичке елите.

Што се тиче **службеничког система** и даље се примењује систем радних места упркос намери да се замени каријерним системом. Обуке и тренинзи службеника изводе се *ad hoc*, а не стално и од стране једног органа, као што је предложено од стране аутора овог рада успостављањем посебног центра за образовање и обуку административних службеника.

Што се тиче **управног процесног законодавства** може се закључити да оно у потпуности задовољава европске стандарде и принципе.

Можемо закључити и да је земља још увек далеко од испуњавања услова које захтева ЕУ за придруживање у европској породици и да је зато неопходно да надлежне институције, у најскорије време, предузму конкретне

мере у правцу побољшања успешности рада јавне администрације. Неопходно је појачати сарадњу и координацију између институција, повећати квалитет услуга које пружају органи јавне управе, промовисати активно учешће цивилног друштва у креирање политике у јавном сектору, смањити трошкове функционисања јавне администрације, као и доследно примењивати принципе одговорности и транспарентности.

Потребно је предузети мере у циљу припреме акционих планова и програма, успостављања посебног тела или Центра за обуку административних службеника, спровођења годишњих евалуација и праћења (мониторинга) реализације конкретних корака предвиђених акционим плановима и програмима, припремања извештаја о спроведеном и утврђивање препрека са којима се суочавају институције у спровођењу реформи, и, свакако, реализовати политичку вољу да се постигну унапред дефинисани циљеви. Само на тај начин може се остварити повратак поверења грађана у институције, смањење политизације администрације (смањење утицаја политичких функционера на кадровску политику) и омогућавање остваривање принципа владавине права.

Borce DAVITKOVSKI, Ph.D.

Full Professor at Ss. Cyril and Methodius University - Iustinianus Primus Faculty of Law in Skopje,

Ana PAVLOVSKA-DANEVA, Ph.D.

Full Professor at Ss. Cyril and Methodius University - Iustinianus Primus Faculty of Law in Skopje

Elena DAVITKOVSKA, Ph.D.

Associate Professor at Ss. Cyril and Methodius University - Economic Institute in Skopje

Ivana ŠUMANOVSKA-SPASOVSKA, Ph.D.

Assistant Professor at Ss. Cyril and Methodius University - Iustinianus Primus Faculty of Law in Skopje

PUBLIC ADMINISTRATION REFORM IN THE REPUBLIC OF
MACEDONIA AND PROSPECTS FOR THE PROCESS OF INTEGRATION IN
THE EUROPEAN UNION

Summary

The main aim of this research is to determine the types of reforms that have been implemented and which have yet to be implemented in public administration in Republic of Macedonia.. Namely, in this paper authors present the current novelties which were introduced during the process of harmonization with European legislation, like a number of regulatory, institutional and personnel reform which must correspond to Copenhagen criteria and the Madrid principles for the reform of public administration.

The authors attempt to determine the factors and causes that influence development and modernization of governance and find the right measures and instruments which need to be taken to achieve a modernized public sector based on the principles of good governance, quality and professional administration.

For this purpose, in this paper the authors over analysis of the applicable law for governing organization and work of public administration indicates and proposes key actions to be taken by policy makers to get the public administration that is not only de jure but also de facto will be designed in a way that will could implement the principles of efficiency, effectiveness and transparency in the work, in order to improve the quality of public services, streamlining and modernization of administrative procedures, and also to realize the principle of depoliticization, in such a way as to strengthen the ethical value of public servants.

Keywords: *European integration, public administration, civil service system, European standards and principles, acquis communautaire.*

ЛИТЕРАТУРА

1. Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Е. Давитковска, Д. Гоцевски, Јавна администрација основа за реформе/не-реформе у Републици Македонија, Београдска пословна школа, Часопис за теорију и праксу друштвено хуманистичких наука, Бр.1, 2013
2. Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, Т. Муцунски, Јавната администрација на РМ- носител на процесот на евроинтеграција, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, во чест на проф.д-р Наум Гризо, Скопје, 2011
3. Б. Давитковски, Е. Давитковска, Основи на европскиот административен простор, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ во Скопје, Скопје, 2011
4. I. Krbek, Upravno pravo FNRJ, I knjiga, Beograd, 1955
5. N. Simac, Evropski upravni proctor i europska nacela javne uprave, Zbornik radova pravnog fakulteta u Splitu, god. 49, 2/2012
6. Francisco Cardona, Integrisanje nacionalnih administracija u Evropski administrativni proctor, SIGMA, Konferencija o reformi javne uprave i evropskim integracijama, Budva, Crna Gora, 26-27 mart, 2009
7. Marijana Bađun, Governance I javna uprava u kontekstu pridruzivanja Hrvatske Europskoj uniji, <http://www.ijf.hr/Eu2/Badjun.pdf>
8. Мерили Гриндал, Постигнување способна влада, Градење капацитет во јавните сектори на земјите во развој, Скопје, 2011
9. Reforma javne uprave i evropske integracije u Hrvatskoj, Forum koj go organizira Vlada Republike Hrvatske, Svjetska banka, Delegacija Evropske komisije, DFID I SIGMA/OECD, Zagreb, 2004
10. III del: Pripreme za ulazak u Evropski administrativni proctor, Poglavlje 7: Žak Furnije, Administrativna reforma prema misljenjima Komisije o pristupanju zemalja srednje I istočne Evrope Evropskoj uniji, str.106
11. Закон за општата управна постапка, Сл.весник на РМ, бр. 124 од 23.07.2015 година
12. Годишен извештај за податоците она вработените во јавниот сектор за 2015 година, http://mioa.gov.mk/files/pdf/dokumenti/Registar_mart2016.pdf
13. Годишен извештај за податоците од регистарот на вработени во јавниот сектор 2016
14. Национална стратегија за интеграција на Република Македонија во Европската унија, Влада на РМ, Скопје, 2004
15. Стратегија за реформа на јавната администрација во Република Македонија (2010-2015.година) 21.12. 2010. год., http://mioa.gov.mk/files/pdf/dokumenti/Strategija_zarJA.pdf

16. Национална програма за усвојување на правото на Европската унија, Ревизија 2014 - 2016 Декември, 2013, <http://www.sobranie.mk/WBStorage/Files/00npra2014narativen objavuvanje.pdf>

17. Načela dobre uprave – primena u upravno-procesnom pravu Republike Srbije

http://www.fcjp.ba/templates/ja_avian_ii_d/images/green/Bojana_Todorovic1.pdf,

18. Европска конвенција за заштита на човековите права

19. Rezolucije (77) 31 o zaštiti pojedinca u odnosu na akte organa uprave (Rezolucija)

20. Preporuka (2007) 7 Komiteta ministara o dobroj upravi, usvojena 20. juna 2007. godine (Preporuka o dobroj upravi), Recommendation CM/Rec(2007)7 on good administration od 20. 06.2007. godine,

http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Documents_en.asp 17. Preporuka (80) 2 o vršenju diskrecionih ovlašćenja od strane upravnih vlasti (Preporuka o diskrecionoj oceni), Recommendation No R(80)2 concerning the Exercise of discretionary Powers by administrative Authorities od 4. 02. 1982. godine, dostupno na: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Documents_en.asp

18. Preporuka (2004) 20 o sudskoj reviziji/kontroli upravnih akata, Recommendation Rec (2004)20 on judicial review of administrative acts, usvojena 15. 12. 2004. godine, dostupno na: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=802925&Site=CM>

19. Preporuka (89) 8 Komiteta ministara državama članicama o privremenoj sudskoj zaštiti upravnim stvarima, Recommendation No. R (89) 8 of the Committee of Ministers to Member States on Provisional Court Protection in Administrative Matters, usvojena 13. 09. 1989, dostupno na: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2011090&SecMode=1&DocId=702300&Usage=2>

20. Preporuka (2003) 16 u vezi sa izvršenjem upravnih i sudskih odluka u oblasti upravnog prava, Recommendation Rec (2003) 16 on the execution of administrative and judicial decisions in the field of administrative law, usvojena 09. 09. 2003, dostupna na: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/Administrative%20law/Documents_en.asp

21. Извештај за напредокот на Република Македонија за 2014 година, <http://www.sobranie.mk/dokumenti-rm-eu-cbb3490c-fe7d-4750-82f4-67c619c46aba.nspх>, посетено на 11.03.2017

22. SIGMA RADOVI 23, 26, 27, 31, 35, http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/seio/sigma_23.pdf

Др Дарко СИМОВИЋ*
Др Слободан ОРЛОВИЋ*

ПРАВНИ РЕЖИМ ВАНРЕДНИХ СИТУАЦИЈА ИЗАЗВАНИХ ПРИРОДНИМ КАТАСТРОФАМА*

Апстракт: Поред два традиционална правна режима нередовног функционисања уставног поретка, ратног и ванредног стања, сама пракса је указала на потребу предвиђања једног блажег правног режима, који се једноставније уводи и који не омогућава суспендовање људских права. Реч је о релативно новом институту у правном поретку Србије, ванредним ситуацијама, чије конзистентно правно регулисање тек треба да уследи. У овом раду, аутори настоје да укажу на особености ванредних ситуација изазваних природним катастрофама, апострофирајући његове разлике у односу на строжи режим ванредног стања. Поред позитивноправних решења у Србији, указује се и на праксу Европског суда за људска права на пољу одговорности државе за повреде људских права насталих на основу ризика из животне средине. Досадашња јуриспруденција Европског суда за људска права указује на еволуцију људских права ка универзалној обавези и одговорности држава за заштиту људи у ванредним ситуацијама.

Кључне речи: *ванредна ситуација, ванредно стање, људска права, природне катастрофе.*

1. УВОД

Једна од актуелнијих тема у савременој уставноправној теорији односи се на дилему о томе на који начин је могуће обезбедити очување суштинских захтева начела владавине права у ванредним приликама. Наиме, постојање ванредних околности које онемогућава редовно, уобичајено функционисање уставног система, захтева предузимање одговарајућих мера

* Редовни професор, Криминалистичко-полицијска академија, Београд
darko.simovic@kpa.edu.rs

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
sorlovic@pf.uns.ac.rs

* This paper is the result of international scientific research project: „Development of master curricula for natural disasters risk management in Western Balkan countries (NatRisk WeB, No. 573806-EPP-1-2016-1-RS-EPPKA2-CBHE-JP)“, Co-funded by the Erasmus+ Programme of European Union (2016–2019).

у циљу заштите људских права и што ефикаснијег превазилажења таквих околности. Више је правних форми ванредних прилика које могу да ометају или потпуно спрече делотворан рад државних органа и да истовремено угрожавају безбедност грађана и основна људска права. У теорији се уобичајено прави разлика између ратног и ванредног стања. Премда је реч о елементарној и недовољно изнијансираној подели могућих правних модалитета функционисања државе у ванредним приликама, она представља солидну полазну основу за даље излагање. Ратно стање је изузетан правни режим који се установљава у случају угрожавања територијалног интегритета државе и њене суверене власти услед фактора који су преваходно спољног карактера (агресија и сл.). Ипак, ратно стање може бити уведено и услед разлога који су унутрашњег карактера у случају грађанског рата. С друге стране, ванредно стање треба да обухвати „све преостале, унапред непредвидиве околности које би могле да угрозе редовно функционисање система власти. Дакле, правни режим ванредног стања треба да послужи и за неутралисање неких околности политичког карактера, као што су оружане побуне или угрожавање уставног поретка, али и за превазилажење већих природних непогода“¹. Међутим, основни проблем са оваквим одређењем института ванредног стања је његова тежња ка свеобухватности, односно потреби да се обухвате све могуће и унапред непредвидиве варијанте ванредних околности, па услед тога долази и до опасности од његове неделотворности. Наиме, овако како је дефинисано, ванредно стање треба да обухвати и оне ситуације које могу да угрозе опстанак државе или демократског поретка и имају несумњиве политичке последице, али и оне ситуације које настају услед природних катастрофа или техничко-технолошких удеса које угрожавају безбедност и људска права становника само једног ужег дела државне територије.

Наиме, да би се и у ванредном стању сачували основни постулати владавине права неопходно је предвидети строге процедуре за његово увођење, али и за остваривање концентрисане власти у таквим околностима. Такве строге и захтевне процедуре могу значајно да успоре реаговање државних органа при постојању неспорних ванредних прилика изазваних природним катастрофама или техничко-технолошким удесима. Отуда, у упоредном праву постаје све учесталија појава правног режима ванредних ситуација, режима који се једноставније уводи од ванредног стања и који не допушта суспензију редовног режима људских права. „Ванредна ситуација представља, условно говорећи, `нижи степен

¹ Драгутин Аврамовић, Дарко Симовић, „Ванредно стање и ванредне ситуације у Републици Србији – (не)оправдани дуализам“, *Култура полиса*, год. IX, посебно издање 1, 2012, 504.

ванредног стања.² Уобичајено, ванредна ситуација се одређује као „стање, настало на одређеном простору/заједници, услед ванредних догађаја (природних- елементарних непогода (земљотреси, поплаве и др.); техничко-технолошких (техногених) удеса праћених радиоактивном и хемијском контаминацијом, експлозијама, пожарима, урушавањима; социјалног порекла (тероризам, рат и др.)), који би могли да или јесу проузроковали последице у виду људских жртава, значајног угрожавања здравља, животне средине и материјалних добара, због којих је поремећено редовно функционисање заједнице и активности становништва.“³ Такве околности оправдавају предузимање читавог низа специфичних мера, све до проглашења ванредног стања (као нпр. затварање граница, увођење додатних мера контроле, превенције, прегледа и сл.).⁴

2. ВАНРЕДНО СТАЊЕ И ВАНРЕДНЕ СИТУАЦИЈЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Искуство са ванредним стањем из 2003. године указало је на готово све недостатке у правном уређењу овог института у Србији.⁵ Отуда је уставотворац од 2006. године настојао да институт ванредног стања конзистентније уреди и да могућност злоупотребе власти у том нередовном правном режиму сведе на што мању меру. Према Уставу: „Када јавна опасност угрожава опстанак државе или грађана, Народна скупштина проглашава ванредно стање“ (члан 200).⁶ Међутим, уколико због саме природе ванредних околности Народна скупштина није у могућности да се састане, одлуку о ванредном стању заједнички доносе председник Републике, председник Народне скупштине и председник Владе (члан 200. став 5). Таква одлука се условљава накнадном потврдом у Народној скупштини у року од 48 сати од њеног доношења, односно чим она буде у могућности да се састане. У супротном, одлука престаје да важи завршетком прве седнице Народне скупштине одржане после проглашења

² Сретен Југовић, „Правни режим ванредних ситуација у Републици Србији“, *Правна ријеч*, бр. 31/2012, 241.

³ Тијана Шурлан, Драган Млађан, „Ванредне ситуације у међународном праву – нова област међународног јавног права“, *Српска политичка мисао*, бр. 2/2016, Београд, 114.

⁴ *Ibid.*, 116.

⁵ Дарко Симовић, Драгутин Аврамовић, „Нормативни оквир и пракса проглашења ванредног стања према Уставу Републике Србије од 1990. године“, *Правна ријеч*, бр. 22/2010, Бања Лука, 251–267.

⁶ Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 37/06.

ванредног стања (члан 200. став 8).⁷ Уставотворац није прецизирао територијално важење одлуке о проглашењу ванредног стања. Имајући у виду његову свеобухватну природу и разноликост разлога због којих може бити уведено, извесно је да ванредно стање може бити уведено или на делу територије или на целој територији државе. Када је реч о временској димензији режима ванредног стања, одлука о његовом увођењу важи најдуже 90 дана, с тим да Народна скупштина може продужити важење одлуке за још 90 дана (члан 200. став 2).

Насупрот ванредном стању као уставној категорији, режим ванредних ситуација уређен је законом, као релативно нов институт у Србији. Законодавац ванредну ситуацију одређује као „стање када су ризици и претње или последице катастрофа, ванредних догађаја и других опасности по становништво, животну средину и материјална добра таквог обима и интензитета да њихов настанак или последице није могуће спречити или отклонити редовним деловањем надлежних органа и служби, због чега је за њихово ублажавање и отклањање неопходно употребити посебне мере, снаге и средства уз појачан режим рада“ (члан 8. Закона о ванредним ситуацијама)⁸. Може се закључити да је законодавац задржао отворен карактер дефиниције ванредних ситуација, јер се оне могу прогласити и у случају других опасности, а не само када постоје ризици и претње за време катастрофа и ванредних догађаја.⁹

Ванредна ситуација проглашава се одмах по сазнању за непосредну опасност од њеног наступања (члан 30, став 1). Реч је о значајно флексибилнијем правном режиму који може да се прогласи за општину, град или град Београд, и за део или целу територије Републике Србије (члан 31, став 1). У зависности од тога на ком делу територије се проглашава зависи и орган који је надлежан за њено проглашење. Одлуку о проглашењу ванредне ситуације, на предлог надлежног штаба за ванредне ситуације: 1) за територију општине доноси председник општине, односно за територију града, града Београда – градоначелник; 2) за територију аутономне покрајине доноси извршни орган аутономне покрајине; 3) за територију Републике Србије или за њен део доноси Влада (члан 32). Одлуку о укидању ванредне ситуације, на предлог надлежног штаба за ванредне ситуације, доноси орган који је донео одлуку о проглашењу ванредне ситуације.

⁷ Више о томе: Дарко Симовић, Драгутин Аврамовић, „Конституционализовање института ванредног стања у уставима Републике Србије“, *Правни живот*, 12/2010, 941-962.

⁸ Закон о ванредним ситуацијама, „Службени гласник РС“, број 111/2009, 92/2011. и 93/2012.

⁹ С. Југовић, 240.

На основу приказаних институционалних решења може се закључити да је ванредно стање неупоредиво строжи правни режим у односу на ванредне ситуације. Будући да се након његовог проглашења могу суспендовати нека од основних људских права, његово увођење је иницијално поверено највишем представничком телу у Републици Србији, Народној скупштини. Међутим, уколико због природе или интензитета ванредних околности Народна скупштина није у прилици да се састане, о увођењу ванредног стања конзензусом одлучује неформално трочлано тело које се састоји од највиших носилаца државних функција, председника Републике, председника Владе и председника Народне скупштине. Овакво институционално решење има ту предност што унеколико смањује могућност злоупотребе при увођењу ванредног стања. Но, с друге стране, ванредне околности захтевају благовремено и делотворно реаговање, а компликована процедура предвиђена Уставом од 2006. године, услед неслагања носилаца највиших државних функција, може да води неувођењу ванредног стања, иако је тако нешто потпуно оправдано.

Компликована и захтевна процедура за увођење ванредног стања, због далекосежних последица које може изазвати, оправдава предвиђање једног блажег нередовног стања насталог услед природних катастрофа или ванредних догађаја изазваних људском грешком или пропустом. Посматрано у контексту Србије, проглашење ванредне ситуације је унеколико једноставније и у надлежности је органа егzekутиве, зависно од нивоа на коме се проглашава. Према томе, реч је о институту који се релативно једноставно и брзо проглашава у случају постојања ванредних прилика, али који не омогућава предузимање оних најдрастичнијих мера, које се везују за ванредно стање, и које могу да установљавају режим одступања од људских права.

3. ОСОБЕНОСТИ ВАНРЕДНИХ СИТУАЦИЈА ИЗАЗВАНИХ ПРИРОДНИМ КАТАСТРОФАМА

Будући да институти ванредног стања и ванредних ситуација постоје упоредо у правном систему Србије, може се закључити да „појам ванредно стање у себе укључује и оне случајеве који настају због природних катастрофа, великих елементарних непогода, епидемија, и сл. – а који би се могли назвати још ужим, прецизнијим термином – ванредне ситуације. Другим речима, овакав приступ третира појам ванредно стање као широки, генусни термин, који подразумева и ванредне ситуације. То

носи одређене предности, али и слабости¹⁰. Као блажи режим, ванредна ситуација може прерасти у ванредно стање уколико „ризичи и претње или последице катастрофа, ванредних догађаја и других опасности по становништво, животну средину и материјална добра“ достигну такав обим и интензитет да не буду довољне посебне мере предвиђене режимом ванредних ситуација за отклањање кризне ситуације и опасности.¹¹

Према томе, природне катастрофе могу представљати разлог како за проглашење ванредног стања, тако и за проглашење ванредних ситуација. Имајући у виду да интензитет природних катастрофа може бити различит, оправдано се може поставити питање целисходности увођења ванредног стања у околностима блажих природних непогода, чије превазилажење не тражи најдрастичнији степен концентрисања државне власти који истовремено омогућава укидање појединих основних људских права.¹² Оправдање за конституисање правног института ванредних ситуација налази се у потреби брзог и ефикасног реаговања да би се предупредиле или свеле на што мању меру тешке последице услед природних катастрофа.

Природне катастрофе нису једини разлог који може да изазове увођење ванредне ситуације. Овај нередовни режим може бити последица и техничко-технолошких несрећа - удеса и катастрофа, последица тероризма, ратних и других већих несрећа. Закон о ванредним ситуацијама предвиђа систем заштите и спасавања људи, материјалних и културних добара и животне средине у таквим нередовним околностима. Основни задаци система заштите и спасавања су: 1) програмирање и планирање мера и активности на заштити и спасавању; 2) заштита, као скуп превентивних мера усмерених на јачање отпорности заједнице, отклањање могућих узрока угрожавања, смањење утицаја елементарних непогода, спречавање других несрећа и у случају да до њих дође, умањење њихових последица; 3) координација при успостављању, изради и реализацији Националне стратегије за заштиту и спасавања; 4) спасавање и пружање помоћи, под чиме се подразумевају оперативне активности које се предузимају у циљу спасавања људи, материјалних добара и животне средине; 5) ублажавање и отклањање непосредних последица елементарних непогода и других несрећа, под чиме се подразумевају мере и активности које се предузимају ради успостављања неопходних услова за живот грађана на пострадалом подручју; 6) организовање, опремање и оспособљавање снага заштите и спасавања; 7) организовање, опремање и оспособљавање државних органа, привредних друштава, других правних лица и предузетника за заштиту и

¹⁰ Драгутин Аврамовић, Драган Млађан, „Ванредно стање и ванредна ситуација – компаративни, термилошки и садржински аспекти“, *Теме*, бр. 2/2014, Ниш, 771.

¹¹ Видети: Д. Аврамовић, Д. Симовић, 511; Д. Аврамовић, Д. Млађан, 775.

¹² Д. Аврамовић, Д. Симовић, 504.

спасавање; 8) организовање и оспособљавање грађана за личну, узајамну и колективну заштиту; 9) пружање и тражење помоћи и сарадња са другим земљама и међународним организацијама; 10) управљање, руковођење и координација субјектима и снагама система заштите и спасавања у ванредним ситуацијама и 11) други послови и задаци заштите и спасавања (члан 3 Закона о ванредним ситуацијама).

Субјекти система заштите и спасавања су: 1) органи државне управе, органи аутономне покрајине и органи јединица локалне самоуправе; 2) привредна друштва, друга правна лица и предузетници; 3) грађани, групе грађана, удружења, професионалне и друге организације. Ови субјекти обезбеђују изградњу јединственог система заштите и спасавања на територији Републике Србије, у складу са законом и другим прописима, као и програмима, плановима и другим документима којима се уређује организација, развој, припремање и употреба снага и средстава заштите и спасавања (члан 4).

За координацију и руковођење заштитом и спасавањем у ванредним ситуацијама, као оперативно-стручна тела образују се штабови за ванредне ситуације, и то: 1) за територију Републике Србије - Републички штаб за ванредне ситуације, који образује Влада; 2) за територију аутономне покрајине - покрајински штаб, који образује извршни орган аутономне покрајине; 3) за територију управног округа - окружни штаб за ванредне ситуације, који образује Републички штаб за ванредне ситуације; 4) за територију града - градски штаб за ванредне ситуације, који образује скупштина града; 5) за територију општине - општински штаб за ванредне ситуације, који образује скупштина општине. Штаб чине командант, начелник и чланови штаба, а у градском и општинском штабу и заменик команданта штаба. Штаб за ванредне ситуације образује, по потреби, помоћне стручно-оперативне тимове за специфичне задатке заштите и спасавања (члан 33).

У циљу заштите и спасавања људи, материјалних и културних добара од опасности изазваних елементарним непогодама и другим несрећама спроводе се задаци цивилне заштите, и то: 1) узбуњивање; 2) евакуација; 3) склањање и урбанистичке мере заштите; 4) збрињавање угрожених и настрадалих; 5) радиолошка, хемијска и биолошка заштита; 6) заштита од техничко-технолошких несрећа; 7) заштита од рушења и спасавање из рушевина; 8) заштита и спасавање од поплава и несрећа на води и под водом; 9) заштита и спасавање на неприступачним теренима; 10) заштита и спасавање од пожара и експлозија; 11) заштита од НУС; 12) прва и медицинска помоћ; 13) асанација терена; 14) очување добара битних за опстанак; 15) хитно успостављање неопходних служби од јавног интереса (члан 55).

Имајући у виду да природне катастрофе могу истовремено да обухвате и две или више држава, неопходно је предвидети и међународну сарадњу која има за циљ да се координираним активностима што ефикасније отклоне ванредне околности и непољне последице. Међународна сарадња у области заштите и спасавања остварује се: 1) закључивањем међународних уговора и њиховом применом; 2) чланством и учешћем у раду у међународним организацијама; 3) међусобним обавештавањем и разменом информација са другим државама о опасностима и последицама катастрофа и о средствима за смањење ризика од катастрофа; 4) пружањем, прихватањем и тражењем помоћи у заштити и спасавању људи и материјалних добара; 5) координацијом преласка државне границе током примања или пружања међународне помоћи, као и у току транзита снага и средстава за помоћ у заштити и спасавању између других држава; 6) припремањем, организовањем и учествовањем на међународним конференцијама, семинарима, курсевима, вежбама и другим облицима обучавања; 7) усклађивањем деловања снага за заштиту и спасавање других држава на територији Републике Србије (члан 140).

4. ПРАВНИ РЕЖИМ ЉУДСКИХ ПРАВА ЗА ВРЕМЕ ВАНРЕДНИХ ОКОЛНОСТИ

Једно од основних обележја ванредног стања је могућност одступања од људских права у том особеном и привременом правном режиму. Услед проглашења ванредног стања Народна скупштина може прописати мере којима се одступа од Уставом зајемчених људских и мањинских права (члан 200. став 4). Међутим, кад Народна скупштина није у могућности да се састане, мере којима се одступа од људских и мањинских права може прописати Влада, уредбом, уз супотпис председника Републике (члан 200. став 6). Мере одступања од људских и мањинских права које пропише Народна скупштина или Влада важе најдуже 90 дана, а по истеку овог рока могу се обновити под истим условима (члан 200. став 7). Кад мере којима се одступа од људских и мањинских права није прописала Народна скупштина, Влада је дужна да уредбу о мерама одступања од људских и мањинских права поднесе на потврду Народној скупштини у року од 48 сати од њеног доношења, односно чим Народна скупштина буде у могућности да се састане. У супротном, мере одступања престају да важе 24 сата од почетка прве седнице Народне скупштине одржане по проглашењу ванредног стања (члан 200. став 9).

Уставотворац од 2006. године исправио је пропуст претходног устава и предвидео круг апсолутно заштићених људских права и у режиму

ванредног стања. Устав предвиђа да мере одступања ни у ком случају нису дозвољене у односу на право на достојанство и слободан развој личности (члан 23), право на живот (члан 24), неповредивост физичког и психичког интегритета (члан 25), забрану ропства, положаја сличног ропству и принудног рада (члан 26), поступање са лицем лишеним слободе (члан 28), право на правично суђење (члан 32), правну сигурност у кривичном праву (члан 34), право на правну личност (члан 37), право на држављанство (члан 38), слободу мисли, савести и вероисповести (члан 43), приговор савести (члан 45), слободу изражавања националне припадности (члан 47), забрану изазивања расне, националне и верске мржње (члан 49), право на закључење брака и равноправност супружника (члан 62), слободу одлучивања о рађању (члан 63), права детета (члан 64) и забрану насилне асимилације (члан 78). Одступања од људских права након проглашења ванредног стања дозвољена само у обиму у којем је то неопходно (члан 202. став 1).

Када је реч о сродном правном институту ванредних ситуација, није допуштено суспендовање редовног режима људских права. Међутим, проглашење ванредне ситуације оправдава ограничења појединих људских права у складу са Уставом. Отуда, Закон о ванредним ситуацијама садржи посебан одељак посвећен правима и дужностима грађана. Грађани учествују у заштити и спасавању, испуњавању материјалне обавезе за потребе заштите и спасавања у складу са посебним законом, обучавају се за личну, узајамну и колективну заштиту, спроводе прописане и наређене мере и извршавају задатке цивилне заштите. Грађани су дужни: 1) да прихвате распоред који им је одређен при распоређивању у органе и јединице цивилне заштите; 2) да се одазову позиву надлежног органа цивилне заштите; 3) да податке од значаја за заштиту и спасавање без одлагања доставе надлежном органу; 4) да дају податке потребне за вођење евиденција од значаја за заштиту и спасавање (члан 21).

Решење које предвиђа Закон о ванредним ситуацијама недвосмислено омогућава ограничење слободе кретања, па се оправдано поставља питање његове сагласности са Уставом. Устав дозвољава ограничавање слободе кретања законом „ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка, заштите јавног реда и мира, спречавања заразних болести или одбране Републике Србије“ (члан 39, став 2). Међутим, без проглашења ванредног или ратног стања, законодавац је установио одређене дужности грађана које ограничавају слободу кретања ујемчену Уставом. „Простим језичким тумачењем Устава, на први поглед би се могло учинити да се и ванредне ситуације, односно цивилна заштита могу подвести под одбрану Републике Србије. Међутим, системским тумачењем је лако увидети да то није баш тако, јер Закон о одбрани у одредбама које се односе на цивилну заштиту прописује: „Цивилна заштита у ратном и ванредном стању организује се и

функционише као део система одбране¹³ (...), што значи да се цивилна заштита може разумети као део система одбране само у ванредном или ратном стању¹⁴. Према томе, премда постоји пуно оправдање да се режим ванредних ситуација такође подведе под систем цивилне заштите, учачава се да решења у нашем законодавству нису конзистентна и да их треба унапредити и прилагодити условима увођења једног новог правног института.

Приметно је ограничење појединих економских права грађана. У извршавању материјалне обавезе за потребе заштите и спасавања грађани дају на коришћење надлежном органу за ванредне ситуације непокретне ствари, возила, машине, опрему, материјално-техничка и друга материјална средства (вода, храна, медицинска опрема, лекови, одећа, обућа, грађевински и други материјал) кад то захтевају потребе заштите и спасавања (члан 24). Несумњиво, овакво ограничење права на имовину у складу је са уставним ограничењима права својине у јавном интересу (члан 58, ст. 2–3).

Када је реч о еволуцији заштите људских права од ризика који настају у сфери животне средине посебно је илустративан и поучан случај *Oneriyildiz v. Turkey* (2004) пред Европским судом за људска права.¹⁵ Предмет се односио на смрт 39 особа које су страдале од експлозије метана на депонији у једном од сиромашних насеља у Истанбулу. До те несреће није дошло изненадно, будући да је постојао стручни извештај у коме је утврђено да поменута депонија није уређена у складу са релевантним прописима и да носи ризик од заразних болести а, посебно, ризик од експлозије гаса метана који се на њој ствара. Међутим, без обзира на постојање тог извештаја надлежни органи нису предузели ништа да би осујетили угрожавање живота становника, те је Европски суд утврдио повреду члана 2. Европске конвенције.

Поменути случај послужио је Европском суду да развије својеврсну доктрину заштите права на живот у односу на опасности које произлазе из животне средине. Том приликом, Европски суд је нагласио да члан 2 Европске конвенције установљава позитивну обавезу за државу да предузима све разумне мере за заштиту живота својих грађана, која се мора тумачити као примењива у контексту сваке активности у којој право на живот може бити угрожено (без обзира на то да ли је та активност јавног карактера), а посебно у случају индустријских активности, које су по својој природи опасне. Истовремено, Европски суд је установио одређене принципе на пољу одговорности државе у вези са опасним активностима

¹³ Закон о одбрани, „Службени гласник РС“, број 116/07 и број 88/09 - др. закон, 104/2009 - др. закон и 10/2015, члан 77, став 2.

¹⁴ Д. Аврамовић, Д. Симовић, 512-513.

¹⁵ *Oneriyildiz v. Turkey* (2004), application no. 48939/99.

које могу да угрозе људски живот. Првенствено, државама је наметнута обавеза установљивања одговарајућег правног оквира који ће делотворно штитити од различитих видова угрожавања људског живота. Прописи о којима је реч морају да предвиде и одговарајуће поступке за утврђивање недостатака и грешака које у дотичним процесима почине одговорна лица на различитим нивоима. Међу превентивним мерама посебан значај треба придати праву јавности да буде информисано, које се тумачи у складу са стандардима установљеним у досадашњој јуриспруденцији Европског суда. Но, поред ових материјалних услова, неопходно је испунити и одговарајуће процесне услове, који подразумевају да национално правосуђе треба да обезбеди независан и непристрасан официјелни истражни поступак, који задовољава одређене минималне стандарде у погледу ефикасности и који располаже капацитетом да обезбеди да се, уколико дође до смртног случаја услед опасне активности, примене кривичне санкције уколико је то оправдано налазима истраге. Имајући у виду све ове принципе, у случају *Onerildiz v. Turkey* Европски суд је утврдио да је постојала повреда ЕКЈП, јер су турски надлежни органи на различитим нивоима одлучивања знали, или су пак морали да знају, да постоји реалан непосредан ризик по живот и здравље људи, али су пропустили да предузму одговарајуће радње.

У складу са тако постављеном доктрином, Европски суд је реаговао и у случају *Bundayeva and others v. Russia* (2008).¹⁶ Реч је о случају који се односио на догађаје из Русије у јулу 2000. године када државни органи нису предузели све нужне мере да би заштитиле животе становништва услед покретања клизишта. Наиме, након првог клизања терена 18. јула у граду Турнаузу које је нанело значајну материјалну штету појединим резиденцијалним квартовима, наређена је евакуација становништва. Међутим, већ наредног јутра смањио се ниво каљуге и становници су спонтано започели да се враћају својим домовима. Ипак, већ истог дана десио се нови, знато снажнији налет каљуге, који је усмртио осам људи. Образложење владе је било да су се грађани оглушили о наредбу о евакуацији. С друге стране, грађани су тврдили да ништа није указивало на то да наредба и даље траје и да није било никаквих обавештења која би их одвратила од повратка својим домовима. Влада је обезбедила бесплатан смештај за лица која су остала без дома и новчану надокнаду материјалне штете у износу од приближно 530 евра. Домаће правосуђе није утврдило одговорност државе због неадекватне заштите становништва угроженог подручја. Но, према становишту Европског суда у овом случају дошло је до повреде члана 2 Европске конвенције јер је држава учинила низ пропусти

¹⁶ *Bundayeva and others v. Russia* (2008), applications nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02.

непредузимањем свих потребних мера које су биле неопходне за максималну заштиту живота људи. Без обзира на то што су постојали извештаји о перманентној опасности од клизишта, држава није предузела све одговарајуће превентивне мере. Осим тога, када је издата наредба о евакуацији, многи становници нису били свесни те наредбе, тако да се она показала неделотворном. Дакле, држава није испунила све позитивне обавезе које су биле нужне за заштиту права на живот грађана у овом подручју, због чега је утврђена повреда Европске конвенције.

5. ЗАКЉУЧНИ ОСВРТ

У животу сваке државе неминовна је појава, унапред непредвидивих, ванредних околности које могу да ометају или потпуно блокирају редовно функционисање уставног поретка. Уобичајено се говори искључиво о ратном и ванредном стању, као о два нередовна правна режима која се успостављају да би се на што ефикаснији начин уставни систем вратио у своје редовне токове. Међутим, сама пракса указала је на потребу и оправданост постојања правног режима ванредних ситуација, као блаже варијанте од института ванредног стања. Режим ванредних ситуација треба да обухвати оне ванредне околности које су настале услед природних катастрофа или ванредних догађаја изазваних људском грешком или пропустом, а чије превазилажење не захтева одступање од редовног режима људских права.

Јуриспруденција Европског суда превагнула је тас ка универзалној обавези и одговорности држава за заштиту људи у ванредним ситуацијама.¹⁷ Реч је о значајној еволуцији садржине основних људских права, јер уместо иницијално подразумеваних негативних обавеза, држава постаје дужна да предузима све мере које су неопходне за заштиту становништва од природних катастрофа, односно које су у вези са ризицима из области животне средине. Те мере подразумевају установљавање одговарајућег нормативног оквира, као и конституисање делотворног административног апарата који је иницијално задужен за предузимање неопходних превентивних мера, али који ће ефикасно реаговати при настанку конкретних ванредних ситуација. Напослетку, држава је задобила и не мање значајне процесне обавезе које подразумевају спровођење благовремене и објективне истраге уколико дође до повреде права на живот да би се утврдила одговорност оних који су учинили пропусте непредузимањем адекватних превентивних мера.

Еволуирањем људских права, држава задобија низ позитивних обавеза које подразумевају нужност установљавања и непрестаног

¹⁷ Т. Шурлан, Д. Млађан, 118.

унапређивања делотворног система еколошке регулације, ради спречавања и неутралисања потенцијалних ризика по живот, здравље, безбедност и имовину људи. У супротном, одговорност је на држави за све повреде људских права изазване природним катастрофама, које су могле бити избегнуте адекватним и благовремено предузетим мерама.

Darko Simović, Ph.D.

Full Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

Slobodan Orlović, Ph.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

THE LEGAL REGIME OF EMERGENCY SITUATIONS EVOKED BY NATURAL CATASTROPHES

Summary

In addition to the two traditional legal regimes for inordinate functioning of the constitutional system: state of war and state of emergency; practice itself has exhibited a need for establishing a more lenient legal regime, that is simpler to introduce and which does not allow for the suspension of human rights. This refers to a relatively new institute in the legal system of Serbia, emergency situations, whose consistent legal regulation is yet to be established. In this paper, the authors aim to show the distinctiveness of emergency situations caused by natural catastrophes, pointing out the differences in relation to a stricter regime of a state of emergency. Aside from normative framework in Serbia, the paper also discussed the practice of the European Court for Human Rights in the area of state responsibility for the violation of human rights which resulted due to risks from the environment. The jurisprudence of the European Court for Human Rights to date shows the evolution of human rights towards the universal obligation and responsibility of states for protecting people in emergency situations.

Key words: *emergency situations, state of emergency, human rights, natural catastrophes*

ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамовић Драгутин, Симовић Дарко, „Ванредно стање и ванредне ситуације у Републици Србији – (не)оправдани дуализам“, *Култура полиса*, год. IX, Београд, 2012;
2. Аврамовић Драгутин, Млађан Драган, „Ванредно стање и ванредна ситуација – компаративни, термилошки и садржински аспекти“, *Теме*, бр. 2/2014, Ниш, 2014;
3. Југовић Сретен, „Правни режим ванредних ситуација у Републици Србији“, *Правна ријеч*, бр. 31/2012, Бања Лука, 2012;
4. Симовић Дарко, Драгутин Аврамовић, „Конституционализовање института ванредног стања у уставима Републике Србије“, *Правни живот*, 12/2010, Београд, 2010;
5. Симовић Дарко, Аврамовић Драгутин, „Нормативни оквир и пракса проглашења ванредног стања према Уставу Републике Србије од 1990. године,“ *Правна ријеч*, бр. 22/2010, БањаЛука, 2010;
6. Шурлан Тијана, Млађан Драган, „Ванредне ситуације у међународном праву – нова област међународног јавног права“, *Српска политичка мисао*, бр. 2/2016, Београд, 2016,
7. *Oneriyildiz v. Turkey* (2004), application no. 48939/99;
8. *Bundayeva and others v. Russia* (2008), applications nos. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 and 15343/02;
9. Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, број 37/06;
10. Закон о ванредним ситуацијама, „Службени гласник РС“, број 111/2009, 92/2011 и 93/2012;
11. Закон о одбрани, „Службени гласник РС“, број 116/07 и број 88/09 - др. закон, 104/2009 - др. закони 10/2015.

Др Јелена ВУЧКОВИЋ*

ИЗВРШНА ВЛАСТ И ЈАВНЕ АГЕНЦИЈЕ

Апстракт: Постоје различити политички чиниоци који утичу на јавне агенције у арили политичких институција. Егзистенција и функционисање јавних агенција претпоставља активну улогу све три гране државне власти. У највећем броју управних система главно питање контроле над агенцијама повезано је са контролом коју врше министарства. Влада прибегава посебној врсти институционализоване оцене рада агенција. Председник у парламентарном систему нема посебну улогу у односима са јавним агенцијама. Међутим, у председничком систему улога председника је сасвим другачија и готово кључна. Велики је проблем непостојање адекватног механизма контроле над радом јавних агенција од стране министарстава, владе и скупштине. Контролу политичког утицаја можемо постићи путем појашњења правног положаја јавних агенција. У будућим нормативним решењима, треба јасније одредити статус различитих врста агенција (оних унутар државне структуре и оних ван ње), а посебно оних које врше регулаторну функцију.

Кључне речи: *јавне агенције, контрола, министарства, влада, председник републике.*

1. УВОД

Институционална арена је сложени систем односа у оквиру једног државно-правног система или шире социјалног система једне државе. Међутим, она се може посматрати и шире у систему Европске уније.

Постоје различити политички чиниоци који утичу на јавне агенције у арили политичких институција. Најпре то је скупштина која треба да контролише јавне агенције. Затим постоје односи између јавних агенција и Владе, који односи подразумевају сарадњу и контролу. Затим, постоје односи министарстава и јавних агенција који су такође односи сарадње и контроле. У институционалном кругу постоје и односи између агенција и

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
jvuckovic@jura.kg.ac.rs

медија, агенција и грађана као и агенција и заштитника грађана (Омбудсман). Ови су односи такође односи сарадње и контроле само што су ту односи контроле специфични.

У институционалној арени може се посматрати положај и утицај јавних агенција на остале институције једног државно-правног или политичког система. Такође, могу се посматрати и анализирати вишеслојни односи државних и других институција система на саме Агенције. Пре свега се мисли на државне органе као носиоце државне власти (функција). Егзистенција и функционисање јавних агенција претпоставља активну улогу све три гране државне власти. Тако, Скупштина (Конгрес у САД) или влада својим актима (законима, одлукама и др.) оснива агенције и одређује њихове надлежности. Влада (на челу са председником у САД) а понегде и министарства, контролишу њихов рад, нарочито када се ради о агенцијама које су под њиховом непосредном контролом.

2. ОДНОС МИНИСТАРСТАВА И ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА

Иако законодавна власт у великом броју уставних и управних система представља један извор контроле над агенцијама, постоји такође велики број контрола које су повезане са извршном граном власти. Извршна власт има три нивоа, то су министарства, кабинет министарства или департмана који представља Владу у парламентарном систему и президентски ниво извршне власти, који чини сам председник.

Стварни политички ефекат система поделе власти јесте релативно јачање извршне власти, која чврсто стоји испред законодавства, као оригиналне правне и политичке власти. То има за последицу две ствари: прво, на сцени је необуздани процес агенцификације који укида транспарентност и измиче свакој контроли а истовремено је лоциран на простору свемоћне извршне власти. Друго, наду али и праксу (нпр. полу-аутономне агенције у Великој Британији) да ће сама та извршна власт, односно њени органи (влада, министарства и сам председник као шеф егzekutive) имати довољно моћи и утицаја да обуздају глад за агенцијском аутономијом али и уз очување исте.

У највећем броју управних система главно питање контроле над агенцијама повезано је са контролом коју врше министарства.

Јавне агенције као део извршне и управне власти (влада и министарства). Ако желимо сагледати односе између министарстава и агенција треба се осврнути на функције и обележја ове две врсте организационих јединица.

У ширем смислу и министарства се могу посматрати као одређене врсте агенција, из разлога што они обављају одређене јавне послове и регулишу одређену област. Међутим, у ужем смислу министарства се

разликују, пре свега, зато што је министарство орган који води јавну политику, организационо је део система државне управе и функционално има широку надлежност, односно покрива више области, посебно ако у његовој надлежности има више ресора. Насупрот министарствима, јавне агенције су изван система државне управе и представљају, по правилу, стручна тела задужено за тачно одређену област, што се за министарство не може рећи. Оне имају организациону и функционалну самосталност у раду од извршне власти. Међутим постоје и такви управни системи где су оне део државне управе (нпр. Република Српска).

У теорији односи између министарстава и агенција, могу се приказати кроз три модела,¹ и то: (1) Скандинавски модел; (2) Амерички модел и (3) Британски модел.

Скандинавски модел значи да се министарства се формирају у одређеним областима и она су искључиво задужена за вођење и креирање јавних политика, док са друге стране постоји велики број различитих колегијалних органа и агенција, на челу са директором и задужени су за имплементацију. Ова тела се баве унутрашњом организацијом. Однос министарстава и агенција је специфичан из разлога што агенције у све већој мери преузимају улогу креирања јавних политика, што је основна делатност министарстава. Овај модел је карактеристичан само за Шведску, док остале скандинавске државе на овом подручју само у одређеној мери практикују овакав модел.²

Британски модел показује да се на челу агенције, као колегијалног органа налази извршни директор, који је директно одговоран министарству. Директор агенције на ту функцију долази након потписивања уговора и може бити разрешен само под специфичним условима. Овај модел се разликује од класичног менаџерског приступа, из разлога што агенције немају довољну аутономију у обављању својих функција и нису дистанциране од министарства у погледу контроле. Међутим, постоји менаџерска аутономија у смислу оперативног вођења послова јер се ту министар не меша. Њега заправо занима реализација јавне политике у тој области. Министар може одлучити да укине агенцију или да је реорганизује, тако што ће је растурити или спојити са неком другом, враћајући њене функције департману (министарству) који их је и поверио или што ће заменити ту агенцију са неком новом вртом јавног тела. У пракси британских агенција постоји веома

¹ Geert Bouckaert, Guy B. Peters, „What is Available and What is Missing in The Study of Quangos“, in: Christopher Pollit and Colin Talbot (eds): *Unbundled Government - A Critical Analysis of the global trend to agencies, quangos, and contractualisation*, New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2004, 31.

² *Ibid*, 32.

велики број агенција које су укинуте или реорганизоване на један од поменутих начина.³

Амерички модел карактерише постојање бројних министарстава (департмана) у чијем саставу се налази мноштво различитих врста агенција. Међутим, њихове челнике бира председник САД, најчешће на савет ресорног секретара. Осим агенција које су део ресора, постоје и бројне независне извршне и регулационе агенције. Према функцијама и начину на који их обављају, овај модел је сличан шведском моделу, с тим да су у шведској министарства мањег обима. Аутономија агенција у оквиру министарстава је различита и варира. Од FBI⁴, који има већи утицај од самог министарства, до OSHA⁵ агенције која је под строгим контролом министарства. Министарства имају и даље класичне задатке, а то су креирање јавних политика, њихову контролу и координацију уз помоћ различитих врста агенција које имају различите односе, како у склопу министарства, тако и међусобно.

У *транзиционим земљама* однос министарства и агенције био је такав да су министарства била слабија и правно и у погледу радних услова, па нису могла привући одговарајуће стручњаке. Финансијски менаџмент био је слаб у читавом јавном сектору, делом и због недовољне снаге министарства финансија, посебно у односу на агенције. То је довело до пораста у платама и повластицама за запослене у агенцијама и повлаштен положај у односу на државне службенике у министарствима, високе управне трошкове, случајеве превара и корупције у агенцијама као и до нетранспарентног финансијског пословања агенција јер су се рачуни агенција водили изван трезора.

У *Србији* министарства у различитој мери поштују мишљење и препоруке јавних агенција. Постоји законом дефинисани односи надзора који врши надлежно министарство. Постоји више облика надзора.

а) Најпре постоји *надзор над прописима* јавне агенције (члан 43.), који се тиче регулаторних независних агенција. Јавна агенција је дужна да пре

³ Koen Verhoest, Sandra van Thiel, Geert Bouckaert, Per Laegreid, *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, 63.

⁴ *Federal Bureau Investigation* – обавештајна служба која делује унутар министарства правде у САД а чији се задаци односе на истраживање у преко 2000 врста федералних злочина и тиме фактички означава главни инструмент за борбу против криминала. Geert Bouckaert, Guy B. Peters, What is Available and What is Missing in The Study of Quangos, in: Christopher Pollit and Colin Talbot (eds): *Unbundled Government - A Critical Analysis of the global trend to agencies, quangos, and contractualisation*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2004, 33-34.

⁵ *Occupational Safety & Health Administration* – агенција која делује унутар Министарства здравља у САД, чији је задатак да професионално регулише питање здравља и безбедности у администрацији.

објављивања прописа прибави од министарства у чијем делокругу су послови јавне агенције *мишљење о уставности и законитости* прописа.

Истовремено надлежно министарство има обавезу да агенцији у питању достави *образложени предлог* о томе како да пропис усагласи са Уставом, законом, прописом или другим општим актом Народне скупштине и Владе. Агенција је дужна да поступи по предлогу министарства. Ако јавна агенција не поступи по предлогу министарства, оно је дужно да оснивачу (Влади) предложи доношење *решења о обустави од извршења* прописа и на њему заснованих појединачних аката и *покретање поступка за оцењивање уставности и законитости прописа*. Ово решење о обустави од извршења прописа ступа на снагу кад се објави у "Службеном гласнику Републике Србије" али престаје да важи ако оснивач у наредних 15 дана не покрене поступак за оцењивање уставности и законитости прописа.

б) Други облик министарског надзора је надзор над радом и пословањем јавне агенције (члан 44.). Надзор над радом јавне агенције у повереним пословима државне управе врши надређено министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције.

Законито и наменско коришћење средстава јавне агенције и примену прописа којима се уређују јавне финансије и финансијско и рачуноводствено пословање надзире министарство надлежно за послове финансија.

Примену прописа о службеној употреби језика и писма, канцеларијском пословању, пословање са странкама и корисницима, као и ефикасност и ажурност решавања у управном поступку, стручну спремину запослених који решавају у управном поступку и овлашћења за решавање у управном поступку надзире министарство надлежно за послове управе.

Јавне агенције у парламентарним демократијама су примарно контролисане од стране надлежних министарстава, којима оне одговарају пре парламента. Тежиште је на политичкој контроли министарске бирократије јер у парламентарним демократијама постоји „индиретна контрола“ законодавног тела над агенцијама. Насупрот томе у САД Конгрес може вршити директну контролу над федералним агенцијама.

3. ОДНОС ВЛАДЕ И ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА

У транзиционим друштвима владе немају увек политичку вољу за имплементацијом независних регулаторних тела. За поједине владе чин је „политичког самоубиства“ да традиционални простор државне управе замене независним регулаторним телима.⁶

⁶ Миодраг Радојевић, „Независна (регулаторна) тела и институције у Србији“, *Српска политичка мисао*, Београд, бр. 4/2010. год. 17. vol. 30, 53-76.

У пракси функционисања управног система, агенције су део проблема дуплирања функција са министарствима, проблема њихове функционалне координације, што доприноси његовој комплексности. Стога се уношење реда у систем агенција, с дефинисањем начела и критеријума њиховог оснивања, организације и функција, као и потреба за рационалним трошењем јавног новца (рационализација јавног сектора), појавило као један од приоритета у многим управним системима. Постоји јасна тенденција и пракса да се дефинишу критеријуми за формирање агенција, с обзиром да оне расту као „печурке после кише“, дакле неконтролисано и најчешће на иницијативу политиког фактора. Друго, постоји тенденција дефинисања критеријума и за контролу агенција. Најзад, јасна је потреба да се редифинише делокруг постојећих тела концентрисањем сличних послова у агенцији или министарству (спајањем или повећавањем).

У Србији је, према *Закону о јавним агенцијама* (2005), Влада оснивач јавних агенција. Наиме, права оснивача у име Републике Србије врши Влада ако посебним законом није што друго одређено.⁷ Додуше, саме одлуке Влади предлаже министарство у чијем делокругу су послови јавне агенције. Тако да су одлуке и оноси Владе и агенција координисани од стране надлежних министарстава. То се види и по томе што уколико су послови јавне агенције у делокругу више министарстава, та министарства одлуке Влади предлажу, по правилу, споразумно.

Влада прибегава посебној врсти институционализоване оцене рада агенција. Влада даје сагласности на годишњи програм рада, на финансијски план јавне агенције и на друге акте одређене овим или посебним законом (члан 42).⁸ Најпре постоји и посебан облик превентивног надзора кроз праћење и оцену годишњег програма рада јавне агенције⁹ и финансијског плана (члан 45.). Наиме, управни одбор јавне агенције усваја и до 15. децембра текуће године подноси Влади као оснивачу на сагласност програм рада јавне агенције за наредну годину и финансијски план јавне агенције.

У оквиру *надзора над прописима* јавне агенције (члан 43.), Влада као оснивач јавне агенције је дужна на основу предлога надлежног министарства да

⁷ Међутим, постоје бројне и значајне јавне агенције које су основане пре али и после доношења Закона о јавним агенцијама (2005) од стране Народне скупштине. То су углавном независне регулаторне агенције, нпр. Агенција за борбу против корупције (2008), Републичка радиодифузна агенција (2002), Републичка агенција за поштанске услуге (2005) и др.

⁸ Закон о јавним агенцијама, „Службени гласник РС“, бр. 18/05.

⁹ Годишњим програмом рада се, сагласно акту о оснивању јавне агенције, одређују основни циљеви јавне агенције за наредну годину и начини њиховог постизања. Годишњи програм рада садржи и предлог мера за делотворнији рад и економичније коришћење средстава јавне агенције. Посебним законом или актом о оснивању јавна агенција може бити обавезана да годишњим програмом рада обухвати и друга питања значајна за њен рад.

донесе решење о обустави од извршења прописа и на њему заснованих појединачних аката. Надлежно министарство истовремено је дужно предложити Влади и *покретање поступка за оцењивање уставности и законитости прописа*. Међутим, услов за те владине мере јесте да јавна агенција није поступила по образложеном предлогу министарства о томе како да пропис усагласи са Уставом, законом, прописом или другим општим актом Народне скупштине и Владе.

Влада као оснивач јавних агенција у Републици Србији има и персоналну (кадровску) власт јер именује и разрешава главне органе агенције (управни одбор и директора). Наиме, Влада на предлог министарства у чијем делокругу су послови јавне агенције именује директора после спроведеног јавног конкурса. Јавни конкурс спроводи управни одбор (члан 24) и он формира листу кандидата коју подноси Влади. Предходно, Влада именује и чланове управног одбора. Поред именовања Влада и разрешава чланове управног одбора и директора јавне агенције.¹⁰

Закључак је да у односима са агенцијама Влада у Србији има кључну улогу најпре као њихов оснивач а и касније у надзорним поступцима. Нешто слично као председник у САД где на пример влада не постоји као структурирано политичко тело, већ је појединачно чине секретари именовани од стране председника. Секретари су одговорни председнику за управљање ресорима а први међу њима је државни секретар, заправо министар иностраних послова.

4. ОДНОС ПРЕДСЕДНИКА И ЈАВНИХ АГЕНЦИЈА

Председнику парламентарном систему нема посебну улогу у односима са јавним агенцијама. Међутим, у председничком систему улога председника је сасвим другачија и готово кључна. Председнички уставно-политички систем је утемељен на јасној подели власти. Три основне државне функције: законодавна, извршна и судска су јасно раздвојене. Свака власт независно врши свој део посла и колико је то могуће, равноправна је са остале две власти.

Све три гране власти су одвојене али су и истовремено једна другој кочница и равнотежа (check and balance) што води њиховој равноправности.¹¹

¹⁰Закон о јавним агенцијама, „Службенигласник РС“, бр. 18/05.

¹¹Један од твораца Устава САД, Џејмс Медисон (Madison) каже да „овлашћења која припадају једној грани власти не треба да потпуно и непосредно спроводе друге гране власти. Подједнако је јасно и то да ниједна од ових грана не би требало, ни посредно ни непосредно, да има преовлађујући утицај над другим гранама у вршењу њихових одговарајућих овлашћења. Нико не оспорава да свака власт по природи ствари

Систем у коме су гране власти независне, уравнотежене и међусобно контролисане представља превентиву злоупотребе власти. У пракси извршна власт је најактивнија, она води државу а персонализује је - председник државе.¹² Иако је водећа власт извршна, погрешно је овај систем схватити као "царски (империјални) президенцијализам"¹³ Председник управља државом и центар је власти, али не на рачун законодавства и судства. Политички активизам председника доводи га у посебан и директан однос са јавним агенцијама. Већина америчких председника гледала је на агенције као на своје „природне непријатеље“, покушавајући да пронађу најбољи начин за њихово потчињавање.¹⁴

У председничком систему председник има главно средство утицаја и контроле, које се састоји у томе да може да постави готово све шефове извршних агенција, односно руководеће службенике, који се налазе на челу агенција, додуше уз мишљење и уз одобрење Сената. Именовање нижих службеника, Конгрес законом може пренети на председника, редовне судове или старешине управних ресора.¹⁵ Председник може поставити отприлике 4.500 службеника у извршној власти и такође контролисати готово све федералне агенције. Иако председник нема потпуну самосталност у одабиру лица која поставља јер се у томе морају узети у обзир политичке странке, регионални приоритети и критеријуми етничког представништва, он има велику моћ над агенцијама. Често се законима ооснивању појединих независних агенција таксативно наводе разлози због којих члан руководећег одбора(комисије) може бити уклоњен са положаја пре истека мандата од

задире у туђе право али зато је треба спречити да не пређе утврђене границе.“ Александер Хамилтон, Џејмс Медисон, Џон Џеј, Федералистички списи, Београд: Радничка штампа, 1981, 335.

¹²Председника државе бира народ преко изборника (електора), на четири године, у највише два мандата. Ови избори су заправо непосредни па председник остварује директну везу са народним суверенитетом, што га ставља у исту раван са Конгресом. Стварни положај председника је неприкосновен јер је он "истовремено шеф државе и врховни командант оружаних снага, али и председник управне власти и владе. Он је истовремено шеф егзекутиве и целокупне администрације." Ј. Ћорђевић, Политички систем, Београд, 1988, 575. Председник сам успоставља "администрацију" (владу и "управу"), Слободан Орловић, *Начело поделе власти у уставном развоју Србије*, докторска дисертација, Нови Сад, 2007, 7.

¹³ Arthur M. Schlesinger Jr., *The Imperial Presidency*, Boston: Houghton Mifflin, 1974, 96.

¹⁴ Марко Давинић, *Концепција управног права САД*, Досије, Београд, 2004, 108.

¹⁵Међутим, у пракси се јавио проблем разликовања руководећих и нижих службеника, као и запослених. Критеријум за разликовање је обим и квалитет овлашћења које се остварују од стране руководећих лица за разлику од запослених, односно дужности и тиме анализом његовог правног статуса, као ко га смењује и сл.

стране председника САД.¹⁶ За разлику од постављања, председник је у пракси користио и овлашћење да смењује (отпушта) службенике врло често, налазећи правно утемељење у богатом прецедентном праву из ове области. Конгрес не може ограничити право председника да отпушта агенцијске службенике, а да при томе не повреди начело поделе власти утврђено Уставом. Међутим, пракса Врховног суда стоји на становишту да председник има право да по својој вољи отпушта службенике, који поседују чисто извршна овлашћења али да Конгрес може битно ограничити његово право да отпушта службенике који поседују квази-легислативна и квази-судска овлашћења у независним регулаторним агенцијама. У новије време право отпуштања службеника од стране председника, начелно је јако спорна и доведена је у питање, чиме је оснажено и проширено овлашћење Конгреса, да намеће ограничења председнику.¹⁷

Председник има и друге могућности да утиче на политику коју воде федералне владине агенције. Извршна служба (Executive Office of the President) – Бела кућа (White House), која промовише званичну политику председника, координира рад агенција.¹⁸ Она има у свом саставу две организације: Савет за националну безбедност (National Security Council) и Савет за економску политику (Economic Policy Council), које могу председнику сугерисати одлуке које утичу на независност агенција. Постоје и низ других организација које су кључни играчи у процесу доношења буџета као што је Служба управљања и буџета (Office of Management and

¹⁶Уставност таквог решења из *Закона о Савезној комисији за трговину* од 1914. године, у који је први пут унето, било је предмет спора *Humphrey's Executors v. United States* 1935. године пред Врховним судом САД, који је пресудио, насупрот ставу председника Рузвелта, да функционер независне регулаторне агенције може бити разрешен само из законом утврђених разлога. Branko Smerdel, *Evolucija predsjednicke vlade u Sjedinjenim Americkim Drzavama: kongresni veto (doktorska disertacija)*. Zagreb, 1984, 258. У образложењу пресуде, Врховни суд је између осталог навео да је Савезна комисија за трговину "административни орган, образован од стране Конгреса да спроводи законодавну политику садржану у актима Конгреса, у сагласности са стандардима који су у њима прописани, те да извршава друге предвиђене дужности као сарадник законодавства и судства ... Она врши своју надлежност без дозволе извршне власти и, у складу са законом, мора бити слободна од егзекутивне контроле ... те функционише једним делом као квазизаконодавни, а другим као квазисудски орган." Saul K. Padover, Jacob W. Landynski, *The Living US Constitution*, New York: New American Library, 1983, 126-129.

¹⁷ М. Давинић, *op. cit.*, 109.

¹⁸Ова служба је формирана 1939 за време председника Рузвелта, са намером да обезбеди координацију и контролу огромног броја агенција формираних у то време.

Budget), помоћу које председник остварује финансијску контролу над агенцијама.¹⁹

Такође, веома значајни инструмент којим председник усмерава рад агенција, представљају и извршне наредбе (executive orders), које амерички председници доста користе (преко 13.000 наредби од 1862. од када се први пут ове наредбе и помињу). Њима се регулишу различите области друштвеног живота, реорганизују агенције и усмерава њихова активност и др.

Поред наведених формалних средстава контроле агенција, председник у великој мери утиче на рад агенција и неформалним путем (нпр. контакти председника са челним људима агенција). Директан утицај председника на агенције у формирању политике је изузетак, и то због недостатка времена и презаузетости председника и његових сарадника, прописи и одлуке агенција могу бити контроверзни и неминовно долазити у сукоб са интересима изузетно јаких интересних група. Због тога је политички опортуним немешање у активности агенција, како би избегао евентуалну одговорност за последице таквих активности.

Формално, агенције се и даље налазе под контролом председника, захваљујући својим овлашћењима. Међутим, Конгрес је успео да се наметне као значајан субјект контроле агенција и зато у великој мери утиче на политику и активности ових органа. Постоји ривалитет између председника и Конгреса. Ниједан од њих није успео да обезбеди потпуну доминацију над агенцијама, које са своје стране морају служити два господара.²⁰

Од председника Џимија Картера (Jimmy Carter) успостављена је посебна контрола или тзв. регулаторни надзор (regulatory review) над јавним агенцијама. Иако јавне агенције имају изворна овлашћења у регулаторним питањима, под условима да их врше у складу са Законом о управном поступку (Administrative Procedures Act) председник је одувек желео да врши надзор над њиховим радом и посебно да има увид у могуће економске ефекте њихове регулативне функције. Ова врста контроле, за разлику од легислативног вета који има Конгрес, је превентивна (ex ante) и користи се да спречи такву регулаторну активност агенција која би имала штетне економске последице у будућности.

Најзад, један од најзначајнијих фактора који је у стању да ограничи аутономију јавних агенција је обилато коришћење система управљања у агенцијама које се заснива на перформансама (улози и резултатима) - performance management или управљање кроз учинке, односно контролом

¹⁹ K. Verhoest, S. van Thiel, G. Bouckaert, P. Laegreid, *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, 74. Ова служба надгледа трошкове агенција, њихову политику као и иницијативу за доношење нових прописа.

²⁰ М. Давинић, *op. cit.*, 109.

резултата. Он је формално уведен од стране администрације председника George W. Busha, доношењем посебног закона The Government Performance and Results Act (GPRA) од стране Конгреса. Иако је његова примена у почетку била доста симплификована, била је довољна да се изврши притисак на поједине агенције и тако редукује њихова слобода поступања.

4. *Персонални или кадровски утицај.* По правилу, парламент врши избор и разрешење органа независних регулаторних тела. Међутим, у неким државама персонална власт припада другим државним органима, који су углавном лоцирани у извршној власти, као што је то Влада (Србија) или председник државе (САД). Ови органи извршне власти као оснивачи јавне агенције именују и разрешавају чланове управног одбора и директора јавне агенције.

6. ЗАКЉУЧАК

Велики је проблем непостојање адекватног механизма контроле над радом јавних агенција од стране министарстава, владе и скупштине. Такође, у неким ситуацијама оснивање агенција доводи до паралелизма институција на истом државно-правном и политичком нивоу, што се нарочито у економском и финансијском смислу, показало као нецелисходно решење. Такво стање има за последицу поновно јачања утицаја министарстава и департмана и њихове контроле над агенцијама, којима је предходно била знатна аутономија.

Контролу политичког утицаја можемо постићи путем појашњења правног положаја јавних агенција. Поред недостатака у нормативном оквиру, техничке препреке и политички притисци отежавају функционисање јавних агенција. Са становишта поштовања начела владавине права, неопходно је изменити правне прописе и створити услове за несметано деловање независних регулаторних тела и других врста јавних агенција. Стога, у будућим нормативним решењима, треба јасније одредити статус различитих врста агенција (оних унутар државне структуре и оних ван ње), а посебно оних које врше регулаторну функцију.

Jelena VUČKOVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

EXECUTIVE POWER AND PUBLIC AGENCIES

Summary

There are various political factors which affect public agencies in the arena of political institutions. Existence and functioning of public agency assumes an active role for all three branches of state government. In the most of administrative systems, the question of control over the agencies is associated with the control that is exercised by ministries. The government resorts to a special kind of institutionalized reviews of the agencies. President in the parliamentary system has a special role in relation with public agencies. However, in a presidential system, the role of the president is quite different and almost essential. The big problem is the lack of a proper mechanism of control over the activities of public agencies performed by ministries, governments and parliament. Control of political influence can be achieved through clarification of the legal position of public agencies. In future normative solutions, should more clearly define the status of different types of agencies (those within government structures and those outside), especially those that perform the regulatory function.

Keywords: *public agencies, control, ministries, government, president.*

ЛИТЕРАТУРА

- Bouckaert Geert, Peters Guy B., What is Available and What is Missing in The Study of Quangos, in: Christopher Pollit and Colin Talbot (eds): *Unbundled Government - A Critical Analysis of the global trend to agencies, quangos, and contractualisation*. New York: Routledge, Taylor & Francis Group, 2004;
- Verhoest Koen, Thiel Sandra van, Bouckaert Geert, Laegreid Per, *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011;
- Давинић Марко, *Концепција управног права САД*, Досије, Београд, 2004;
- Ђорђевић Јован, *Политички систем*, Београд, 1988;
- Орловић Слободан, *Начело поделе власти у уставно мразвоју Србије*, докторска дисертација, Нови Сад, 2007;
- Padover Saul K., Jacob W. Landynski Jacob W, *The Living US Constitution*, NewYork: New American Library, 1983;
- Smerdel Branko, *Evolucija predsjednicke vlade u Sjedinjenim Americkim Drzavama: kongresni veto (doktorska disertacija)*. Zagreb, 1984;
- Schlesinger Jr. Arthur M., *The Imperial Presidency*, Boston: Houghton Mifflin, 1974;
- Хамилтон Александер, Медисон Џејмс, Џеј Џон, *Федералистички списи*, Београд: Радничка штампа, 1981.

Др Владимир ЂУРИЋ*

УСТАВНИ ИДЕНТИТЕТ СРБИЈЕ У КОНТЕКСТУ ЕВРОПСКИХ ИНТЕГРАЦИЈА И УСТАВНИХ ПРОМЕНА

Апстракт: Овај рад бави се питањем уставног идентитета Србије у контексту европских интеграција и уставних промена. Након теоријске анализе појма уставног идентитета, указано је на елементе уставног идентитета Србије који онемогућавају делимичну промену њеног Устава. Будући да право ЕУ обавезује Унију да поштује идентитете држава чланица и имајући у виду да је Србија заснована и на припадности европским принципима и вредностима, било какав вид нарушавања основних елемената уставног идентитета Србије зарад европских интеграција, без обзира да ли до њега дошло у форми делимичне промене Устава, или неког вида правно обавезујућег споразума, не би био уставноправно прихватљив.

Кључне речи: *уставни идентитет, ЕУ интеграције, промене устава, Србија*

1. УВОД

Процес европских интеграција, у својим правним и политичким аспектима, као и питање (делимичне) промене устава у суштинској су вези са појмом и правним значајем уставног идентитета. Будући да је Република Србија стратешки опредељена за чланство у ЕУ, као и да се у домаћој правној и политичкој јавности све чешће износе ставови у прилог промене Устава, намеће се потреба анализе уставног идентитета Србије у контексту тих, донекле конвергентних, опредељења и ставова. Чини се да је први корак у таквој анализи одређивање појма уставни идентитет.

* Научни сарадник, Институт за упоредно право, Београд
vdjuric12@gmail.com

2. УСТАВНИ ИДЕНТИТЕТ

Питање идентитета политичке заједнице настало је са самим почецима политичке филозофије. Још је Аристотел у својој Политици поставио питање према ком начелу се може утврдити и рећи да је држава задржала, или обрнуто, да је изгубила свој идентитет.¹ У уставноправној науци питање идентитета делимично је разматрано између два светска рата у контексту теоријских расправа о променама устава и правном домашају одредби о забранама промене устава. Поједини француски правни теоретичари заступали су својеврсну *доктрину уставног скептицизма* која је нерадо прихватала постојање материјалних ограничења ревизионе власти и чији је приступ уставу био чисто формалан, па су, следствено томе, одбацивали правну дистинкцију између иницијалног доношења устава и његових промена, као и постојање било какве супра-уставности истицавши да је власт промене устава „место где, по праву, демократија може да се изрази без подела“, а власт промене устава је „израз суверености“, тако да су за њих одредбе о непроменљивости устава представљале „пуке жеље без обавезне правне снаге за наследнике уставотврца“² Са друге стране, Карл Шмит је писао да границе овлашћења за промену постојећег устава леже у правилном разумевању концепта промене устава који, по њему, суштински подразумева измене и допуне (делимичну промену устава), па се, следствено томе, ово овлашћење може вршити само под претпоставком да су *идентитет и континуитет устава као целине* очувани, односно да оно не значи власт успостављања новог устава, нити власт промене правне основе за вршење ове надлежности.³ У савремено доба у правној науци национални идентитет као правна категорија, побуђује посебну пажњу у контексту европских интеграција, док уставни идентитет у фокус интересовања долази након чувене одлуке немачког Савезног уставног суда о Лисабонском уговору.⁴ Било како било, појам уставни идентитет се у конституционалистичкој теорији и савременој уставносудској пракси користи у вези са две групе, међусобно прожетих, питања – трансфером суверених права на супранационалне организације и променама устава. Будући да је предмет овог рада разматрање уставног идентитета Србије у контексту тих питања, најпре је потребно одредити позитивноправни развитак и само значење појма уставни идентитет.

Идентитет је не само филозофска категорија, већ и појам који се користи у психологији, математици и друштвеним наукама. У најширем

¹ Аристотел, *Политика*, Бигз, Београд, 2003, 62.

² J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, 1933, 231.

³ C. Schmitt, *Constitutional Theory*, 2008, 150.

⁴ BVerfG 30 June 2009, 2 BvE 2/08

смислу, појмом идентитет могла би се означити подударност, једнакост, истоветност, али и индивидуалност, персоналитет, самосвојност. Тако схваћен, идентитет заправо има два значења – дијахроно под којим се разуме «трајност кроз време», односно континуитет и синхроно које подразумева одвојену и аутономну индивидуалност.⁵ Иако су изложени аспекти појма идентитет различити, реч је о лицу и наличију истог појма.

Временом, као што је истакнуто, идентитет постаје и правна категорија и то како у теоријскоправном смислу, тако и као категорија позитивног права. Позитивно право многих држава уређује различите аспекте идентитета, не само индивидуалног, већ и групног. У контексту европских интеграција, категорија позитивног права постају национални и уставни идентитет држава. Чланом Ф Мастрихтског споразума било је предвиђено да Унија поштује националне идентитете својих држава чланица. Амстердамски споразум је чланом 6. ст.1. и 3. предвидео да је Унија заснована на принципима заједничким државама чланицама у које су уврштени слобода, демократија, поштовање људских права и основних слобода и владавина права, као и да ће Унија поштовати националне идентитете својих држава чланица. У теорији је истакнуто да се изложена одредба може сматрати за својеврсни уставни *volte face* јер је Уговор који је од Заједнице окренуо главу даље од држава чланица, лишавајући их њихове суверене суштине, ипак признао да је Унија на њима заснована, чиме је, уместо да иде корак даље, од држава чланица начинио уставни основ, предвиђајући штавише да се њихови различити идентитети морају пре поштовати, него превазићи.⁶ Лисабонски уговор је променио уговорну одредбу којом је предвиђено поштовање националних идентитета. Чланом 4. ст.2. Уговора прописано је да ће Унија поштовати једнакост држава пред уговорима, као и њихове националне идентитете *инхерентне њиховим основним структурама, политичким и уставним*, укључујући регионалну и локалну самоуправу.

Пажљивије сагледавање и упоређивање одредби европских уговора о националном идентитету омогућава да се уочи неколико веома важних показатеља. Најпре, у одредбама се користи множина за означавање „националних идентитета“ које Унија поштује. Множина која се користи *prima facie* изражава плуралитет идентитета држава чланица Уније. Међутим, коришћење појма национални идентитет у множини омогућава и тумачење према коме се тај појам не односи (само) на *државни* идентитет,

⁵ Beller Manfred, Leerssen Joep, *Imagology: The Cultural Construction And Literary Representation Of National Characters: A Critical Survey*, Rodopi Publishers, Amsterdam/New York, 2007, 335- 342.

⁶ Besselink Leonard, „National and Constitutional Identity Before and After Lisbon“, *Utrecht Law Review*, Vol. 6, 2010, 41.

већ да се под њим могу подразумевати (и) национални идентитети у *оквиру државе*. Многе државе чланице Европске Уније су мултинационалне, у многим од њих историјски и у савремено доба постоје националне мањине за које се такође, са времена на време, користи израз нација у етничком смислу. Дакле, ако у држави може да постоји више идентитета, онда је јасно да идентитет државе чланице може да буде мултинационални, односно мултикултурни, што води закључку да је једна димензија поштовања националног идентитета, заправо поштовање културног идентитета, односно да је *културни идентитет део националног идентитета*.⁷ У Преамбули Споразума јасно се наглашава да стране уговорнице закључују споразум желећи да продубе солидарност између својих народа, поштујући њихову историју, културу и традиције. Имајући у виду изложену одредбу Преамбуле, јасно може да се стане на становиште да у национални идентитет не спада само културни идентитет, *stricto sensu*, већ да га чине и историја и традиције.

Иако су одредбе Мастрихтског и Лисабонског споразума *prima facie* истоветне, оне се садржински ипак разликују. Док Мастрихтски и Амстердамски споразум предвиђају поштовање националних идентитета, у Лисабонском споразуму се говори о националним идентитетима *инхерентним основним политичким и уставним структурама*, укључујући регионалну и локалну самоуправу. То води несумњивом закључку да је политички и уставни аспект идентитета израженији у Лисабонском споразуму, тако да се у њему, у мери у којој се усредсређује на државне структуре, може уочити промена у фокусу са националног идентитета, као таквог, на *уставни идентитет*. Разуме се да уставни идентитет није у свему лишен компоненти националног идентитета, односно да и уставни идентитет може да садржи националну димензију. Структуре многих уставних аранжмана суштински су израз културних феномена. Тако, позивање у истој одредби Споразума на регионалну и локалну самоуправу, сасвим сигурно не искључује регионалну и локалну самоуправу уставно дизајнирану према утицају културних и националних посебности.⁸

Уврштавање појмова национални и уставни идентитет у позитивноправне акте примарног права ЕУ наметнуло је потребу јаснијег

⁷ Иначе у теорији се указује на могућност схватања према којима је од Лисабонског споразума умањен практични значај културног идентитета као дела националног идентитета јер Лисабонски споразум садржи члан 3. којим је предвиђено да ће Европска Унија поштовати своје богате културне и језичке разноликости и да ће обезбедити очување и унапређење европског културног наслеђа што може да води закључку да посебне одредбе о поштовању културне различитости указују на праву диференцијацију културног и националног идентитета држава. *Ibid.*

⁸ *Ibid.*, 44.

тумачења њиховог значења. У старијој литератури национални идентитет повезиван је са националним карактеристикама, са заједничким менталним предиспозицијама индивидуа које припадају истом народу, што се у крајњој линији није сводило на њихово заједничко припадање држави, већ на њихове заједничке обичаје, традицију и културу. У савременој литератури, у историографским, културолошким и политиколошким научним анализама, концепт националног идентитета не односи се на објективне, емпиријски мерљиве карактеристике, већ на субјективне перцепције и осећаје, на слике, наративе и конструкције са којима се индивидуе идентификују. Другим речима, националност није питање идентитета, већ *идентификације*.⁹ У политиколошком смислу, ако се нација одређена као *demos*, а не *ethnos*, схвати као доносилац устава, онда се концепт националног идентитета везује и трансформише у концепт уставног идентитета.

Шта је уставни идентитет? Савезни уставни суд СР Немачке у својој знаменитој одлуци одређује уставни идентитет као *неповредиво језгро садржине устава*.¹⁰ У појединим радовима истиче се шири приступ према коме устав свој идентитет стиче кроз искуство. Идентитет устава, према таквом приступу, не постоји (само) као предмет проналаска, односно није суштина уграђена у културу једног друштва која само треба да буде откривена, већ се појављује дијалогски и представља мешавину политичких аспирација и обавеза које су карактеристичне за прошлост једне нације, са једне, и одређивање оних у друштву који теже да ту прошлост, на изврстан начин, превазиђу, са друге стране.¹¹ Суштину таквог приступа чини заправо већ истакнута дихотомија оличена у два аспекта сваког, па и уставног, идентитета – континуитету и откривању, односно проналажењу и самоизбору сопствене суштине. Континуитет подразумева прескрипцију, а колективна сећања која постоје као део културног персоналитета једне нације чине језгро уставног идентитета, који се не установљава деловањем апстрактног мишљења, већ се развија временом еволуирајући упоредо са навикама и искуствима политичке заједнице. Са друге стране, откривање, односно проналажење као елемент уставног идентитета подразумева да је оно што је установљено истовремено и променљиво. У том смислу, уставни идентитет је како откривен, тако и осмишљен.¹²

Као што је истакнуто, појам уставни идентитет се у конституционалистичкој теорији и савременој уставносудској пракси

⁹ Leerssen Joep, *National Thought in Europe. A Cultural History*, AUP, Amsterdam 2006, 230.

¹⁰ BVerfG 30 June 2009, 2 BvE 2/08, par. 240

¹¹ Jacobsohn Gary Jeffrey, „Constitutional Identity“, *The Review of Politics*, Vol.68/2006, 363.

¹² *Ibid*, 372-375.

користи не само у вези са питањем наднационалних интеграција, већ и у вези с променама устава, односно у вези с доктрином неуставних уставних норми. У савременим радовима указује се да се усвајању значајне и далекосежне уставне промене може приговорити уколико садржај такве промене имплицира, односно задире у питање уставног идентитета и да, стога, уставне промене (амандмани) могу да буду проблематичне на два начина: да подривају суштину уставне владе у чјем су самом језгру владавина права и независно судство и да суштински трансформишу или негирају фундаменталну политичку обавезу уставног поретка која је била од централне важности за национално саморазумевање *demos*-а.¹³ Доктрина неуставних уставних норми, по њиховим поборницима, настоји да сачува легитимност, бранећи оне вредности и начела која устав сматра фундаменталним, тако да се у овој доктрини у једно спајају концепти фундаменталне легитимације и конституционалности.¹⁴ У најновијим обимним теоријским студијама посвећеним питању неуставних уставних промена, објашњење обавезности уставних одредби о непроменљивости смешта се у матрицу поделе уставотворне власти на *примарну уставотворну власт* која је власт успостављања политичког поретка и његових основних принципа и која се манифестује као демократско појављивање народне суверености у изузетним уставним моментима, са једне, и *секундарне*, од примарне делегиране и опуномоћене, уставотворне власти која је *sui generis* власт вршења измена и допуна устава, али ипак (правом) дефинисана и као таква ограничена, са друге стране. Непроменљивост ограничава ревизиону власт да промени одређене уставне темеље што изражава схватање да устав чине и одређена начела која опредељују његов идентитет. Такав се приступ означава се као *темељни структурализам*.¹⁵ Важно је истаћи да је концепција уставног идентитета и идеја о могућности да уставне промене нарушавају начела која га опредељују шира и од изричито предвиђених

¹³ G. J. Jacobsohn, *Constitutional Identity*, 2010, 70.

¹⁴ Contribution to the Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in Slovenia by Peter Jambrek in collaboration with Klemen Jaklič, toč. 19., у: *Opinion of the Venice Commission on the Constitutional Amendments Concerning Legislative Election in the Republic of Slovenia*, CDL-INF(2000)13, Strasbourg, 16 October 2000.

¹⁵ Y. Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014 <http://etheses.lse.ac.uk/915/>. Без обзира што у идеји о неуставним уставним нормама, на први поглед, има нечег парадоксалног, овај аутор истиче да је један од одговора на негирање важности уставом предвиђене непроменљивост управо *reductio ad absurdum* таквог негирања, јер би, у противном, власт која врши промене устава (измене и допуне) могла да уништи устав.

забрана промене устава и да наговештава могућност да се уставне промене могу сматрати неуставним чак и у системима који не познају забране промене устава, као и да се могу оцењивати са становишта имплицитних уставних ограничења, па чак и супраконституционалних принципа. Са друге пак стране, у оквиру *нормативистичког приступа* читавај проблематици, прихвата се да је питање уставног полиморфизма, схваћеног као диверсификација његове формализације, односно, у једном виду, као формално разликовање поступака његове промене (неједнаки полиморфизам) чија једна од последица може да буде и забрана промене устава (негативни неједнаки полиморфизам), заправо питање позитивног уставног права, тако да је питање домашаја уставних забрана, односно да ли полиморфизам у продукцији права резултира и полиморфизмом у дерогацији права, очигледно питање тумачења позитивног уставног права.¹⁶ Другим речима, различити приступи темељног структурализма и нормативизма питању уставног идентитета и (не)уставних промена свде се на дилему да ли темељни принципи који могу бити и супраконституционалног карактера опредељују уставни идентитет који онемогућава промене устава, или је пак уставни идентитет одређен искључиво изричито прописаним забранама промене устава.

На страницама које следе размотриће се чиме је опредељен уставни идентитет Србије и на који начин и у којој мери он треба да буде узет у разматрање у правним аспектима евентуалних уставних промена и евроинтеграционим процесима.

3. УСТАВНИ ИДЕНТИТЕТ СРБИЈЕ И ПИТАЊА ПРОМЕНЕ УСТАВА И ЕВРОИНТЕГРАЦИЈА

Устав Републике Србије садржи само једну изричито предвиђену забрану сопствене промене. У члану 204. чији је рубрум „Забрана промене Устава“ предвиђено је да Устав не може да буде промењен за време ратног или ванредног стања. Уколико би се у анализи уставног идентитета Србије пошло од нормативистичког стајалишта према којем је идентитет устава опредељен изричито прописаним забранама промене, утолико би се могло закључити да уставни идентитет Србије не постоји, или да може опстати једино у ратном или ванредном стању. Разуме се да изложени *reductio ad absurdum* ствара основ за другачије тумачење. У том смислу, чини се да су у одредбама Устава садржана и друга ограничења уставних промена. Реч је

¹⁶ O. Pfersmann, „Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 67/2012, 95-98.

како о ограничењима која су изричито прописана, тако и онима која су имплицитна, односно која се могу извести из Устава, уколико се он схвата као структурално јединство и хијерархијски скуп начела и одредби, а на основу којих би се могли одредити суштински елементи уставног идентитета Србије.

Осим одредбе чл.204, Устав у члану 20. ст. 2. изричито прописује да се *достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати*. У изложеној одредби посебну пажњу завређује појам „ниво“ и његово коришћење у контексту људских и мањинских права, јер од схватања тог појма зависи правна природа и домашај његовог, императивним изражавањем, спреченог смањивања у погледу људских и мањинских права. Будући да се изложена одредба налази у оквиру члана чији је рубрум „Ограничења људских и мањинских права“ које се према ст.1. тог члана врши законом, *prima facie* би се могло стати на становиште да њен смисао није да онемогући уставне промене људских и мањинских права, већ да, у случају њиховог законског ограничавања, онемогући умањење садржине и суштине зајамчених права. Такав закључак подржава одредба чл. 203. ст.7. Устава према којој се промена Устава може односити на људска и мањинска права, као и одредба чл. 18. ст.2. према којој се законом може прописати начин остваривања Уставом зајамчених права, при чему закон не сме да утиче на суштину зајамченог права. Другим речима, појам „ниво“ из чл.20.ст.2. могао би се односити на садржину и суштину права. У појединим коментарима Устава истиче се, међутим, да се овом заштитном клаузулом гарантује заштита *статуса* слобода и права које грађани већ ефективно уживају.¹⁷ Међутим, пажљивијим читањем одредбе чл.20.ст.2. може се уочити да се појам „ниво“ користи у једнини, односно да се не односи на свако појединачно Уставом зајамчено право, већ на сва права заједно. У том смислу, уставно искључење смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права може се односити и на сва права заједно, што, доследно изведено, води закључку да је уставотворац имао у виду онемогућавање промене устава која би се састојала у умањивању и укидању људских и мањинских права. Такво тумачење је компатибилно са начелном уставном могућношћу да људска и мањинска права буду предмет промене Устава, јер се у одредби Устава којом је таква могућност предвиђена говори о промени која се *односи* на људска и мањинска права. Могућност да се промена Устава односи на људска и мањинска права не мора нужно да значи да је свака промена људских и мањинских права дозвољена. Уосталом, ако се сматра да се уставно спречавање смањивања достигнутог нивоа људских и мањинских права односи на законско ограничење ових права, утолико се на основу

¹⁷ М. Пајванчић, *Коментар Устава Републике Србије*, Београд, 2009, 32.

argumentum a maiore ad minus може стати на становиште да се односи и на њихово уставно ограничавање, односно умањивање и укидање. Дакле, уставна одредба према којој се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати треба да буде тумачена као уставна забрана промена Устава које представљају умањење или укидање људских и мањинских права.¹⁸ Уставно опредељивање људских (недостаје и мањинских!) права као *неотуђивих* у чл.3. Устава потврђује изложено тумачење.

На неотуђивим људским правима, према чл.3.ст.1. Устава, почива владавина права. У истој уставној одреби владавина права се одређује као *основна претпоставка Устава*. У коментарима Устава истакнуто је да је наведена одредба илустративан пример конфузног правила које замењује места узроку и последици, јер је однос између појмова владавине права и устава управо обрнут.¹⁹ Уз делимично разумевање изложене критике, ипак се у тумачењу изложене одредбе може стати на становиште да уколико је један појам одређен као претпоставка Устава, утолико му он, *као полазна основа, претходи*, чини његово *теоријско и филозофско исходиште и утемељење*. Тако схваћена, владавина права је *condition sine qua non* Устава, па стога не могу да буду допуштене уставне промене које би је угрозиле, или онемогућиле. Будући да је владавину права одредио као (пред)услов Устава, уставотворац је њеним поштовањем условио све будуће уставне промене.

Према члану 1. Устава, Република Србија је држава која је, између осталог, заснована на начелима грађанске демократије. Сувереност грађана и облици демократије у којима је они врше (референдум, народна иницијатива и преко слободно изабраних представника) чине једну од темељних вредности уставног поретка коју Устав штити изричито забрањујући у чл.2.ст.2. државним органима, политичким организацијама, групама или појединцима да присвоје сувереност од грађана.²⁰ У том смислу, сувереност је *неприсвојива*, заправо *неотуђива*. Ако је тачно да је сувереност од грађана неприсвојива и неотуђива, онда би се могло резоновати да се ни сами грађани не би могли одрећи суверености тако што би је препустили онима који не смеју да је присвоје, чак ни у случају да када у поступку уставних промена, одлучују о карактеру и устројству политичке заједнице. Уставна забрана успостављања власти мимо слободно изражене воље грађана значи и да се грађани не могу, макар и слободно, одрећи права да ту вољу, у циљу успостављања власти, слободно изражавају. У том смислу, промене (измене и допуне) устава које би нарушавале начела грађанске демократије на којима

¹⁸ У компаративном уставном праву поједине забране промена устава управо се односе на забрану укидања или умањења људских права и слобода, а одредба Устава која се овде анализира конципирана је слично тим забранама.

¹⁹ М. Пајванчић, *op.cit.*, 15.

²⁰ *Ibid*, 14.

је држава заснована подриле би саме темеље државе, тако да након таквих промена не само њен устав, већ ни она сама више не би били исти. Другим речима, Устав је, у погледу начела демократије, имплицирао ограничења сопствене промене.

Владавина права, као предуслов Устава, и начела демократије, као темељна вредност, суштински опредељују уставни идентитет Републике Србије. Конституционално посматрано, Србија је демократска правна држава. Но, то нису једини и искључиви елементи њеног уставног идентитета. Уставни идентитет Републике Србије одређен је и полазним основама на којима је Устав донесен. Према преамбули, грађани су Устав донели полазећи од државне традиције српског народа и равноправности свих грађана и етничких заједница. Док је равноправност грађана и етничких заједница обезбеђена уставним одредбама о људским и мањинским правима чији се достигнути ниво не може смањивати, дотле је уставноправна укорененост Републике Србије у државној традицији српског народа оличена у називу државе, њеној независности, јединству и недељивости њене територије, као и у језику и писму који су у службеној употреби. Било каква промена наведених елемената, пре би подразумевала свеобухватну уставну изградњу, заправо разградњу, него промену која би се састојала у изменама и допунама постојећег Устава. Измене и допуне Устава које би се односиле на одредбе које регулишу наведена питања, свакако не би могле да очувају уставни идентитет државе, јер променама наведених елемената засигурно више не бисмо живели под истим Уставом. Другим речима, деривативна уставотворна власт не би могла да одступи од државног, а тиме и од сопственог идентитета. Уставни континуитет подразумева поштовање уставног идентитета.

Судећи према преамбули, полазна основа за доношење Устава, била је и чињеница да је Покрајина Косово и Метохија саставни део територије Србије и да има положај суштинске аутономије у оквиру суверене државе Србије. Изложено одређење наишло је на критике у делу домаће правне науке, јер представља поруку која не може произвести никакве правне ефекте, нарочито због тога што се правно не може правдати употреба израза „суштинска аутономија“ који нема одређено значење и који, штавише, може имати супротно значење од оног које му се хтело дати.²¹ Док се критика усмерена на коришћење неадекватних појмова начелно може прихватити, остаје отворено питање да ли ова „порука“ заиста остаје без правних ефеката? Будући да је чл. 182. ст.2. предвиђено да ће се суштинска аутономија Косова и Метохије уредити посебним законом који се доноси по

²¹ Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2, 2006, 8-9.

поступку предвиђеном за промену Устава, чини се да та „порука“ ипак има свој правни ефекат. Имајући у виду да су за промену Устава прописана два различита поступка, поставља се питање, по којем поступку би се одлучивало о усвајању закона који регулише суштинску аутономију Аутономне покрајине Косово и Метохија? Будући да је одредба која регулише усвајање овог закона сврстана у поглавље о територијалној организацији и да Устав не помиње територијалну организацију као питање о којем се, у поступку ревизије Устава, мора расписати обавезни накнадни уставни референдум, поједини аутори закључују да се овај закон доноси по процедури за промену Устава која не предвиђа обавезни, већ факултативни уставни референдум.²² Са друге стране, може се поставити питање да ли би закон који би ишао ван оквира суштинске аутономије последично мењао и преамбулу и друге делове Устава и на тај начин за своје доношење изискивао поступак за промену Устава који предвиђа обавезни референдум? Несумњиво је да „суштинска аутономија“, иако представља појам који у правној теорији нема јасно одређено значење, намеће и извесно ограничење будућих промена Устава у материјалном смислу, јер Устав очигледно не прихвата аутономију која би задржала у постојеће државно уређење Републике, односно која би нарушила јединство и недељивост територије (чл.8.ст.1.) и јединство правног поретка (чл.194.ст.1), односно која би представљала својеврсну федерализацију државе.

Према чл. 1. Устава, Република Србија заснована је и на припадности европским принципима и вредностима. Иако немају јасно утврђено правно значење и домаћај, већ представљају програмско-декларативну одредницу која и у Уставу треба да означи начелну опредељеност државе за евроинтеграције, „европски принципи и вредности“ могу да буду од значаја управо за тумачење појединих правних аспеката процеса евроинтеграција. Из тога јасно следи да би евентуално успешно одвијање процеса евроинтеграција, са једне стране, наметало потребу промене Устава која би омогућила трансфер суверених права на ЕУ, а што је била пракса у државама кандидатима које су јој приступиле, док би, са друге стране, било нужно да се такав процес, у свим својим фазама, укључујући и евентуалну промену Устава која би створила правни основ за пренос суверених права, управо зарад поштовања европских принципа и вредности, не одвија на уштрб поштовања једнакост Републике Србије са другим државама чланицама, као и њеног националног идентитета *инхерентног њеној основној политичкој и уставној структури*. У том смислу, било какав вид нарушавања основних елемената уставног идентитета Србије зарад европских интеграција, без

²² М. Пајванчић, *op.cit.*, 235.

обзира да ли до њега дошло у форми делимичне промене Устава, или неког вида правно обавезујућег споразума, не и био прихватљив.

4. ЗАКЉУЧАК

Идентитет је не само теоријскоправна, већ и категорија позитивног права. Позитивно право многих држава уређује различите аспекте идентитета, како индивидуалног, тако и групног, док, у контексту европских интеграција, категорија позитивног права постају и национални и уставни идентитет држава. Процес европских интеграција одвијао се уз поштовање идентитета држава чланица. Сви релевантни акти примарног права ЕУ, нормативно посматрано, садрже одредбе о поштовању националног идентитета држава чланица, али се фокус постепено померио. Наиме, Мастрихтски и Амстердамски споразум предвиђали су поштовање националних идентитета, док се у Лисабонском споразуму говори о националним идентитетима *инхерентним основним политичким и уставним структурама*. Филозофски и политиколошки посматрано, уставни идентитет је дијалoшка категорија која представља мешавину политичких аспирација и обавеза које су карактеристичне за прошлост једне нације и одређивања оних у друштву који теже да ту прошлост, на изванредан начин, превазиђу. У правном смислу, уставни идентитет се може одредити као неповредиво језгро садржине устава, односно као суштина уставне владе у којој су самом језгру владавина права и фундаментална политичка обавеза уставног поретка која је била од централне важности за национално саморазумевање *demos*-а. У том смислу, уставни идентитет се у конституционалистичкој теорији и савременој уставносудској пракси користи не само у вези са питањем наднационалних интеграција, већ и у вези с променама устава, било да се у оквиру приступа темељног структурализма сматра категоријом која онемогућава промену устава, а која се одређује уз помоћ темељних принципа који могу бити и супраконституционалног карактера, било да се, у оквиру нормативистичког приступа, одређује искључиво изричито прописаним забранама промене устава.

У одредбама Устава Републике Србије садржана су ограничења уставних промена, како она која су изричито прописана, тако и она која су имплицитна, односно која се могу извести из Устава, уколико се он схвата као структурално јединство и хијерархијски скуп начела и одредби, а на основу којих би се могли одредити суштински елементи уставног идентитета Србије. Уставни идентитет Републике Србије одређен је неутуђивим људским и мањинским права на којима почива владавина права као предуслов Устава, начелима грађанске демократије као темељном вредношћу Устава, укорењеношћу Републике Србије у државној традицији

српског народа што се нормативно изражава у називу државе, њеној независности, јединству и недељивости њене територије, језику и писму који су у службеној употреби, као и у суштинској аутономији аутономне покрајине Косово и Метохија која не сме да наруши јединство и недељивост државне територије. Будући да је према чл. 1. Устава, Република Србија заснована и на припадности европским принципима и вредностима било какав вид нарушавања основних елемената уставног идентитета Србије зарад европских интеграција, без обзира да ли до њега дошло у форми делимичне промене Устава, или неког вида правно обавезујућег споразума, не би био уставноправно прихватљив.

Vladimir ĐURIĆ, Ph.D.

Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

THE CONSTITUTIONAL IDENTITY OF THE REPUBLIC OF SERBIA IN
THE CONTEXT OF EUROPEAN INTEGRATION AND CONSTITUTIONAL
CHANGES

Summary

This paper deals with the question of the constitutional identity of the Republic of Serbia in the context of European integration and constitutional changes. After a theoretical analysis of the concept of constitutional identity, the elements of the constitutional identity of Serbia which prevent partial changes of its Constitution are highlighted. Since EU law obliges the Union to respect the identities of the Member States and bearing in mind that Serbia is based on the commitment to the European principles and values, any kind of distortion of the basic elements of the constitutional identity of Serbia for the purpose of European integration wouldn't be constitutionally acceptable, regardless of it occurring in the form of partial changes of the Constitution, or some form of legally binding agreement.

Keywords: *constitutional identity, EU integration, constitutional changes, Serbia*

ЛИТЕРАТУРА

1. Аристотел, *Политика*, Бигз, Београд 2003.
2. Barthélemy J., Duez P, *Traité de droit constitutionnel*, 1933.
3. Beller M, Leerssen J, *Imagology: The Cultural Construction And Literary Representation Of National Characters: A Critical Survey*, Rodopi Publishers, Amsterdam/New York, 2007.
4. Besselink L, National and Constitutional Identity Before and After Lisabon, *Utrecht Law Review*, Vol.6/2010
5. Jacobsohn G. J, Constitutional Identity, *The Review of Politics*, Vol.68/2006
6. Jacobsohn G. J, *Constitutional Identity*, 2010.
7. Leerssen J, *National Thought in Europe. A Cultural History*, AUP, Amsterdam 2006
8. Марковић Р, Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед, *Анали Правног факултета у Београду*, бр.2/2006
9. Пајванчић М, Коментар Устава Републике Србије, Београд 2009.
10. Pfersmann O, „Unconstitutional Constitutional Amendments: A Normativist Approach“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 67/2012
11. Roznai Y., *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers*, A thesis submitted to the Department of Law of the London School of Economics for the degree of Doctor of Philosophy, London, February 2014 <http://etheses.lse.ac.uk/915/>
12. Schmitt C., *Constitutional Theory*, 2008.

Саво МАНОЈЛОВИЋ*

ЉУДСКА ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ИЗМЕЂУ УСТАВНИХ И МЕЂУНАРОДНИХ ГАРАНЦИЈА

Апстракт: Повратак либералној уставности у великој мери униформисао је концепције људских права. Такође међународне институције, резолуције и документа, а нарочито у европском културном простору треба издвојити Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, као и праксу Европског суда за људска права додатно су допринела стандардизацији људских права. У Србији је уочено различито дефинисање права на делотворно (правно) средство, права на имовину и права на негативну слободу удруживања.

У односу на Конвенцију, наведена права су гарантована на знатно већем нивоу, али у самој пракси степен њиховог остваривања је на знатно слабијем нивоу. У раду се анализирају узроци и мотиви ове појаве, као и предлажу конкретна *de lege ferenda* решења.

Кључне речи: *Људска права. Уставни суд. Европски суд за људска права. Право на имовину. Право на делотворно правно средство. Слобода удруживања.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Питање људских права из перспективе својих различитих компонентни (правне, социолошке, економске, политичке, философске) сублимише низ општих, апстрактних питања, али продукује и једну огромну хипертрофију конкретизованих правих дилема. Управо зато обрада тема из домена људских права представља нешто попут приче о фудбалу у мушком друштву. Свако би имао што-шта рећи, свако мисли да о датој теми највише зна, а заправо јако мали број људи каже нешто ново. У жељи да избегнемо ову опасност ми ћемо поводом – неспоримо – помало опште дефинисаног наслова изнети пар општих запажања, али само како би смо припремили терен за отварање једне врло конкретне тезе која је у нашој правној науци, али и (уставно)судској пракси још увек *novum*.

* Истраживач сарадник, Институт за упоредно право
savomanojlovic1986@gmail.com,

Основна теза овог рада је да постоји суштински различит начин дефинисања стандардних и неспорних људских права у Европској конвенцији о људским правима и основним слободама (даље: Европска конвенција) и Уставу Републике Србије (даље: Устав). Неспорно права из Конвенције су међународни стандард и представљала су узор писцима Устава. Можемо се сложити са неспорном констатацијом да је Конвенција за заштиту људских права и основних слобода „најсавршенији модел ефикасне гаранције прокламованих људских права“¹ на међународном плану. Међународни стандарди су обично за државе које се налазе у фази посттранзиције либерализованог конституционализма, углавном нешто што „константно достижу“, како у нормативном, тако и у практичном смислу. Међутим, врло занимљиво је да у нашем домаћем случају ниво Уставом зајемчених права представља знатно већи ниво од права гарантованих Европском конвенцијом. У самој пракси, та права су знатно нижег нивоа од прокламованих права било на начин којим се то чини у Европском конвенцији било у највишем акту Републике Србије.

Ове базичне тезе, односно подтезе, приказаћемо и доказати у раду, али истовремено пробати да укажемо на њихове узроке и последице, као и да дамо неки нормативни путоказ за законодавну, односно уставну политику. Доказ основних теза извршићемо кроз анализу три основна права: права на (делотворно) правно средство, права на имовину и права на негативну слободу удруживања. Свим правима смо се већ бавили у теорији, односно пракси, у склопу одређених ширих питања, па стога изнете тезе представљају продукт дедуктивне логичке методе.

Поред наведених жаришних разматрања, у самом раду ћемо дати одређена разматрања везана за концепт људских права, однос Уставног суда Републике Србије и Европског суда за људска права (даље: Суд у Стразбуру или ЕСЉП), затим међународних и уставних гаранција. Иако ћемо у наведеним разматрањима изнети нека нова запажања, па чак и зачетке неких нових теза, ова разматрања пре свега имају функцију уоквиравања контекста у коме се обрађује жаришна питања, те не представљају самостално заокружене целине.

2. КОНЦЕПТ ЛИБЕРАЛНЕ УСТАВНОСТИ КАО УНИФОРМАТОР КОНЦЕПЦИЈЕ ЉУДСКИХ ПРАВА

Концепт либерално-демократске уставности је постао доминантна матрица за све земље које деле вредности либералне демократије. У том

¹ Frédéric Sudre: *Droit européen et international des droits de l'homme*, P.U.F, 2008, 14.

смислу иако њихови уставни, односно политички системи могу у пракси давати одређене разлике, они у нормативном смислу користе одређене типове система са одређеним модификацијама, али уз једну огромну сагласност око базичних концепата. Отуда и извесна жал и вапаји унутар уставноправне науке да је реч о области у којој се нема много шта ново открити, што је тенденција која представља једну постмодернистичку фазу у конституционализму. Стандардизација основних права човека, у тој мери је још неспорнија. Имајући у виду значај људских права и разне међународне конвенције које су доношене у оквиру мултиратералних организација, у овој области још више важи претходно изречена констатација. То наравно не значи да у филигрантски ситним детаљима, а нарочито у галиматијасу судара правних норми, начела, политике, живота, науке и праксе, правни гениј не може да блесне, а неко да својим промишљањем, како би то један песник рекао, зауми.

Све наведено још више важи за европски простор, који је у светлости интегративних процеса, али и шире кроз институције Савета Европе, Венецијанске комисије, Суда у Стразбуру... у значајној мери униформисан. Наведена униформизација људских права у европском правном простору, нарочито је остварена кроз Европску конвенцију о људским и правима и основним слободама чију имплементираност контролише један међународни суд коме су се земље потписнице поменуте конвенције повиновале. Овај концепт управо је и разлог што се достигнути ниво права на европском простору сматра најећим достигнућем концепата људских права, нарочито у контексту интегрисаности једног међународног простора.

Концепт либералне уставности има извешан калуп концепције људских права који се пресликава на одређене уставне системе и који нормативно гледано не одудара у великој мери.

Друга битна назнака коју желимо истаћи је да различите земље имају различиту перспективу те у великој мери униформисане концепције људских права. Одређене земље и силе покушавају да наметну свој образац људских права као доминантан и водећи. Наметањем својих културних, правних, језичких, економских и других тековина државе од вајкада показују своју снагу и демонстрирају супериорност. Друге, пак, земље покушавају да испрате водећу матрицу усвајајући и имплементирајући суштину. Треће, врло често покушавају на неки начин да помодно испрате трендове, али у знатно више формалном него суштинском смислу. Тако да ове последње врло често подсећају на скоројевића који у фраку, али без манира и познавања децентних плесних корака долази на бал.

3. ОДНОС УСТАВНИХ И ЉУДСКИХ ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – НОРМАТИВНИ ПОГЛЕД

У правном поретку Републике Србије, Устав је акт највише правне снаге, а онда испод њега следе међународни уговори, који се истовремено налазе изнад закона.² Пресликано на однос људских права, то значи да права гарантована Уставом имају предност у случају колизије са правима гарантованим међународним уговорима, која према оредби члана 194. став 4. Устава, не смеју бити у супротности са Уставом.

То у суштини значи да у случају евентуалне колизије приликом тумачења људских права на начин дефинисан у Уставу и међународним уговорима, предност несумњиво треба дати уставним правима будући да долазе из акта који се налази на врху хијерархије правних прописа Републике Србије. Међутим у случају евентуалне колизије, у контекст наведеног разматрања би требало узети у обзир да је истим тим Уставом, предвиђено да се одредбе о људским и мањинским правима тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.³ То значи да се приликом тумачења треба руководити једном еволутивном схватању људских права, где се увек тежи њиховом развоју, а не рестриктивном поимању где се оне посматрају као нужно зло које држава прихвата, али у реалности гледа да сведе на што мању меру. Такође, када се системски посматрају одредбе о тумачењу људских права, може се чак извести теза – коју би смо разраживали неком другом приликом – да Устав наведеном одредбом (члан 18. став 3. Устава) заправо извлачи међународне стандарде у тумачењу људских права - било нормативно посматрано, било у контексту тумачења међународних институција – било и уздиже их на начин у уставну раван. Међународни стандарди људских права су заправо минимални стандард и они би требало да буду под по коме ходамо и испод кога се не може ићи. Домаћим уређењем се та људска права могу и требају даље развијати и унапређивати.

Сама ситуација када је домаћим правним актом гарантован већи ниво права од права гарантованих међународним уговором, није, односно као што ћемо видети не би требало – нормативно гледано – да је споран. Евентуални проблем би могао настати када одређени међународни стандард представља виши ниво права од права зајемчених Уставом. Но, и ту се тај проблем превазилази горе наведеним тумачењем. Истински изазов би представљало само пробијање неког експлицитног уставног ограничења одређеног права.

² Видети: члан 194. Устава, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

³ Видети: члан 18. став 3. Устава.

Корисно је осврнути се и на начин дефинисања људских права који су учинили уставописци важећег конституционалног акта. Домаћим Уставом дата је једна чак и превише детаљна и разарађена листа права, која у великој мери одудара од уобичајених номотехничких стандарда у упоредном конституционализму.⁴ Наиме уобичајено је да се уставом – што је била критика и највећег живог конституционалисте његовим доносиоцима⁵ – да један евентуални укус неколико најзначајних права и истакне приврженост међународним стандардима, што се поменути чланом 18. став 3. Устава и чини. На сличном становишту су биле и критиче опаске Венецијанске комисије, која је истакла „забринутост“ да олако гарантовање социјалних и економских права – може „довести до нереалних очекивања”.⁶

Несумњиво је да начин гарантовања људских права приликом било каквих дилема у тумачењу и примени, без обзира на чињеницу да је то учињено претенциозно, па и уз недостатак уставно номотехничке мере, треба посматрати да је уставни правац усмерен ка једном еволутивном тумачењу и развоју људских права.

4. ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЉУДСКА ПРАВА И УСТАВНИ СУД

Наведено потпитање несумњиво продукује број и опсег питања које траже посебну научну одредбу, чак монографску пре него у виду научног чланка. Истаћи ћемо међутим пар основних запажања и назнака евентуално могућих теза, која су нам корисна за обраду основног питања овог рада.

Истина иако државе потписнице Конвенције имају обавезу да имплементирају одређене стандарде које Суд у Стразбуру учини, оне немају унапред прописани одређени пут који че то учинити. Снага Стразбршких одлука огледа се несумњиво у политичком значају ове институције, али несумњиво је да су и снага аргуменат и квалитет образложења ових одлука били темељ на коме је изграђен ауторитет одлука ЕСЉП.

Усклађивање домаћег права са праксом ЕСЉП се остварује путем законодавних интервенција и домаће судске праксе. Одлуке суда којима се утврђују повреде Конвенције често изазивају „нормализацију“ домаћег законодавства. Спровodeћи пресуде Суда, држава уговорница је често приморана да усклађује своје законодавство са Конвенцијом онако како ју је тумачио Суд, било зато што је неусклађено или због постојања правних празнина. И пре него што буде проглашене одговорним од стране Суда,

⁴ Слично: Ратко Марковић, „Устав Републике Србије из 2006. године – критички поглед“, *Анали Правног Факултета у Београду* бр. 2, 2006, 11.

⁵ *Ibid.*

⁶ Мишљење на Устав Србије CDL-AD(2007)004.

државе чланице усвајају мере општег карактера како би ускладиле домаће законодавство са Конвенцијом⁷.

Одлуке ЕСЈП, Уставни суд кад-год процени да је прилика наводи и на њима, односно паралелно уз њих темељи своје образложење. Посебно место у одлукама Уставног суда заузима позивање на Конвенцију. У суштини листа права која се налази у Уставу Републике Србије обухвата и листу права из Конвенција, па је чак и превазилази, иако је неспорно њоме инспирисан. Уставни суд често у својим одлукама по уставним жалбама, када странке наводе и повреду Конвенције и Устава, наводи да је реч о садржински идентичним правима. У досадашњим теоријским и практичним бављењем материјом људских права дошли смо до једног занимљивог открића да у одређеним случајевима та права и јесу дефинисана на начин који имплицира суштинска разликовања у степену права које се користи.

5. РАЗЛИКЕ У ДЕФИНИСАЊУ ПРАВА У УСТАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКОЈ КОНВЕНЦИЈИ О ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И СЛОБОДА

У досадашњим теоријским проучавањима појединих права, али и радећи у Уставном суду, односно, касније у оквиру пројекта „Борба за слободу предузетништва“ Удружења за заштиту уставности и законитости, уочено су разлике у дефинисању права Уставом и Конвенцијом. И то не, како би се можда очекивало, у виду смањивања права домаћим Уставом, већ управо супротно. Три права, код којих постоји различито дефинисање и која ћемо укратко изложити јесу: право на (делотворно) правно средство, право на имовину и право на негативну слободу удруживања.

5.1. Право на (делотворно) правно средство

Уставом Републике Србије (члан 36. став 2.) је зајемчено:

„Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу.“

ЕКЈП (члан 13.) је прописано:

„Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним

⁷ „Осуда једне државе чланице од стране Европског суда може да покрене, како у тој тако и у суседним државама ако је ситуација упоредива, бројне представке сличне оној која је довела до осуде. Таква перспектива охрабрује националне власти да поштују судску праксу суда“. F. Sudre, *op.cit.*, 743-744.

властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству“.

Простим језичким тумачењем уочава се разлика која има суштинске разлике у тумачењу наведеног права. Одредбом члана 13. Конвенције је зајемчено да право на делотворни правни лек има „ свако коме су повређена права и слободе“ (курзивом С. М.). Из изложеног произлази да је повреда члана 13. Конвенције повезана с повредом материјалних права. Повреда права на делотворно правно средство самог по себи (*per se*) према слову Конвенције није могућа⁸. Када је у питању право на делотворно правно средство, на начин који је гарантовано одредбом члана 36. став 2. Устава РС, оно је само по себи потпуно, заокружено и самоегзистирајуће право. Према наведеној одредби Устава РС право на жалбу или друго правно средство има свако «против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу» (а не против одлуке којом је повређено његово право, прим. С. М.). Тиме је степен заштите овог права, нормативно гледано у Уставу РС, на вишем нивоу него у Конвенцији.

Оно што свакако не иде у прилог уставотворцу, јесте изостављање придева *делотворно* испред жалбе, односно правног средства у наведеном чл. 36. ст. 2. Устава. Овај пропуст уставотворца, иако му свакако не служи на част, суштински не мења ствари, како због одредбе члана 18. став 2. Устава («Уставом се јемче, и као таква, непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима»), тако и због елементарне правне логике да би супротно тврђење било подржавање или барем толерисање неделотворних, импотентних правних средстава. Прилично би бесмислено било становиште које би се руководило тиме да се Уставом јемчи право на правно средство, али да оно не мора бити делотворно.

Поред језичког тумачења и сама пракса ЕСЉП нам иде у прилог. Суд у Стразбуру се иначе свакако истакао неформалистичким тумачењем⁹ Конвенције, не држећи се стриктно језичког тумачења Конвенције, па је у случају *Silver v. United Kingdom* заузео становиште да подносилац поднеска (апликант) који износи тврдњу да му је повређено неко од права гарантовано

⁸ Исто: Карен Рид, *Европска конвенција о људским правима – водич за практичаре*, 2 том, Београд, 2007, 553.

⁹ Конвенција се посматра као динамични, жив инструмент чија се интерпретација спроводи у духу садашњег времена, а не према времену доношења. Видети више о томе у: Clare Ovey, Robin C. A. White, *The European Convention of Human Rights*, fourth edition, Oxford, 2006, 46-47. Тако је и у Европски суд за људска права стао на становишту да ће се одредбе ЕКЉП, тумачити у светлу данашњице, али да то не укључује стварање нових права. Упореди: *Johnston v. Ireland*.

Конвенцијом, мора и имати могућност да тражи заштиту права. Такође, у предмету *Boyle and Rice v. United Kingdom* притужбе подносиоца захтева о повреди права на поштовање приватног и породичног живота (чл. 8. ЕКЉП) одбијене су као неосноване, али је проглашена прихватљивост притужбе у вези са непостојањем делотворног правног средства. Због поменуте хетерогености случаја и специфичности зачињене разноликошћу националног система из ког долази, Европски суд за људска права је стао на становиште да се од држава не може тражити прописивање правних лекова за права нису толиког значаја да би добила заштиту на међународном нивоу¹⁰.

Из праксе Европског суда за људска права, лако се могу скицарати основне контуре суштине права на делотворно правно средство. Тако би као основне тезе из инвентара најмаркантнијих пресуда овог суда могли истаћи да правни лек, мора бити пред органом који има моћ да одлучује о тврдњи појединца и истовремено пружи накнаду за повређено право, уколико је то потребно¹¹. Делотворност правног средства се цени према томе, како функционише у пракси, а не како гласи у законима. Такође, уколико између органа унутар једне државе се не поштује хијерархијско устројство одлука, јасно је да се не може говорити о ефикасним правним лековима.¹²

Код делотворности је битно да контролно тело има могућност да на неки начин пресече ствар и примора нижестепени суд да поштује његову одлуку. То поштовање се уистину некад може некад поштовати због силе ауторитета иза које стоји одређена политичка, морална тежина одређене институције или пак снага аргумената, али правно гледано, потребно је да контролни орган има правне механизме да пресече наведену ствар. Изражена дилема се отвара у ситуацијама, када над доносиоцем мериторне одлуке, постоји контролно тело са искључиво касаторним овлашћењима, дакле могућношћу да врати спор пред орган одлучивања, али не и да га мериторном одлуком реши. У таквим ситуацијама делотворност правног средства може бити заиста спорна, када првостепени доносилац акта и контролно тело упорно истрајавају на сопственом тумачењу, па њихово надгорњавање се завршава својеврсним пинг-понгом где се предмет шета горе-доле без коначног разрешења.

Такав проблем јавио се приликом одлучивања о уставности Закона о банкама чијом је одредбом члана 4. искључено право на жалбу у управном поступку, као и могућност да се управни спор реши у пуној јурисдикцији. С

¹⁰ Упог. Карен Рид, *op. cit.*, 554.

¹¹ *Sylver v. United Kingdom* и *Klass v. Germany*.

¹² Тако је у случају *Iatridis v. Greece* утврђена повреда права, јер је Министарство финансија Грчке одбило да поступи по одлуци суда, која је била у корист подносиоца представке.

обзиром да не постоји виша инстанца која би могла да у потпуности одлучи о захтеву којим се оспорава решење Народне банке Србије, поставља се питање, није ли у конкретном случају дошло до нарушавања права на делотворно правно средство. Поред апстрактног проблема који се поставља, корисно је напоменти да је цела ситуација иначе имала практичну позадину, која је претходила доношењу важећег Закона о банкама, а вероватно и инспирисала писце овог закона на спорно решење. Према тадашњем позитивном праву, спор пуне јурисдикције није био искључен, али је у случају «АСТРА БАНКЕ», ипак, дошло до сценарија који смо окарактерисали као «пинг-понг надмудривање» суда и централне банке. Тадашњи Савезни суд СРЈ пресудама Ус 1093/2001 и Ус 1094/2001 од 15. априла 2002. године, Ус 307/2002 од 18.7.2002, Ус 704/2002 и 705/2002 од 24. септембра 2002. године, Ус 779 и Ус 780 од 3. децембра 2002. године упорно поништавао решења Народне банке, која је (такође упорно) настављала да доноси решења о одузимању дозволе за рад и ликвидацији „АСТРА БАНКЕ“, иначе у власништву породице Карић, као и да занемарује примедбе Савезног суда о пропустима учињеним у поступку доношења решења. На крају Савезни суд пресудом Ус 779/2002 од 3. децембра 2002. године поништава решење о одузимању дозволе и „решава“ управну ствар покушавајући да пресудом регулише будућу, *pro futuro* ситуацију и спречи даље одузимање дозволе. Без обзира што према тадашњем закону, право на управни спор пуне јурисдикције, није било искључено, *prima facie* је уочљиво да сама природа спора нипошто не дозвољава решавање у пуној јурисдикцији. Чим се решење о одузимању дозволе поништи, више не постоји управна ствар која би се могла решити.¹³

5.2. Право на имовину – забрана одузимања уз или без тржишне накнаде?

Уставом Републике Србије (члан 58.) је утврђено:

Лемчи се мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона (став 1).

Право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне (став 2).

Законом се може оградити начин коришћења имовине (став 3).

Одузимање или ограничење имовине ради наплате пореза и других дажбина или казни, дозвољено је само у складу са законом (став 4.).

¹³ Више о овом питању: Саво Манојловић, „Право на ефикасно правно средство и члан 9. Закона о банкама“, *Избор из судске праксе*, бр. 11/ 2010, 13-17 или *Право и привреда* 4-6/2010, 197-208.

Конвенцијом (чланом 1. Протокола 1) прописано је:

Свако физичко и правно лице има право на неометано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и опитим условима међународног права (ст. 1).

Претходне одредбе, међутим ни на који начин не утичу на право државе да примењује законе које сматра да потребним да би регулисала коришћење имовине у складу с опитим интересима или да би обезбедила наплату пореза или других дажбина или казни (ст. 2).

За разлику од Конвенције, која лишавање имовине дозвољава у јавном интересу и условима предвиђеним законом (и потврђеним међународним уговорима), Устав РС прописује још један, кумулативни услов – накнаду која не може бити нижа од тржишне.

Конкретан проблем се отвара ако се наведено разликовање посматра у светлости института одузимања имовине проистекле из криминалне активности. Реч је о институту који подразумева да се починиоцу одређених кривичних дела која указују да се починилац професионално, заправо, бави криминалним активностима, одузме сва имовина, сем она за коју докаже да је стекао легалним путем.¹⁴

ЕСЈП је у више својих одлука одузимање имовине сматрао оправданом мером у општем (јавном интересу), с обзиром да је реч о имовини која се даље може употребити на штету заједнице. Критеријумима сразмерности и неопходности се, према пракси ЕСЈП, успоставља правична равнотежа између интереса заједнице и заштите појединца, Такође, ЕСЈП је истакао да је општи интерес оправдан, нарочито ако се има у виду опасна економску моћ “организације као што је мафија“ (*Raimondo* против Италије)¹⁵, чиме је суштински прихватио основне мотиве који легитимизују овај институт. У бројним критеријума и изазовима које овај неспорно контраверзан институт изазива, можемо рећи да он ипак пролази све тестове које пред њега намеће Конвенција, па отуда и закључак да „испуњавају

¹⁴ Више о наведеном институту: Оливер Лајић, *Институт одузимања имовинске користи стечене кривичним делом*, Нови Сад, 2011; Татјана Лукић, *Одузимање имовине криминалцима*, Београд, 2009; Горан Илић, Миодраг Мајић, Бранко Николић, Ђовани Мелилио, *Коментар Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (са прегледом релевантних међународних докумената, упоредноправних решења и праксе Европског суда за љуска права)*, Београд, 2009; Barbara. Vettori, *Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Berlin, 2006.

¹⁵ *Raimondo vs. Italy*

захтеве права на имовину гарантованог чланом 1. Протокола 1 Конвенције¹⁶.

Проблем, међутим, представља допунски услов, прописаном чл. 58 ст. 2 Устава, да одузимање може бити учињено (поред испуњености јавног интереса утврђеног на основу закона), само уз накнаду која не може бити нижа од тржишне, што тотално обесмишљава институт одузимања имовине.

Приликом прописивања уставне одредбе којом се јемчи право својине, очигледно су уставописци имали на уму питање експропријације и нису схватили комплексност основних људских права.

5.3. Право на негативну слободу удруживања

Уставом (члан 55. став 1) утврђено је:

Јемчи се слобода политичког, синдикалног и сваког другог удруживања и право да се остане изван сваког удружења.

Конвенцијом се са друге стране уопште не спомиње и право да се остане изван сваког облика удруживања¹⁷. Наведено право међутим Суд у Стразбуру тумачењем извлачи из Конвенције. Тумачењем Конвенције Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) ово право извлачи из корпуса слободе удруживања. У својим ранијим одлукама ЕСЉП, није експлицитно заузимао став да ли члан 11. Конвенције гарантује право на негативну слободу удруживања. Тако и у случајевима у којима би ЕСЉП утврдио повреду Конвенције због приморавања на удруживање, оградаивао се не заузимајући начелан став, већ је стајао на становишту да у сваком конкретном случају треба утврдити да ли је дошло до повреде слободе удруживања. У каснијим одлукама¹⁸, ЕСЉП је стао на становиште, имајући у виду да је Конвенција живи инструмент, да члан 11 Конвенције треба тумачити на начин који подразумева и заштиту негативне слободе

¹⁶ Саво Манојловић, „Одузимање имовине проистекле из криминалне активности у Републици Србији – уставноправни аспекти“, *Свеске за јавно право* 13/2013, Сарајево, 56-66.

¹⁷ *Свако има право на слободу мирног окупљања и слободу удруживања с другима, укључујући право да оснива синдикат и учлањује се у њега ради заштите својих интереса.*

За вршење ових права неће се постављати никаква ограничења, осим оних која су прописана законом и неопходна у демократском друштву у интересу националне безбедности или јавне безбедности, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Овим се чланом не спречава законито ограничавање вршења ових права припадницима оружаних снага, полиције или државне управе.

¹⁸ Вид. *Sigurdur A. Sigurjonsson vs. Island*

удруживања. Можемо, стога рећи, да је промишљање ЕСЉП поводом овог питања пример еволуционистичког тумачења и посматрања Конвенције као живог инструмента који се временом мења развија и развија.

Наведено разликовање приликом дефинисања је, међутим, битно и такође може имати суштинске разлике у тумачењу наведеног права. Уставном слободом је експлицитно, као део корпуса слободе удруживања, зајемчено и тзв. негативно право слободе удруживање које подразумева право да се остане ван одређеног удружења. Посебно се подвлачи да се чланом 55. став 1. Устава ово право из корпуса удруживања односи на останак изван **сваког** облика удруживања.

Уставописац је јасно прецизирао да слобода удруживања подразумева право да се остане ван – наглашавамо – **сваког** облика удруживања. Посебно ће занимљиво бити видети како ће Уставни суд поступити у случају обавезног чланства за привредне субјекте у Привредној комори и да ли ће и овај пут пренебрегнути далеко виши степен права зајемчен Уставом. Међутим битно је напоменути да је према и тумачењу ЕСЉП, наметнуто обавезно чланство у Привредној комори у супротности са тумачењем Суда у Стразбура.¹⁹

6. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Нормативно гледано уставотворац је максимализовао гаранције људских права у уставном тексту. И то како у ширини (према броју зајемчених људских права), тако и дубински гледано (према степену гаранције људских права). Међутим, иако је нормативно гледано лествицу људских права високо подигао, степен уживања права се не мери према њиховом језичком уобличавању у правним актима, него према степену њиховог уживања у пракси. Ниво заштите људских права коју пружа ЕСЉП, свакако, треба посматрати као минимални стандард и пожељно је да државе потписнице Конвенције у својим системима подижу лествицу зајемчених људских права. То је боље чинити законским разрадама и поступањем у пракси, уместо уставним проширивањем које доводи до парализе система и онемогућава увођење легитимних правних института. Иако би стандарди из Конвенције требало да представљају под по којем ходамо, они су врло често плафон који попут недораслог детета покушавамо да пипнемо врховима прстију.

У раду су истакнута три примера у којој постоји разлике између формулације људских људских права у Уставу и самој Конвенцији. То разликовања учињено је у корист уставног текста. Међутим можемо рећи да

¹⁹ Вид. више на: www.uzuz.rs „Борба за слободу предузетништва“.

поред општег мотива, постоје и различити мотиви у сва три наведена случаја.

У случају разликовања дефинисања права на имовину, неспорно је да су уставописци желели да прописивањем допунском услова, дају један већи степен права. Међутим они дефинисањем новог услова (обавеза надокнаде тржишне вредности), нису имали на уму све правне институте које подлежу под утицај рефлексива ове уставне одредбе. Вероватно су на уму имали институт експропријације. Међутим *lege artis* гледано створена је једна ситуација у коме један легитиман и друштвено користан и потребан институт (одузимање имовине) суштински гледано у једном свом сегменту јесте неуставан. У самој пракси то доводи до ситуације да се мора приступати правној гимнастици, па чак и *contra constitutionem* тумачењу како би се наведени институт одбранио.

У погледу дефинисања права на (делотворно) правно средство Устав прописује гаранције које у одређеним правним ситуацијама, не могу бити испоштоване због природе ствари. Истовремено, иако се Уставом даје већи степен права, уставописци алкаво испуштају придев „делотворан“ који иако тумачењем не може бити пренебрегнут представља непотребно одступање од међународног стандарда овог појма. Поред тога што у одређеним ситуацијама овај стандард представља високо постављену лествицу, у самој реалности законодавац иде још два корака уназад, па чак и тамо где може ограничава наведено право.

На крају код права на слободу удруживања, где уставотворац заправо оправдано конституише праксу Суда у Стразбуру, па чак поново одлази корак напред, законодавац поново Законом о привредним коморама устаовљава ситуацију која је не само супротна уставно високој поставци овог права, већ је чак у супротности и са самом праксом ЕСЉП.

У прва два случаја уставотворац се свакако требао манути измишљања топле воде и користити стандарде концепције формулисања људских права. Мимо тога међутим за сваку осуду је пренебрегавање законодавца да испоштује гарантовање људских права.

Savo MANOJLOVIĆ, LL.M.

Institute of Comparative Law, Belgrade

HUMAN RIGHTS BETWEEN SERBIAN CONSTITUCION AND ECHR

Summary

Conception of human rights was pretty much uniformed as effect of ruling liberal constitutional model and result of international agreements, resolutions, practice of international institutions etc. European Convention of human rights and practice of Court in Strasbourg have special impact of process of making uniformity human rights in Europe. In paper, author analysed differences defined right to property and right to effective remedy and freedom of association in Serbia Constitution and ECHR.

Keywords: *Human Rights. Constitutional Court. Right to property. Right to effective remedy. Freedom of association*

ЛИТЕРАТУРА

1. Vettori Barbara, *Tough on Criminal Wealth – Exploring the Practice of Proceeds from Crime Confiscation in the EU*, Berlin, 2006.
2. Илић Горан, Мајић Миодраг, Николић Бранко, Мелилио Ђовани, *Коментар Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (са прегледом релевантних међународних докумената, упоредноправних решења и праксе Европског суда за љуска права)*, Београд, 2009;
3. Лајић Оливер, *Институт одузимања имовинске користи стечене кривичним делом*, Нови Сад, 2011;
4. Лукић Татјана, *Одузимање имовине криминалцима*, Београд, 2009;
5. Манојловић Саво, „Одузимање имовине проистекле из криминалне активности у Републици Србији – уставноправни аспекти“, *Свеске за јавно право* 13/2013, Сарајево;
6. Манојловић Саво, „Право на ефикасно правно средство и члан 9. Закона о банкама“, *Избор из судске праксе* 11/ 2010, 13-17 или *Право и привреда* 4-6/2010;
7. Марковић Ратко, „Устав Републике Србије из 2006. године – критички поглед“, *Анали Правног Факултета у Београду* 2/2006
8. Ovey Clare, White C. A., Robin *The European Convention of Human Rights*, fourth edition, Oxford, 2006
9. Рид Карен, *Европска конвенција о људским правима – водич за практичаре*, 2 том, Београд, 2007
10. Sudre Frédéric, *Droit européen et international des droits de l’homme*, P.U.F, 2008

Др Дејан МИРОВИЋ*

МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ, УКРАЈИНА И СРБИЈА 2017.

Апстракт: Године 2010. Међународни суд правде (у даљем тексту МСП) је донео саветодавно мишљење поводом проглашења независности такозваног Косова. Оно је добило универзални значај, и касније постало један о најзначајнијих аргумената у сукобу Русија – НАТО око Украјине. Декларација Врховног Совјета у Симферопољу се позива на саветодавно мишљење Међународног суда правде из 2010. године на основу које је одржан референдум на Криму, у марту 2014. године, На церемонији потписивања уговора о присаједињењу Крима Руској Федерацији руски званичници су се позвали на саветодавно мишљење Међународног суда правде поводом независности Косова. НАТО је убрзо након церемоније у Кремљу изнео своје правно тумачење које је требало да докаже да не може бити сличности између Крима и Косова. Коначно, Украјина је почетком 2017. године поднела тужбу против Руске Федерације због „окупације“ Донбаса, „анексије“ Крима и „спровођења политике дискриминације“ на полуострву. У украјинском поднеску и тумачењу НАТО-а поводом присаједињења Крима доминатне су политичке тврдње. На тај начин, Међународни суд правде је постао једна врста правног арбитра у троуглу Србија, Русија и НАТО.

Кључне речи: Република Србија, Косово, Руска Федерација, Крим, НАТО

1. УКРАЈИНА И МЕЂУНАРОДНИ СУД ПРАВДЕ 2017.

У априлу 2017. године Међународни суд правде је делимично уважио захтев Украјине усмерен против Руске Федерације и "наложио" Москви да престане са "дискриминацијом" Татара на Криму. Хронолошки, почетком 2017. године, Украјина је поднела поднесак против Руске Федерације пред Међународним судом правде због „окупације“ Донбаса, „анексије“ Крима и

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

„спровођења политике дискриминације“ на полуострву.¹ Прецизније, Украјина је 16. 1. 2017. године поднела поднесак (захтев за предузимање привремених мера) у којем тврди да је Руска Федерација нарушила две међународне конвенције, Међународну конвенцију о финансирању тероризма из 1999. године и Међународну конвенцију о расној дискриминацији из 1965. године. Правни основ за то је било чланство обе државе у тим међународним конвенцијама. После оваквог правног увода украјински правници "прелазе" на политички терен. Тврди се да је после "наранцасте револуције " (дословно пише у поднеску) Украјина постала мета руског "притиска". Након десет година "притиска", Руска Федерација је прибегнула "војним и терористичким мерама" да би нарушила право милиона грађана на "живот".

Украјински правници сматрају да је побуна у Донбасу била акт тероризма који је подржала и "финансирала" Руска Федерација против "украјинских власти". Дакле, аутори украјинске тужбе против Руске Федерације сматрају да Москва није имала право да у складу са својим интересима, води бригу о положају скоро 20 милиона Руса у Украјини, нити да подржава одређене политичке снаге које су јој биле наклоњење попут владајуће Партије региона.²

Истовремено, у тужби се потпуно прећуткује грубо мешање ЕУ и САД у украјински политички живот од 2004. године (од чувеног "трећег" круга председничких избора) и подржавања насилног рушења легално изабране власти Јануковића у Кијеву ("Мајдан"). У том контексту, неселективно бомбардовање милонског града Доњецка које у супротности са Женевским конвенцијама из 1949. године се представља као борба против "тероризма", а руски хуманитарни конвоји и прихватање избеглица као "финансирање" тероризма.³

Након оваквог увода, аутори украјинске тужбе тврде и да је Руска Федерација "војном силом" на Криму и Севастопољу прекршила Повељу УН

¹ Press Release 2017/2 - Ukraine institutes proceedings against the Russian Federation and requests the Court to indicate provisional measures <http://www.icj-cij.org/docket/files/166/19310.pdf>

² Ово је већ револуционарна "правда", попут оне из 1789 године. Видети: Слободан Јовановић, *'Вођи Француске револуције*, Издавачака књижарница Геце Кона, Београд, 1932, 313.

³ О самом раду МКСЈ или Хашког трибунала видети: Милан Шкулић, „Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји“, објављено у зборнику радова који је приредио Јован Тирић, *Хашки трибунал између права и политике*, Институт за упоредно право, Београд, 2013, 56-120. Проф. др Шкулић критикује флоскулу о еволутивно развоју међународног кривичног права од Нирнберга до Хага. О самом раду МКСЈ и подизању оптужница Carla Del Ponte, „*La Caccia*“, Feltrinelli, Milano, 2008, 187.

из 1945. године која гарантује сувереност држава.⁴ Руска Федерација је организовала и "илегални референдум" који је у ствари, био "расистичког" карактера јер је нарушио права Татара на острву и имао је за циљ да "легаллизује агресију".⁵ Затим је Руска Федерација средствима "културне" агресије наставила са својом "расистичком" политиком према Татарима и другим "нерусима".⁶ Интересантно је да овакве тврдње износе представници власти у Кијеву која је као први правни акт, донела закон о укидању руског језика као службеног и која је у годинама које су уследиле. Укинула емитовање филмова (чак и забаваног карактера) из Руске Федерације.

У односу на Повељу УН, правни аргументи су на страни Руске Федерације. У тренутку потписивања (1945. године) овог најважнијег међународног уговора, Крим је био у саставу СССР-а, након чијег је распада Руска Федерација наследила правни континуитет са СССР-ом, исто као што је Совјетска Русија наследила континуитет царске Русије (у којој је такође Крим био део Русије). У складу са тим, Велика Британија у ноти од 1. фебруара 1924. признаје континуитет СССР и царске Русије.⁷ Такође, неколико година пре, Британија и Француска доносе Заједничку декларацију поводом промене власти у Русији у којој истичу: "Ниједан принцип није боље утврђен од принципа по коме је једна нација одговорна за акте своје владе, а да промена власти не утиче на проистекле обавезе..." Власти у Москви заузимају сличан став и преговарају са енглеском владом 1923. године о регулисању дугова царске Русије.⁸ Дакле, позивање украјинских власти на Повељу УН је попуно депласирано са правне и историјске тачке гледишта.

Коначно, током референдума 2014. године на Криму није забележен ниједан акт насиља над Татарима (којима је касније признат и језик као

⁴ "Brazenly defied the U.N. Charter, seizing a part of Ukraine's sovereign territory by military force".

⁵ "Intervening militarily in Ukraine, financing acts of terrorism, and violating the human rights of millions of Ukraine's citizens, including, for all too many, their right to life." "In an attempt to legitimize its act of aggression, the Russian Federation engineered an illegal 'referendum' which it rushed to implement amid a climate of violence and intimidation against non Russian ethnic groups".

⁶ „Deliberate campaign of cultural erasure, beginning with the invasion and referendum and continuing to this day”.

⁷ "Влада Његовог Величанства је свесна да ће само признање Совјетске Русије повићи аутоматски, сагласно принципима прихваћеним од међународног права, стављање на снагу свих уговора који су били закључени између ове две земље пре руске револуције..." С. Ђорђевић, *О континуитету држава*, Научна књига, Београд, 1967, 42-47.

⁸ Г. В. Чичерин, *Статьи и речи по вопросам международной политики*, Социально - экономической литературы, Москва, 1961, 306.

службени). Према званичним резултатима већина гласача (излазност је била 83,1%), њих 1.233.002 или 96,77% гласала је за отцепљење од Украјине и припајање Руској Федерацији (РФ).⁹

2. ПРИМЕРИ КОЈИ СЕ НАВОДЕ У УКРАЈИНСКОМ ПОДНЕСКУ МСП

"Доказујући " своје политичке тврдње, аутори украјинске тужбе наводе неколико примера ради доказивања тврдњи о " руској" агресiji и финансирању тероризма: 1) Обарање малезисјког Боинга; и 2) Бомбардовање цивилног станоништва у неколико градова као што су Маурипољ, Крематорск и Харков ;

Према украјинском поднеску, "криви" су и руски опозициони лидери а не само војно русководство. Дакле, Руска Федерација се без икаквог доказа окривљује за обарање малезијског Боинга иако се чак и на Западу уздржавају то да тврде децидирано, а опозициони лидери у Руској Федерацији који немају никаву реалну власт се окривљују због њихових ставова.

У отвореном писму заменика шефа Росавијације, које је упућено председнику холандског Савета за безбедност Тибеу Јустри у јануару 2016. године, указује се да: "Распоред оштећења на авиону, њихов опсег и густина, нису у складу са објављеном тачком експлозије ракете и њеним положајем у простору. Самим тим је неправилно утврђено и могуће место са којег је ракета била лансирана".¹⁰ У јавном писму се истиче такође и да „нове важне чињенице, које указују на нетачност података који се наводе у коначном извештају, ове: ако се претпостави (као у извештају) да је авион оборен ракетом система „Бук“ – онда се не подударају подаци о карактеристикама „шрапнела“ ракете са оштећењима на трупу авиона које се наводе у извештају јер „Бук“ таква оштећења не прави. Најмање један „шрапнел“ се по изгледу не слаже са комадићима бојеве главе серијске ракете 9М38 након њене експлозије“. Дакле, правне и техничке чињенице које нису никада демантоване указују да Руска Федерација није оборила малезијски Боинг изнад Донбаса. Међутим, у украјинском поднеску су то потпуно прећуткује и кривица Москве се узима као "пресуђена чињеница".

⁹ Према званичним резултатима <http://www.rada.crimea.ua/referendum/resultaty>: "Общее количество участников общекрымского референдума, принявших участие в голосовании – 1.274.096 (83,10%). Количество голосов участников общекрымского референдума, поданных в поддержку вопроса общекрымского референдума: «1) Вы за воссоединение Крыма с Россией на правах субъекта Российской Федерации?» – 1.233.002 (96,77 %).

¹⁰ "Русија изнела шест нових доказа да малезисјки Боинг није оборен ракетним системом Бук", Фонд стратешке културе, 15. 1. 2016. године, <http://www.fksrb.ru/kljusnarc/malezijski-boing-777>

3. ПИТАЊЕ ПОЈМА АГРЕСИЈЕ У КОНТЕКСТУ ПОРЕЂЕЊА КРИМА И КОСОВА-КРИТЕРИЈУМИ ИЗ ПРЕСУДЕ МСП У СЛУЧАЈУ НИКАРАГВА ПРОТИВ САД

Теза о руској агресији која се износи у украјинском поднеску из јанаура 2017. године је контрадикторна имајући у виду да војска Руске Федерације није могла да изврши агресију на Крим 2014. године пошто је тамо била стационирана према одредбама међународног уговора са Украјином из 1997. године (Харковски споразум). Такође, нема сумње да је најважнији део појма агресије оружана акција.¹¹ У том контексту, Русија 2014. године није извршила агресију на Крим јер руски војници нису испалили ниједан метак.

Са друге стране, НАТО је извршио оружану агресију на Социјалистичку Републику Југославију (СРЈ) 1999. године без одлуке Савета Безбедности УН и постојања било каквог међународног уговора који би дозволио 78 дана бесомучног бомбардовања, уз непрестано кршење међународног хуманитарног права. Када се на косовски случај примени позната клаузула руског правника Фјодора Мартенса из времена Хашке конференције о миру, јасно је да је бомбардовање осиромашеним уранијом и касетним бомбама ратни злочин.¹² Није постојао ни државни разлога за агресију с обзиром да СРЈ никако није угрожавала САД.¹³

Коначно, НАТО је помагао терористичку Ослободилачку војску Косова (ОВК) на сличан начин као што је помагао паравојску у Никарагви (што је утврђено управо познатом предсудом МСП у спору Никарагва против САД 1986. године). НАТО је слао терористима на КиМ (као и у Никарагви) финансијску помоћ, обучавао их је, снадбевао оружјем и обавештајним подацима. Коначно, уз присуство НАТО-а 2004. године

¹¹ Борис Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, Службени гласник, Београд, 2010, 30. Види дефиницију агресије у Смиља Аврамов, Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд, 2008, 602-606.

¹² Путин је посветио део свог говора од 18. марта 2014. и бомбардовању НАТО: "Так било в Југославиин, мы же хорошо об этом помним, в 1999 году. Трудно было в это поверить, глазам своим не верил, но в конце XX века по одной из европейских столиц – по Белграду". Смиао Мартенсове клаузуле је да средства ратовања која нису обухваћена међународним конвенцијама нису увек дозвољена. Види о томе Б. Кривокапић, *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, Службени гласник, Београд, 2010. О ратним правилима уопште види детаљније Миленко Крећа, *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд, 2012, 792-821.

¹³ Хенри Кисинџер, *Дипломатија*, књига 1, Верзал пресс, Београд, 1999, 49. За Кисинџера је државни разлог и остварење националног интереса и равнотежа снага. Видети и: Николо Макијевели, *Владацац*, Јавор издаваштво, Београд, 2012, 53.

спроведен је погром над Србима на Косову. Ништа слично се није десило на Криму, тако да би се Међународна конвенција о финансирању тероризма из 1999. године могла применити само у погледу Косова, али не и Крима.

Дебати о разлици између Крима и Косова у контексту међународног права треба додати и следеће. Такозвано Косово никада није било самостална држава. Територија Косова и Метохије је припадала вековима, или српској средњовековној држави, од 1091. године, или Турској царевини од 1455. или, коначно, Краљевини Србији и Југославији од 1912. године.¹⁴ Са друге стране, Крим је у задњих 500 и више година (дакле, вековима) припадао или Руској Империји од 1785. године или Турској царевини од 1475, или коначно, СССР од 1921. (а тек у кратком историјском периоду након 1991, од 20 – так година, и самосталној Украјини).

4. САВЕТОДАВНО МИШЉЕЊЕ МСП ПОВОДОМ ПРОГЛАШЕЊА НЕЗАВИСНОСТИ КОСОВА И ТУМАЧЕЊЕ НАТО ПРАВНИКА

Неопходно је као посебно значајно указати на уско и селективно тумачење НАТО, српског питања МСП поводом Косова.¹⁵ Ове институције су сложне у тврдњи да је питање српске стране оцењено од стране МСП као "ограничено и конкретно" и да се зато не може применити на друге случајеве у свету. С тим у вези, МСП је утврдио да његово саветодавно мишљење "наводно" није прецедент који ће важити за будуће случајеве (дакле и за Крим).

Овако тумачење показује да су НАТО правници имали озбиљан логички и правни проблем када су покушали да објасне "ограниченост" саветодавног мишљења. Пре свега, општепознато је да је МСП најпознатији и најутицајнији правосудни орган на планети. Свака пресуда или саветодавно мишљење имају велики утицај на међународно право (али и на односе међу државама). Формално-правно то нису прецеденти, али, са друге стране извршавање пресуда и прихватање саветодавних мишљења представља моралну дужност државе (у појединим случајевима СБ УН се чак укључују у извршавање пресуда). Такође, МСП се у саветодавном мишљењу које је дао није бавио само случајем Косова. Објашњавајући зашто је Декларација о независности Косова (наводно) у складу са међународним

¹⁴ "Косово и Метохија: прошлост, садашњост, будућност" *Зборник радова са међународног симпозијума одржаног у Београду од 16-18. марта 2006. године*", уредник Коста Михаиловић, САНУ, Београд, 2007. Срби су иначе, већина према османском попису области Бранковића 1455.

¹⁵ The court stated that their opinion was not a precedent. The court said they had been given question about Kosovo's independence which would not cover the broader legal consequences of that decision.

правом, МСП се позива и на бројне случајеве из XIX и XX века као и на резолуције Савета безбедности УН али и на своја саветодавна мишљења.¹⁶ Наиме, МСП се позива на резолуцију СБ УН 276 о Намибији из 1971. године, као и на своје саветодавно мишљење о Намибији из исте године, затим на пресуду у случају Источног Тимора из 1995. године, као и саветодавно мишљење поводом изградње заштитног зида на окупираним палестинским територијама из 2004. године. На основу тога, МСП прави широку аналогију и закључује да је много држава настало на основу права на самопределење и путем проглашавања декларација о независности.

Из тога произилази да НАТО правници не тумаче саветодавно мишљење МСП, односно баве се само питањем које је формулисала Србија. Ово је већ озбиљан логички пропуст. То није чак ни селективна примена међународног права (омиљено тумачење међународних проблема за западне правнике)¹⁷ већ мешање основних појмова. Неправљење дистинкције између саветодавног мишљења и питања које је формулисала држава Србија може се тумачити као површни аматеризам или као злонамерни политички трик.

Слично се може рећи и за украјински поднесак МСП у којем се суседна држава оптужује за тероризам и расизам, док се од стране централних власти у Кијеву укидају права руске мањине и бомбардују велики градови попут Доњецака или Луганска.

Нажалост, досадашња пракса показује да и МСП (као и већина правосудних органа) није имун на политичке притиске. Објективност судија је увек везана за државе из којих долазе јер, као што је је написао познати српски правник Милан Бартош: "Судије су мање или више везане за одређена идеолошка схватања, друштвено порекло, политичке ставове,, правне системе итд, што се може одразити на начин и на садржину њиховог тумачења".¹⁸ У судским већима МСП већину имају судије из западних

¹⁶ <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf> During the secondhalf of the twentieth century, the international law of self-determination developed in such a way as to create a right to independence for the peoples of non-self-governing territories and peoples subject to aliensubjugation, domination and exploitation (cf. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (SouthWest Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 31-32, paras. 52-53; EastTimor (Portugal v. Australia), Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 102, para. 29; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occpied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004 (I).

¹⁷ Антонио Касезе, *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005, 533.

¹⁸ Милан Бартош, *Међународно јавно право-уговорно право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1986, 330. Ипак, треба признати и да је то боље од праксе коју примењује МКСЈ. Касезе признаје да су у МКСЈ радиле судије које се пре тога никада нису обављале ту функцију.

земаља и њихови савезници па се са малом вероватноћом може очекивати да ће превладати правни аргументи у расправи о Криму.

Dejan MIROVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, CRIMEA AND KOSOVO 2017

Summary

In 2010, the International Court of Justice handed down its advisory opinion on the proclamation of the independence of so-called Kosovo which obtained its universal significance. It became one of the most important arguments in the conflict between Russia and NATO over Ukraine. The declaration of the Supreme Soviet in Simferopol invokes the advisory opinion of the International Court of Justice from 2010. Then, based on the Declaration, the referendum was held on Crimea in March 2014 and on the ceremony of signing the agreement on reunification with Russian Federation Russian officials evoked the advisory opinion of the International Court of Justice about independence of Kosovo. Soon after the ceremony in Kremlin, NATO expressed its legal interpretation that should prove that there can be no similarities between Crimea and Kosovo. Finally, at the beginning of 2017, Ukraine brought an action against Russian Federation for the "occupation" of Donbas, "annexation" of Crimea and the "implementation of discrimination policy" on the peninsula. These legal facts show that the International Court of Justice should rule whether there is a similarity between Crimea and Kosovo or the latter was a sui generis case. The practice of the International Court of Justice so far indicates that the western countries will have the majority in the judicial council for their claim that it was a sui generis case.

Keywords: *Republic of Serbia, Kosovo, NATO, Russian Federation, Crimea*

ЛИТЕРАТУРА

1. Аврамов С., Крећа М., *Међународно јавно право*, Правни факултет, Београд, 2008;
2. Бартош М., *Међународно јавно право-уговорно право*, Службени лист СФРЈ, Београд, 1986;
3. Del Ponte С., *La Caccia*, Feltrinelli, Milano, 2008;
4. Јовановић С., *Вођи Француске револуције*, Издавачака књижарница Геце Кона, Београд, 1932,
5. Касезе А., *Међународно кривично право*, Београдски центар за људска права, Београд, 2005;
6. "Косово и Метохија: прошлост, садашњост, будућност: Зборник радова са међународног симпозијума одржаног у Београду од 16-18. марта 2006. године", уредник Коста Михаиловић, САНУ, Београд, 2007;
7. Кисинцер Х., *Дипломатија*, књига 1, Верзал прес, Београд, 1999;
8. Кривокапић Б., *Енциклопедијски речник међународног права и међународних односа*, Службени гласник, Београд, 2010;
9. Крећа М., *Међународно јавно право*, Службени гласник, Београд, 2012;
10. Макијевели Н., *Владацац*, Јавор издаваштво, Београд, 2012;
11. Ђорђевић С., *О континуитету држава*, Научна књига, Београд, 1967;
12. Чичерин Г. В., *Статьи и речи по вопросам международной политики*, Социально - экономической литературы, Москва, 1961;
13. Шкулић М., „Један поглед на Хашки трибунал и његово место у историји“, у: Зборник радова *"Хашки трибунал између права и политике"*, ур. Ј. Ђирић, Институт за упоредно право, Београд, 2013.

Др Весна СИМОВИЋ-ЗВИЦЕР*

ПРЕСТАНАК ПОТРЕБЕ ЗА РАДОМ ЗАПОСЛЕНИХ

Апстракт: Радни однос, по својој природи, спада у правне односе трајања (континуиране односе), али је његово трајање условљено потребама процеса рада, која је релативна и промјенљива величина. Стога је потпуно оправдано схватање да је заснивање радног односа "на доживотно вријеме" правно ваљано, а у супротности је и са интересима и радника и послодавца. Ово из разлога што слобода рада подразумијева и слободу раскидања радног односа. Међутим, ова слобода није апсолутна, већ подлијеже ограничењима, посебно код раскидања радног односа од стране послодавца, а у циљу заштите запосленог као економски слабије стране у радном односу.

Престанак потребе за радом запослених представља један од честих разлога за отказ уговора о раду, који може бити посљедица економских и технолошких потреба послодавца, због чега је био предметом анализе у овом раду. Осим указивања на појам и врсте отказа, у раду се анализирају међународни стандарди који се односе на отказ уговора о раду због престанка потребе за радом запослених, као и позитивно-правна рјешења у Црној Гори.

Кључне ријечи: *отказ, ваљан разлог, права запослених.*

1. ПОЈАМ И ВРСТЕ ОТКАЗА

Добровољност, као битан елеменат радног односа који је прихваћен од стране свих аутора, подразумијева и слободу раскидања радног односа. Ово из разлога што је добровољност одраз једног од основних начела радног права – начела слободе рада. Слобода рада се не исцрпљује само у заснивању радног односа, већ долази до изражаја и у току читавог његовог трајања, укључујући и слободу одлучивања о престанку радног односа. Из тога произилази и да је једно од најважнијих обиљежја радног односа управо његова разрешивост. Јер, ако је радни однос добровољни однос између

* Доцент, Правни факултет Универзитета Црне Горе, simovicvesna@gmail.com

радника и послодавца, онда и његово трајање мора да зависи од воље субјеката радног односа. Отказ као начин једностраног раскидања радног односа резултат је чињенице да је радни однос - однос *intuitu personae* из кога произилази и сама *iusta causa* овог института. То значи да у сваком случају када је понашање једне стране (субјекта радног односа) такво да може настати опасност да буду угрожени интереси друге стране (другог субјекта) у радном односу, радни однос се може раскинути. На тај начин, према схватању Проф. Н. Тинтића, долазе до изражаја обиљежја радног односа као "персонализованог односа".¹

Постоје двије врсте отказа уговора о раду, и то: отказ од стране запосленог и отказ од стране послодавца. Међутим, у нашем позитивном законодавству знатно већи број одредби односи се на престанак радног односа отказом од стране послодавца. Ово из разлога што се настоји заштити запослени као економски слабија страна у радном односу, те због тога и трпи много већу штету због престанка радног односа него послодавац. Из тог разлога, иако је право на отказивање радног односа реципрочног карактера, постоје разлике између отказа који даје запослени и отказа од стране послодавца. Запослени може отказати радни однос у свако доба и за то отказивање није предвиђен никакав посебан поступак, а не постоје ни било каква ограничења његове воље. Са друге стране, послодавац је приликом отказивања радног односа ограничен одређеним разлозима. У законима се утврђује да ти разлози прије свега морају бити оправдани. Утврђивање оправданости захтјева није препуштено оцјени послодавца, већ су они таксативно наведени у закону. Ови разлози су општег карактера и факултативне су природе, тако да од послодавца зависи да ли ће их употријебити и на тај начин отказати уговор о раду запосленом. Основна разлика између отказа који даје запослени и отказа који даје послодавац је у томе што послодавац може дати само **мотивисани отказ**. То свакако подразумијева и његову обавезу да разлоге за доношење такве одлуке и писмено образложи, док такву обавезу нема запослени у случају да он отказује радни однос.

Отказивање уговора о раду од стране послодавца без друштвене контроле историјски је превазиђено. Залагање за овакав концепт значило би враћање на период неолиберализма, у коме је послодавац, као економски јача страна у радном односу, у могућности да намеће услове престанка радног односа запосленоме, као економски слабијој страни у радном односу. Због тога је инсистирање на мотивисаности као услову за отказивање радног

¹ Никола Тинтић, *Радно и социјално право, књига прва - Радни односи*, Загреб, 1969, 376.

односа од стране послодавца потпуно оправдано. Ограничење воље послодавца може бити апсолутно и релативно.

Апсолутна ограничења давања отказа представљају изузетак од правила да "радни однос заснован на неодређено вријеме могу отказати како радник, тако и послодавац". У случају апсолутних ограничења, радни однос се не може отказати одређеним категоријама запослених или је примјена овог института забрањена у случајевима који су предвиђени законом.

Док су апсолутна ограничења материјално-правне природе, релативна ограничења приликом отказивања радног односа се односе на поштовање одредби које имају процесуални карактер, а које предвиђају да отказ мора бити учињен у одређеном поступку и од стране одређених органа. Најважнији захтјев се свакако односи на обавезу писменог образложења отказа. На овај начин се доприноси објективизацији поступка отказивања радног односа, а спречава се и свако нагло доношење одлуке – под утицајем тренутне ситуације. Са друге стране, постојање ових ограничења је потврда да је традиционално правило по коме отказ има дискрециони карактер напуштено, јер правичност и социјални разлози налажу да радник буде заштићен од злоупотреба и самовоље послодавца, а то је у складу и са заштитном улогом радног законодавства, која има за циљ да спријечи недозвољена и назаконита поступања, којима послодавац може прибјећи приликом коришћења својих законских овлашћења.

2. МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ КОЈИ СЕ ОДНОСЕ НА ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ

Престанак радног односа путем отказа регулисан је бројним правилима која максимално објективизирају слободу послодавца у одлучивању о престанку радног односа. На међународном плану ова материја је регулисана вишестраним уговорима. Поред докумената који су донети у оквиру Организације Уједињених Нација, као што су Универзална декларација о правима човјека (1948), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966), Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (1979), а којима се прокламују начела забране дискриминације у оставаривању основних људских права, међу којима је и право на рад, усвојени су и документи којима се дефинишу стандарди који се односе на отказ уговора о раду од стране послодавца.

Посебан значај у регулисању престанка радног односа против воље радника имају конвенције и препоруке МОП-а. Питање престанка радног односа одавно је привлачило пажњу МОП-а, али је оно први пут стављено на

дневни ред Генералне Конференције 60-тих година прошлог вијека², а све то због "односа снага" у трипартитној структури МОП-а, јер су се представници послодаваца одупирали било каквом ограничавању права послодаваца која произилазе из њихових управљачких овлашћења. Ово питање је први пут регулисано Препоруком МОП бр. 119, која је остварила позитивне резултате у законодавствима и пракси многих држава. Ова Препорука има изузетну важност, јер се њоме први пут на међународном плану постављају принципи за рјешавање и регулисање овог важног питања за запослене. Препорука бр 119. је замијењена Конвенцијом бр 58. о престанку радног односа на иницијативу послодавца, коју је усвојила Општа Конференција на свом 68-ом засиједању, 23. јуна 1982. год. На истом засиједању усвојена је и Препорука бр 166. о престанку радног односа на иницијативу послодавца³.

У Конвенцији бр 158. под "престанком радног односа" подразумијева се престанак радног односа на иницијативу послодавца. Ова Конвенција се примјењује на све гране привредне дјелатности и на сва запослена лица. Држава чланица МОП-а може да изузме поједине категорије запослених лица из свих или неких одредаба ове Конвенције (нпр. радни који су ангажовани на основу уговора о запослењу на одређено вријеме; радници на пробном раду; радници ангажовани привремено за краћи временски период), с тим што је дужна да у првом извјештају о примјени Конвенције укаже на све категорије запослених које су изузете из примјене, дајући и образложење тог изузећа, а у следећим извјештајима треба да наведе став законодавства и праксе у односу на изузете категорије запослених.

У Конвенцији се говори о оправданости престанка радног односа. Тако, у чл. 4. се наводи да радни однос радника неће престати уколико за такав престанак не постоји **ваљан разлог** везан за способност или понашање радника или за оперативне потребе предузећа, установе или службе. На тај начин, овом Конвенцијом се утврђује стандард за одређивање оправданог отказа, с тим што терет доказивања да постоји ваљан разлог за отказивање уговора о раду сноси послодавац.

² Престанак радног односа је дјелимично регулисала Конвенција бр. 22 о најму морнара из 1926. године. У чл. 9. је било прописано да уговор о најму на неодређено вријеме престаје отказом уговора од једне или друге уговорне стране, у пристаништу уговара или истовара робе и под условом да отказни рок од најмање 44h буде испоштован, као и да отказ буде дат у писменој форми.

³ У погледу заштите од престанка радног односа значајне су и следеће конвенције и препоруке МОП-а: Конвенција бр. 135 о радничким представницима (1971); Конвенција бр. 103 о заштити материнства (ревидирана 1952); Препорука бр. 99 о стручном оспособљавању и преоспособљавању инвалида (1955), као и Препоруке бр. 145 и 154, које се односе на посебне категорије запослених. Опширније видјети: Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001.

У вези са отказним разлогом који се односи на оперативне потребе послодавца, конвенција предвиђа обавезу послодавца који намјерава да раскине радни однос из разлога економске, технолошке, структуралне или сличне природе. У тим случајевима ће послодавац благовремено пружити заинтересованим радничким представницима одговарајуће информације, укључујући и разлоге за намјеравани прекид радног односа са бројем и категоријама радника који ће вјероватно бити обухваћени овим, као и о року у коме намјерава да изврши раскид радног односа. Исто тако, послодавац ће пружити у складу са националним законодавством, заинтересованим радничким представницима што је могуће прије, могућност консултације о мјерама које треба предузети да би се спријечио или свео на најмању мјеру прекид радног односа, и мјерама да би се ублажиле штетне последице прекида радног односа, као што је налажење алтернативног запослења. Конвенција предвиђа и обавезу послодавца да обавијести надлежни орган о прекиду радног односа у минималном року прије престанка радног односа, с тим што тај рок треба утврдити националним законима или прописима.

На крају, ако до престанка радног односа дође, радник има, у складу са националним законодавством и праксом, право на: а) отпремнину или неку другу сличну накнаду чији ће износ зависити, поред осталог, од дужине радног стажа и висине плате, а исплаћиваће је непосредно послодавац или ће се исплаћивати из фонда који је основан доприносима послодавца; или б) давање из осигурања за случај незапослености или помоћ незапосленим лицима или на нека друга давања, под нормалним условима под којима се стиче право на та давања; или ц) комбинацијом овакве отпремнине и давања. Оваква примања могу изостати, у складу са националним законодавством, ако је радни однос престао због теже повреде радне дисциплине.

У чл. 8. Конвенције предвиђен је и систем заштите због престанка радног односа. Радник који сматра да му је радни однос неоправдано престао има право да се жали против престанка радног односа неком непристрасном тијелу, као што су: суд, раднички суд, арбитражни комитет или арбитар. Ова тијела су овлашћена да испитују разлоге дате за престанак радног односа, као и друге околности везане за односни случај, као и да донесу одлуку о томе да ли је престанак радног односа био оправдан. Ова одлука се доноси на бази доказа које су пружиле странке и према процедури која је предвиђена националним законодавством и праксом. Ако се оцијени да је престанак радног односа био неоправдан тада се може, у складу са националним законодавством и праксом, престанак радног односа прогласити неважећим, односно може се наредити или предложити враћање радника на посао, или, пак, исплата одговарајуће накнаде, односно неког другог давања које се може сматрати одговарајућим.

И у овире Европске уније донијет је један број аката којима се регулише престанак радног односа отказом од стране послодавца. При томе,

ниједан документ општег карактера из области права европске уније не третира питање индивидуалног отпуштања, већ је то питање у суштини везано за неке друге прописе. Тако да Директива бр. 92/85/СЕЕ, од 19. октобра 1992. године, која се тиче спровођења мјера за побољшање сигурности и здравља радника у другом стању, породила или оних које још увијек доје дјецу, поставља забрану отпуштања за вријеме од почетка трудноће до порођаја, као и за вријеме породилског одсуства, изузев у случајевима који су по закону оправдани а нијесу везани за њихово стање, као што је случај неочекиваног колективног отпуштања које је постало неопходно због економских потешкоћа са којима се суочава дато предузеће.

Питање колективног отпуштања било је предмет регулисања прве директиве из 1975. год, која је данас замијењена Директивом бр. 98/59/СЕ, од 20. јула 1998. године. Ова директива искључује из свог домена примјене отпуштања која су изведена из разлога који су везани за самог радника (радна дисциплина и способност радника) и односи се само на она отпуштања која су узрокована економским разлозима. При томе директива се односи само на колективна отпуштања, дакле не и на индивидуална отпуштања која су изазвана економским разлозима. Такође, као изузетак, овај начин престанка радног односа не подлијеже директиви из 1998. године, када се ради о колективном отпуштању морнара или агената јавне администрације. Примјена ове директиве подразумијева да је колективно отпуштање планирано у току одређеног периода, за одређени број отпуштања код једног или више послодаваца, па овај члан треба схватити као "јединствен који се тиче радника који су њиме погођени". При томе, примјена директиве зависи од броја радника који су погођени отпуштањем, што ће бити прецизније одређено националним законодавством.⁴

Директивом из 1998. године посебно су регулисана два питања: поступак отпуштања радника и ефекти, тј. последице тог отпуштања. У поступку отпуштања радника важна улога је дата представницима персонала, као и администрацији рада (представницима запослених). Везано за представнике персонала, послодавац подлијеже двострукој обавези - обавези

⁴ Ако се обрачун врши за период од 30 дана, три ситуације се разликују према томе у којој мјери су приходи или које установе су погођене отпуштањем, и то:

- ако запошљава уобичајено више од 20 а мање од 100 радника, директива се примјењује онда

када отпуштање погађа најмање 10 радника;

- ако обично запошљава од 100 до 299 радника, директива се примјењује ако се отпуштање тиче најмање 10% запослених;

- ако обично запошљава 300 радника и више, директива се примјењује само ако отпуштање погоди најмање 30 запослених.

Ако се обрачун врши за период од 90 дана, директива се примјењује ако је, без обзира на уобичајени број запослених, отпуштањем погођено најмање 20 радника.

информисања и обавези консултовања. Послодавац мора да прослиједи представницима перонала "у корисно вријеме", "сва корисна обавјештења" о предвиђеним отпуштањима. Минимум информација које је дужан да им прослиједи су: мотиви предвиђеног отпуштања; број и категорије радника за отпуштање; број и категорије тренутно запослених радника; период за који планира да спроведе отпуштање; предвиђене критеријуме који ће се примијенити у одабиру радника за отпуштање (у случају да национално законодавство даје могућност послодавцу да он те критеријуме одреди); методе обрачуна накнаде која је предвиђена националним законодавством. Консултације су предвиђене за представнике перонала "у корисно вријеме", везано за пројекте колективног отпуштања. Ове консултације се воде "ради постизања договора", и оне као минимум предвиђају обавезу преговарања.

Директива предвиђа и надлежност Суда правде Европске економске заједнице, који је надлежан да санкционише државе које су се оглушиле о обавезу информисања и консултовања представника перонала за које је задужен послодавац. Послодавац је, такође, обавезан да и представнике радника на исти начин као и представнике перонала информише о намјераваном отпуштању радника, који у односу на поднијете информације могу да изнесу своја запажања. Директивом из 1998. године предвиђена су и правила о пропратним социјалним мјерама које треба да умање последице отпуштања, а које треба да буду садржане у социјалном програму. Ове социјалне мјере подразумијевају и државну помоћ - у облику неког јавног фонда који располаже дискреционим правом да модификује, без било каквих ограничења, пропратне мјере које су предвиђене социјалним програмом предузећа.

3. ОТКАЗ УГОВОРА О РАДУ ЗБОГ ПРЕСТАНКА ПОТРЕБЕ ЗА РАДОМ У ЦРНОГОРСКОМ ПРАВУ

Основно правило које је садржано у нашем позитивном законодавству када је у питању престанак потребе за радом запослених јесте да запосленом у том случају не може престати радни однос док му се не обезбиједи једно од права предвиђених законом и колективним уговором.

Закон о раду Црне Горе⁵ је у погледу отказивања радног односа због престанка потребе за радом запосленог у потпуности усклађен са Конвенцијом МОП-а бр. 158 и Директивом бр 98/59/СЕ. Процедура отказивања радног односа по овом основу зависи од броја запослених за

⁵ „Службени лист ЦГ“, бр. 49/2008, 26/2009, 88/2009, 26/2010, 59/2011, 66/2012, 31/2014 и 53/2014.

чијим радом престаје потреба. Иако се у закону не помиње индивидуално и колективно отпуштање, из његових одредби се може закључити да је у случају индивидуалних отказивања уговора о раду, који подразумева ситуацију када престаје потреба за радом за мање од 10 запослених, процедура отказивања уговора о раду знатно једноставније у односу на ситуацију у којој престаје потреба за радом за већи број запослених, што заправо подразумева колективно отпуштање. Тако, у случају колективног отпуштања предвиђена је активна улога Завода за запошљавање и синдиката, односно представника запослених у овом случају. Наиме, Закон предвиђа да Синдикат, односно представници запослених и Завод достављају послодавцу своје мишљење у вези поменутог обавјештења у року од осам дана од дана добијања тог обавјештења. Ова обавеза је предвиђена уколико послодавац утврди да ће због технолошких, економских и реструктуралних промјена у периоду од 30 дана доћи до престанка потребе за радом запослених на неодређено вријеме и то за најмање: 1) 10 запослених код послодавца који има у радном односу више од 20, а мање од 100 запослених на неодређено вријеме; 2) 10% запослених код послодавца који има у радном односу најмање 100, а највише 300 запослених на неодређено вријеме; 3) 30 запослених код послодавца који има у радном односу преко 300 запослених на неодређено вријеме. Ова обавеза се односи и на послодавца који утврди да ће доћи до престанка потребе за радом најмање 20 запослених у периоду од 90 дана, без обзира на укупан број запослених.

Тек након прибављеног мишљења синдиката, односно представника запослених и Завода, послодавац је дужан да донесе програм мјера за рјешавање вишка запослених, који садржи: разлоге престанка потребе за радом запослених; критеријуме за утврђивање запослених за чијим је радом престала потреба; укупан број запослених за чијим радом престаје потреба; број, квалификациону структуру, године старости и стаж осигурања запослених за чијим радом престаје потреба и послове које обављају; права запослених за чијим радом је престала потреба.

Када су у питању права запослених за чијим радом престаје потреба, закон предвиђа да се она обављају зависно од могућности послодавца, а то могу бити:

- **распоређивањена друге послове** - ови послови треба да се обављају код истог послодавца и да одговарају стручној спремности запосленог. лица које се на њих распоређује,

- **рад код другог послодавца** - ова могућност је предвиђена уколико не постоји могућност да запослени за чијим је радом престала буде распоређен код истог послодавца. Запослени у том случају заснива радни однос на основу споразума о преузимању који закључују надлежни органи код послодавца. Нови радни однос треба да се заснива на неодређено вријеме. Ово заснивање радног односа врши се уз сагласност запосленог.

- **преквалификација или доквалификација** запосленог, за рад код истог или код другог послодавца. При томе, преквалификација је оспособљавање за рад у другој струци стицањем потребне стручне спреме, док је доквалификација стицање вишег степена стручне спреме у оквиру исте струке. Запослени који се преквалификовао или доквалификовао стиче право да ради на пословима за чије се обављање припремао.

Осим наведених, закон оставља могућност утврђивања и других права, у складу са законом и колективним уговором. Оваквим рјешењем оставља се могућност да и синдикат, као један од потписника колективног уговора учествује у рјешавању проблема вишка запослених, као и запосленом да нека додатна права уговори са послодавцем приликом закључивања уговора о раду. Законом је предвиђена могућност и привременог ангажовања запосленог за чијим радом је престала потреба, на одговарајућим пословима, док му не обезбиједи једно од права утврђених овим законом. Уколико послодавац није у могућности да запосленом обезбиједи ни једно од наведених права, престаје му радни однос, уз претходну исплату отпремнине.

Иако су постојећи закони у погледу права запослених за чијим је радом престала потреба рестриктивнији у односу на нека претходна рјешења,⁶ може се рећи да овај претходни услов представља радно-правни стандард, и престанак радног односа по овом основу чини оправданим.

У конкретном случају у питању су околности које објективно не пружају могућност да запослени настави са радом код тог послодавца, јер објективно нема услова за то. Овдје се може поставити питање: да ли запослени који је одбио понуђени распоред код другог послодавца има право на отпремнину. Имајући у виду да је у конкретном случају послодавац обезбиједио једно од законом предвиђених права, а да се отпремнина исплаћује само ако послодавац није у могућности да то уради, као и чињеницу да је запослени одбио понуђено право, мишљања сам да у конкретном случају не би остварио право на отпремнину.

Када је у питању износ отпремнине, Према Закону о раду из 2008. године, послодавцу су имали обавезу да да сваком запосленом који је проглашен вишком независно од дужине стажа осигурања, који је остварио код тог послодавца изврши исплату отпремнине у износу од најмање шест просјечних зарада у Црној Гори. Ово рјешење је измијењено 2011. године, на начин што се висина отпремнине одређује зависно од година радног стажа које је запослени остварио код послодавца код којег му престаје радни однос, на начин што запослени за чијим радом је престала потреба остварује

⁶ ЗОРО (из 1996) је у чл.43. као једно од права предвиђао и право на докуп стажа, које се могло остварити у случају да запосленом недостаје до 5 година стажа за остваривање права на старосну пензију.

право на отпремнину од 1/3 његове просјечне зараде у претходном полугодишту за сваку годину рада код тог послодавца, односно 1/3 просјечне зараде у Црној Гори у претходном полугодишту, умањене за дио зараде који се односи на порезе и доприносе и остала фискална оптерећења, ако је то повољније за запосленог.

Међутим, овако утврђена отпремнина не може бити нижа од три просјечне мјесечне зараде без пореза и доприноса код послодавца у претходном полугодишту, односно просјечне мјесечне зараде без пореза и доприноса у Црној Гори у претходном полугодишту, ако је то повољније за запосленог. Ова одредба има оправдање када су у питању оне категорије запослених које имају мањи број година стажа код послодавца код којег им престаје радни однос. За лица са инвалидитетом су предвиђени већи износи отпремнине. Тако, лице са инвалидитетом у случају престанка потребе за радом има право на отпремнину у висини најмање 24 просјечне зараде, ако је инвалидност проузрокована повредом ван рада или болешћу, а ако је инвалидност проузрокована повредом на раду или професионалном болешћу, најмање у висини 36 просјечних зарада. При томе, узима се у обзир просјечна зарада запосленог или просјечна зарада код поислодавца, зависно од тога што је за то лице са инвалидитетом повољније.

Отпремнина се исплаћује прије отказа уговора о раду, што значи да нема отказа ако се запосленом претходно не исплати отпремнина. Закон у конкретном случају предвиђа једну специфичност у погледу исплате отпремнине, јер је правило да се она исплаћује након престанка радног односа. У конкретном случају, међутим, исплата отпремнине је услов да би дошло до престанка радног односа.

Обзиром да исплатом отпремнине запосленом престаје радни однос против његове воље, поставља се питање: да ли запослени одрицањем од права на отпремнину може избјећи престанак радног односа? Сматрам да се у овом случају запослени може одрећи од права на отпремнину, и то у писаној форми, на основу чега има право да се пријави надлежној организацији за запошљавање и на тај начин има могућност да оствари неко од права која су предвиђена за случај привремене незапослености, у складу са прописима о запошљавању. То значи да уколико је запосленоме понуђена отпремнина, без обзира да ли се он одрекао од ње, њему ће престати радни однос. Са друге стране, уколико послодавац запосленоме коме престаје радни однос по овом основу ускрати право на отпремнину, биће одговоран за прекршај, а запослени ће то право моћи да оствари и у поступку пред судом.

Из изложеног се може закључити да запосленоме за чијим је радом престала потреба радни однос може престати на два начина:

1) уколико запослени не прихвати неко од права која му је послодавац обезбиједио у складу са законом;

2) због немогућности обезбјеђења неког од предвиђених права, под условом да је претходно исплаћена отпремнина.

Средства за обезбјеђење права запослених за чијим је радом престала потреба обезбјеђује њихов послодавац.

Запослени коме послодавац послѣ исплате отпремнине откаже уговор о раду због престанка потребе за његовим радом остварује право на новчану накнаду, право на пензијско и инвалидско осигурање, и право на здравствену заштиту. Ова права запослени остварује у складу са прописима о запошљавању, здравственом осигурању и пензијско-инвалидском осигурању.

Поред позитивних ограничавања слободe отказивања радног односа која се односе на поступак, форму и рокове давања отказа, као и одређивања случајева у којима се може дати отказ (што представља релативну забрану отказивања радног односа), наше позитивно законодавство предвиђа и негативна ограничења, која значе апсолутну забрану отказивања радног односа одређеним категоријама запослених, или забрану отказивања радног односа у одређеним случајевима⁷.

Закон о раду ЦГ предвиђа забрану престанка радног односа због престанка потребе за радом у сљедећим случајевима: за вријеме трудноће и коришћења породилског, односно родитељског одсуства; за вријеме коришћења права на рад са половином пуног радног времена због њега дјетета са тежим сметњама у развоју; самохраном родитељу који има дијете до седам година живота или дијете због престанка потребе за радом у сљедећим случајевима: за вријеме трудноће и коришћења породилског, односно родитељског одсуства.

4. ЗАКЉУЧАК

Престанак потребе за радом запослених је једини оправдани разлог због кога се може отказати радни однос који је условљен потребама послодавца. На тај начин, право на рад као фундаментално право бива стављено у други план у односу на економске потребе послодавца (смањење трошкова производње) и привредни развој као општи интерес друштва. Обзиром да су сви ови интереси оправдани, неопходно је пронаћи одговарајуће механизме за успостављање равнотеже између њих.

Заштита права запослених у погледу отказивања радног односа подразумијева регулисање процедуре давања отказа, дефинисање дозвољених разлога за престанак радног односа, као и постојање забрана и

⁷ О забрани отказивања уговора о раду видјети: Боривоје Шундерић, „Раскид уговора о раду“, *Правни живот*, 11/1996, Београд, 1996.

ограничења давања отказа у одређеним случајевима. Адекватно рјешавање вишка запослених подразумијева систематски приступ и укључивање свих релевантних субјеката, при чему приоритет треба дати рјешавању овог проблема у оквиру радног односа. При томе се мора наћи баланс између потребе да се заштити радник као слабија страна у радном односу, са једне стране, и потребе да се заштите оправдани интереси послодавца, са друге стране.

Закон о раду је у погледу отказивања радног односа због престанка потребе за радом усклађен са међународним стандардима у овој области, а прије свега са Конвенцијом МОР-а број 150, о престанку радног односа на иницијативу послодавца и са Директивом бр. 98/59/ЦЕ.

Може се закључити да црногорско законодавство предвиђа минимум заштите запослених од отказа уговора о раду по овом основу, посебно ако се имају у виду критеријуми за одређивање запослених за чијим радом је престала потреба, који су дефинисани у складу са условима тржишног привређивања, али и у погледу права запослених који за чијим радом је престала потреба, посебно у погледу права на отпремнину, чији износ зависи од година стажа које је запослени провео на раду код послодавца код којег му престаје радни однос.

Vesna SIMOVIĆ-ZVICER, Ph.D.

Assistant Professor, University of Montenegro

TERMINATION FOR REDUNDANCY

Summary

Employment, by its nature, is one of the legal relationship duration (continuous relations), but its duration is conditioned by the needs of the work process, which is relative and changeable sizes. Therefore, it is reasonable belief that the employment "in the life time" legally invalid and in contradiction with the interests of both workers and employers. This is because the freedom of labor and freedom implies redundancy. However, this freedom is not absolute, but is subject to limitations, especially in termination of employment by the employer, in order to protect the employee as the weaker party economically employed. Termination for redundancy is one of the common reasons for termination of employment, which may result from economic and technological needs of the employer, which has been the subject of analysis in this paper. In addition to pointing out the concept and types of termination of employment, the paper analyzes the international standards relating to the termination of employment due to no need for the staff, and positive-legal solutions in Montenegro.

Keywords: *termination of employment, good cause, employment rights.*

ЛИТЕРАТУРА

- Директива бр. 92/85/СЕЕ, од 19. октобра 1992. године;
- Закон о раду Црне Горе, "Службени лист Црне Горе", бр. 49/2008, 26/2009, 88/2009, 26/2010, 59/2011, 66/2012, 31/2014 и 53/2014;
- Конвенција бр. 22 о најму морнара (1926)
- Конвенција МОР бр. 135 о радничким представницима (1971)
- Конвенција МОР бр. 103 заштити материнства (ревидирана 1952)
- Конвенција МОР бр. 58. о престанку радног односа на иницијативу послодавца,
- Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (1979),
- Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966),
- Препорука МОР бр. 119,
- Препорука МОР бр. 166. о престанку радног односа на иницијативу послодавца,
- Препорука МОР бр. 99 о стручном оспособљавању и преоспособљавању инвалида (1955)
- Препорука МОР бр. 145;
- Препорука МОР бр. 154;
- Проф. др Боривоје Шундерић, *Право Међународне организације рада*, Београд, 2001;
- Проф. др Боривоје Шундерић, "Раскид уговора о раду", *Правни Живот*, 11/1996, Београд, 1996;
- Проф. др Никола Тинтић, *Радно и социјално право, књига прва - Радни односи*, Загреб, 1969;
- Универзална декларација о правима човјека (1948)

Др Петар АНЂЕЛКОВИЋ*
Радица НЕДЕЉКОВИЋ*

РАДНО (НЕ)ПРАВО У СРБИЈИ – ОД ДОМАЋИНСКОГ КА СЛУГАРСКОМ НАРОДУ*

Апстракт: Рад је основна суштина човека, човекова есенција и услов његове егзистенције. Рад је тај који је створио човека, *есе* човека и радом човек ствара средства којим задовољава своје материјалне и духовне потребе – услов *егзистенције*. Стога је право на рад једно од суштинских права сваког човека, које је регулисано међународним прописима, а такође загарантовано Уставом Републике Србије. Свако има право на рад, каже се у Уставу РС. Гарантује се слобода рада, забрањен је принудни рад, јемчи се слободан избор занимања и запослења и учешће у управљању. Забрањује се дискриминација и злостављање на послу, гарантује се синдикално организовање и слично. То каже Устав, теорија, а шта каже пракса? Шта се десило са правом на рад у вртлозима транзиције у Србији? Намера овог рада је да укаже на несклад теорије и праксе у погледу радног права у Србији. Дивљачки неолиберални капитализам направио је праву пустош у Србији. Највећи губитници транзиције су радници. Доведени у стање економске беде, са тешким понекад и готово немогућим условима да дођу до посла, незапослени су уцењивани послом, пристају на све, плате се смањују на минимум, нема синдикалних протеста, нема радничке побуне. Некада поносан, домаћински народ, коју слободу ставља изнад свега, притиснут егзистенцијалном бригом опстанка претвара се у слугарски народ. Рад је тај, како је још Маркс говорио, мост који повезује свет слободе и свет нужности. Слобода се не само брани радом већ је рад и најбољи ако не и једини начин да се слобода оствари. Зато рад и право на рад, морају да се афирмишу као највиши морални и социјални принципи.

Кључне речи: *Радно право, Устав Републике Србије, транзиција, радници, злостављање радника.*

* Редовни професор, Филозофски факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Катедра за социологију, profapetar@gmail.com

* докторанд, radicanedeljkovic91@gmail.com

* Рад је резултат истраживања на пројекту III 47023 Косово и Метохија између националног идентитета и евроинтеграција, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије

У рату, јаки од
слабих праве робове, а у миру то чине богати од сиромашних.
А: Јагње је криво самим тим
што је вук гладан.

Оскар Вајд

1. УВОД

Кључно питање сваке економије, а самим тим и друштва у коме се она реализује је на којим се то вредностима дата економија утемељује. Да ли је то сурова сцена у којој је „човек човеку вук“ у којој доминира „воља за моћ“ и где је „самилост зло“ или је то друштвени простор у коме је „човек човеку нада“, у коме се поштење, одговорност и солидарност истичу као пожељне и потребне заједничке вредности. Док је у првом систему етика у сукобу са економијом – *аморални морализам*, где влада конкуренција чија слобода не познаје границе, необузdana амбиција за доминацијом и дух индивидуализма који воде у декаденцију човека и друштва, у другом етика, произашла из православне вере, прожима економију и тежи заједничком добру.

Дивљачки неолиберални капитализам направио је праву пустош у Србији. Економска ситуација у Србији је веома тешка, такорећи, очајна. Немаштина, а и глад владају земљом, нарочито међу пензионерима, села су опустела, индустријске производње скоро да и нема, цене производа су високе, плате ниске, изузев у јавним предузећима где се посао добија непотистички или партијским чланством. Млади, образовани, полуобразовани, незапослени хоће да побегну негде, било где. У либералном капитализму незапосленост се намерно увећава да би незапослени могли бити уцењивани послом и да би им се плате смањивале на минимум. Нема синдикалних протеста, нема радничке побуне. Некада поносан, домаћински народ, коју слободу ставља изнад свега, притиснут егзистенцијалном бригом опстанка претвара се у слугарски народ.

Рад је основна суштина човека, човекова есенција и услов његове егзистенције. Рад је створио човека, *есе* човека и радом човек ствара средства којим задовољава своје материјалне и духовне потребе – услов *егзистенције*. Стога је, право на рад једно од суштинских права сваког човека. У историји развоја људског друштва на рад се гледало различито. Било је периода (Антика и Рим) када се рад сматрао као божија казна и недостојним слободних људи. У хришћанству посебно током средњег века

рад се тумачио као начин за искупљење грехова и повећање духовног достојанства. Тек са новим веком, посебно са појавом класичне енглеске политичке економије рад се посматра као извор богатства („рад је отац а земља мати свег богатства“). Међутим, на значај и улогу рада за развој човека и друштва, посебно ће указати марксисти, нарочито Маркс и Енгелс. Маркс рад одређује као нарочити облик међусобног деловања човека и природе у коме човек остварује свесно постављени циљ. „Рад је пре свега процес између човека и природе, процес у коме човек својом сопственом активношћу омогућује, регулише и надзире своју размену материје са природом“.¹ Дакле, за Маркса је рад, пре свега, процес размене материје између природе и човека. Оно што Маркс посебно потенцира када говори о раду јесте да он представља основну суштину човека, односно израз његове генеричке суштине. „Рад је одређени начин деловања индивидуама, одређени начин испољавања њиховог живота, њихов одређени начин живота. Како индивидууми испољавају свој живот такви јесу. То што они јесу поклапа се са њиховом производњом како с тим што производе, тако и с тим како производе“.² Једном речју, човек се потврђује, испољава своју суштину кроз рад, кроз стварање. На чињеницу да је рад створио човека посебно ће указивати Енгелс који каже: „Рад је извор свег богатства, кажу политикономисти. Он то заиста јесте – уз природу која му пружа материјал, који он претвара у богатство. Али он је још бескрајно више од тога. Он је први основни услов свега људског живота и то у толикој мери да у извесном смислу морамо рећи: рад је створио човека“.³ Дакле, ако је рад основна суштина човека, први и основни услов људског живота, онда је право на рад и најважније право сваког човека. Да ли је то тако у савременом друштву? У наставку рада смо даље образложили шта у теорији каже радно право, а затим ћемо видети шта каже пракса, какав је заиста положај радника у садашњем друштву, да ли се поштују права радника која су загарантована Уставом Републике Србије?

2. ШТА КАЖЕ ТЕОРИЈА (РАДНО ПРАВО)?

У радном праву се изучавају радни односи као посебна група друштвених односа, односно део друштвених односа, посебног значаја и карактера. Прописи у области радних односа су се после Другог светског

¹ Карл Маркс, *Капитал*, том I, Просвета, Београд, 1974, 168.

² Карл Маркс, Фридрих Енгелс, *Немачка идеологија*, Култура, Београд, 1964, 74.

³ Фридрих Енгелс, *Улога рада при претварању мајмуна у човека*, Етнографски музеј, Београд, 1963, 7.

рата изразито проширили на колективне односе и право: на синдикално организовање, колективне уговоре, штрајкове, власт (обавезе) послодавца, на функције радничког председништва, радне спорове и професионално оспособљавање радника. Проширивање радног законодавства обухвата и област социјалног осигурања. Предмет радног права чине радни и други односи запослења и рада, односно права по основу запошљавања, начела и институти везани за њих, и права из социјалног осигурања. То је радно право у ширем смислу, заједно са социјалним осигурањем.

Право на рад регулисано је разним прописима, уговорима, како међународним тако и националним. Гарантовано је Филаделфијском декларацијом која је саставни део Устава Међународне организације рада⁴, као и чланом 1. Европске социјалне повеље.⁵ У највишем правном акту Републике Србије налази се и начело право на рад. Тако је у члану 35. Устава Републике Србије прописано да свако има право на рад. Јемчи се слобода рада (забрањен је принудни рад), слободан избор занимања и запослења, и учешће у управљању (сваком је под истим условима доступно радно место и функција).

У погледу престанка радног односа гарантована је сигурност запослења (радни однос раднику може престати против његове воље само под условима и на начин утврђен законом односно колективним уговором). Такође, у члану 18. истиче се да је забрањена непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство. У члану 20. се прецизно наводе и које облике дискриминације у погледу рада Устав забрањује, дискриминација из члана 18. овог закона забрањена је у односу на:

- 1) услове за запошљавање и избор кандидата за обављање и избор кандидата за обављање одређеног посла;
- 2) услове рада и сва права из радног односа;
- 3) образовање, оспособљавање и усавршавање;
- 4) напредовање на послу;
- 5) отказ уговора о раду.

⁴ http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO, приступљено 23.03.2017. год.

⁵ <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047e014>, приступљено 23.03.2017. год.

Законом о раду и другим законима, који регулишу радне односе успостављена је равнотежа између права и обавеза субјеката радног односа. Запослен је одговоран за свој рад и на основу истог остварује основна права. О правима, обавезама и одговорностима одлучује директор, односно предузетник или запослено лице кога они овласте. Под субјектима индивидуалног радног односа подразумевамо лица између којих се ова врста радних односа успоставља. У систему тржишног привређивања, који је активан и у Србији, та лица су запослени и послодавац. Као послодавац се може јавити правно или физичко лице (предузетник). У време самоуправног социјализма било је владајуће схватање да су радници једини и искључиви субјекти радног односа, а оно се заснивало на несвојинском концепту средстава за рад по којем су радници, као самоуправљачи сами себи послодавци.⁶

Права, обавезе и одговорности из радног односа, односно по основу рада, уређују се законом о раду и посебним законима, у складу са ратификованим међународним конвенцијама. Права, обавезе и одговорности из радног односа уређују се и колективним уговором и уговором о раду, а правилником о раду, односно уговором о раду – само када је то овим законом одређено.

Када је реч о правима запослених ту се указује да запослени имају право на: одговарајућу зараду при чему се поштује принцип „једнака зарада за исти рад или рад исте вредности“⁷, безбедност и заштиту живота и здравља, здравствену заштиту, заштиту личног интегритета и друга права у складу са прописима из здравственог, пензијског и инвалидског осигурања, материјално обезбеђење у случају привремене незапослености као и право на друге облике заштите сходно закону и општем акту. Осим наведених основних права, постоје и права која припадају посебним категоријама запослених (жене имају право на посебну заштиту за време трудноће и након порођаја; посебна заштита ради неге детета; запослени малолетник, инвалиди имају право на посебну заштиту).

Осим наведених права, запослени непосредно, односно преко својих представника, имају право на удруживање, учешће у преговорима за закључивање колективних уговора, мирно решавање колективних и индивидуалних радних спорова, консултовање, информисање и изражавање својих ставова о битним питањима у области рада, при чему се не могу позивати на одговорност нити се стављати у неповољнији положај под условом да наведене активности остварују у складу са законом и колективним уговором.

⁶ Александар Николић, *Радно право*, Београд, 1995, 23.

⁷ Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, Александар Антић, *Практикум за радно и социјално право*, ЈП Службени Гласник, Београд, 2016, 105.

Законом о раду Србије⁸ (члан 14.) установљено је и право запосленог да учествује у добити оствареној у пословној години. Ово право се утврђује уговором о раду или одлуком послодавца, а у складу са законом и општим актом.

Да би остварио права која су горе наведена запослен је дужан да савесно и одговорно обавља послове на којима ради, да поштује организацију рада и пословања код послодавца, као и услове и правила послодавца у вези са испуњавањем уговорних и других обавеза из радног односа⁹, да обавести послодавца о битним околностима које утичу или би могле да утичу на обављање послова утврђених уговором о раду и да обавести послодавца о свакој врсти потенцијалне опасности за живот и здравље и настанак материјалне штете.

Послодавац је дужан да запосленом обезбеди остваривање свих права која су утврђења законом, општим актом и уговором о раду уз испуњење дужности запосленог, што произилази из опште познатог правног принципа о корелацији права и обавеза из двостраних теретних правних послова. Посебно се истичу следеће обавезе послодавца: да запосленом обезбеди обављање послова утврђених уговором о раду и затражи мишљење синдиката у случајевима утврђеним законом, а код послодавца код кога није образован синдикат од представника кога одреде запослени.

Послодавац и запослени дужни су да се придржавају права и обавеза утврђених законом, општим актом и уговором о раду. Поштовањем обавеза послодавца и запослени стварају услове за очување и унапређење радног мира и социјалног дијалога, што су неопходни фактори за стварање добити у чијој расподели, а на основу уговора о раду или одлуке послодавца може учествовати и запослени у складу са законом и општим актом.

У радном праву посебно место заузимају права социјалног осигурања. Под правом социјалног осигурања или социјалним правом подразумевамо грану права која обухвата правне норме којима се регулише заштита лица која нису тренутно или трајно у могућности да себе и чланове своје породице издржавају, због тога што нису способна за рад или не поседују имовину. Ова немогућност издржавања настаје услед бројних разлога, који нису везани за њихову вољу, тј. услед старости, инвалидности, болести, и незапослености. Циљ социјалног права је да обезбеди материјалну егзистенцију претходно наведеним категоријама лица.

⁸ „Сл. гласник РС“, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 - одлука УС.

⁹ Александар Антић, „Електронска комуникација и положај запослених“, *Правни живот*, год. LXV, књ. 585, бр. 11, 2016, 367.

Социјално право чине државне јавноправне норме и оно је њима уређено.¹⁰ Социјалним осигурањем осигураници обезбеђују своју материјалну егзистенцију у случају наступања социјалног ризика. Социјалним осигурањем осигураници обезбеђују социјалну сигурност у ситуацијама које се могу тицати свих животних догађаја или промена у здравственом стању које доводе до угрожавања радне способности и немогућности даљег рада и несташнице средстава за егзистенцију.¹¹

Наступањем социјалног ризика осигураници стичу права по основу социјалног осигурања. Социјални ризик је будућа непредвиђена ситуација чијим наступањем на страни осигураника настаје одређена штета или неприлика. Штету или неприлику насталу наступелим социјалним ризиком, човек тешко може сам отклонити и превазићи, без организоване помоћи и интервенције.¹²

Социјалним ризицима су изложени сви чланови друштва. Из тог разлога је оправдано постојање социјалног осигурања, оно треба да омогући анулирање (потпуно ли делимично) последица наступелог социјалног ризика. Наступање социјалног ризика угрожава нормално задовољење потреба или ствара нове потребе на страни осигураника.¹³

Социјални ризици се могу поделити на разне начине. Најзначајнији су болест, старост, смрт, незапосленост, повреда на раду и професионална болест. Гране социјалног осигурања представљају његове уже целине које се разликују према природи ризика које покривају и према врсти права која се обезбеђују осигураним лицима. Систем социјалног осигурања може се поделити на: 1. здравствено осигурање; 2. пензијско и инвалидско осигурање и 3. осигурање за случај незапослености.

У систему социјалног осигурања Србије посебно су значајни следећи посебни закони: Закон о пензијском и инвалидском осигурању¹⁴, Закон о здравственом осигурању¹⁵, Закон о здравственој заштити¹⁶, Закон о

¹⁰ Боривоје Шундерић, *Социјално право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009, 10.

¹¹ Предраг Јовановић, *Радно право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2015, 416.

¹² *Ibid*, стр. 417.

¹³ Сенад Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2013, 4.

¹⁴ Закон о пензијско инвалидском осигурању, „Службени гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014.

¹⁵ Закон о здравственом осигурању, „Службени гласник РС“, бр. 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012 (Одлука Уставног суда), 119/2012, 55/2013 (Решење Уставног суда), 99/2014, 123/2014 (Одлука Уставног суда).

¹⁶ Закон о здравственој заштити, „Службени гласник РС“, бр. 107/2005.

социјалној заштити¹⁷, Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима¹⁸, Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање¹⁹, Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника-запослених²⁰ и Закон о запошљавању и осигурања за случај незапослености.²¹

Дакле, можемо закључити да је право на рад прецизно дефинисано разним, највишим правним актима како међународних тако и у оквиру правног система Србије. Из свих тих докумената јасно произилази чињеница да је право на рад неприкосновено право сваког човека, и да на основу њега су му загарантоване разне социјалне припадљности. То каже теорија, а шта је са праксом?

3. ПОЛОЖАЈ РАДНИКА У СРБИЈИ – РАДНО (НЕ)ПРАВО

Транзиција из социјализма у обрнути социјализам и радно (не)право проузроковала је бројне негативне последице по саме раднике, а то управо сведоче и примери из праксе. Дневне новине свакодневно извештавају о разним злоупотребама радника на послу и бројним кршењима њихових људских и радних права. Радници због тешке материјалне ситуације, услед недостатка елементарних услова за живот често се одлучују за драстичне потезе. Један од њих је педесетседмогодишњи радник из Велике Плана, који је радио у фабрици шинских возила „Гоша“ у којој је себи одузео живот. Иако су запослени власници им дугују по петнаест плата, здравствено осигурање немају већ три године. Фабрика се приватизовала 2007. године, а власник је словачка фирма Жос Трнава, где не одговара на питања одговорности несрећног радника, а и осталих запослених, који се налазе у веома неповољном положају. „Правна држава не функционише како треба. Чини ми се и да постоји жеља да се страним инвеститорима угоди колико год се може и да им се повремено гледа кроз прсте“, истиче Тања Јакоби из Центра за истраживање јавних политика. Процене Асоцијације слободних и

¹⁷ Закон о социјалној заштити, „Сл. гласник РС“, бр. 24/2011.

¹⁸ Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, „Службени гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014.

¹⁹ Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, „Службени гласник РС“, бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 7/2008, 5/2009, 7/2009, 3/2010, 4/2011, 52/2011, 101/2011, 7/2012, 8/2013, 47/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015.

²⁰ Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника-запослених, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005.

²¹ Закон о запошљавању и осигурања за случај незапослености, „Службени гласник РС“, бр. 36/2009, 88/2010.

независних синдиката Србије су да у Србији има између 300 и 320 хиљада људи који не примају редовно плате. Које крив због тога, коме се обратити? После власника радници криве државу, по речима Ранке Савић председнице Асоцијације слободних и независних синдиката, не зна се колико су дописа, апела, молби послали Министарству рада и привреде и финансија и тражили њихову помоћ. Министарства су морала да реагују и виде шта се дешава у Гоши и какво је стање запослених. Међутим, у Министарству привреде тврде да немају никакву надлежност у Гоши, јер је контрола после приватизације завршена још 2009. године.

Посебан вид злоупотребе радничких права је ангажовање радника за рад преко агенција. Ако не постоји закон којим је дозвољен рад агенција за запошљавање у претходне три године, када је у Србији почела права експанзија изнајмљивања радника, број агенција за посредовање у запошљавању изузетно повећао. У чланку „И робови и роботи“ Политика од 5. Марта 2017.²² пише да такве агенције ничу као печурке, а то им омогућава држава. Готово да нема већег предузећа у Србији, у приватном или државном власништву, које нема одређени број људи који раде преко тих агенција. Држава форсира агенцијско запошљавање, иако је оно противуствано и незаконито. Постојање ових агенција на нашем тржишту рада омогућила ратификација конвенције Међународне организације рада о приватним агенцијама за посредовање и запошљавање. Ту конвенцију је усвојила Скупштина Србије у фебруару 2013. године. Међутим, ова област ни сада није уређена до краја. Такве раднике не штити актуелни Закон о раду, усвојен 2014. Због тога ти радници докле год раде немају право на годишњи одмор, боловање, топли оброк, трошкове превоза, празнике и плаћени прековремени рад, синдикално организовање, колективне уговоре, па чак немају ни закон који би регулисао њихов статус. Радници на лизинг тешко могу да остваре права која имају њихове колеге запослене директно код послодавца, а при том живе у сталном страху да се и такав уговор може прекинути у било ком тренутку. Агенције преко којих се запошљавају радници на лизинг функционишу тако што ангажују раднике, плаћају за њих порезе и доприносе, али они не раде у агенцији, већ у фирмама којима их агенције уз провизију изнајмљују. Радници се ангажују када је неком предузећу потребна нека струка на одређено време, уз минималне обавезе. Агенције тако згрћу паре, држава с евиденције брише незапослене, па се онда дичи како је отворено ко зна колико нових радних места, а у ствари радник јој ради без икаквих права. Овакво пословање је преузето из западних система али само најгори део.

²² „И робови и роботи“ Политика од 5. Марта 2017, Број 37110, година СХИВ.

Под притиском страних ментора, марионетска власт у Србији мења законску регулативу искључиво у корист Запада, што је карактеристично само за окупирање земље. Та и таква решења, која чак и одударају од норми и стандарда међународног права, директно подривају државни интегритет Србије, урушавајући њен привредни систем и руше основне полуге србске државе и србског друштва. Највећу штету наносе два закона, која су наравно донета у корист ментора са Запада, а то су: Закон о раду и Закон о приватизацији. Закон о раду је потпуно против интереса радника, јер он омогућава власницима фабрика (углавном, реч је о страним власницима или о мешовитим фирмама) да раднике отпушта из њихових фабрика (социјалним програмима и стечајима) без икакве одговорности за њихову судбину. Тиме се отупљује радничка снага и њихова синдикална борба (а и синдикати су постали марионете државе), јер радници представљају снагу само док су заједно у фабрикама, док на улицама они су обезличена маса осуђена на гладовање и лак плен манипулацијске обећањем посла. Закон о приватизацији је донет како би легализовао отимачину и пљачку државне и друштвене имовине. Очекивања да ће страни капитал похрлити у Србију била су последица лажних обећања за наивне, а неподузимање елементарних заштитних мера за домаћу производњу, уз безочно пљачкање и отимачину друштвене имовине, брзо су довели до потпуне парализе домаће привреде која је некако преживела чак и у време економских санкција. Свима је морало бити јасно да обавезна и потпуна приватизација може бити само најобичнија пљачка чак и у веома уређеној земљи. У Србији она је омогућила пљачку народног богатства и стварање армије незапослених лишених облика правне заштите које пружа радни однос. Купци свеколиког народног богатства постали су или страни капитал или домаћи тајкуни који су се обогатили на несрећи државе и народа. Потом је уследило масовно отпуштање радника и пад производње. Друштвено богатство је куповано да би се после скупље продавало, а не да би се профитабилно производило. Тако смо од земље у којој је положај запослених био максимално правно заштићен, постали земља у којој су запослени постали радници страних фирми, препуштени самовољи новопечених власника, лишених свих социјалних обзира. Таквом концепцијом приватизације урађен је главни посао рушења домаће привреде: остало што се догађало спада у ред завршних радова.

Под изговором транзиције и трансформације привреде, скоро сва производња је заустављена. Масовним отпуштањем радника, уз енормно и потпуно незаслужено богаћење политичке елите, а све у име демократских промена и либерализације тржишта, разорено је привредно ткиво Србије. Извештаји говоре да производња замире у свим деловима земље. Србија је потонула у дубоку економску кризу. Наше друштво данас, налази се под контролом паразита који су спремни да праве рачуне и са црним ђаволом само да задрже моћ и привилегије. Ову констатацију потврђују и резултати

истраживања Института за социолошка истраживања под називом *Нови трендови у класно слојној покретљивости у Србији 2012.*, који на егзактан начин потврђују тезу да је нова економска елита у Србији производ „звучних презимена која се пишу са неколико нула“. Имајући пред собом упоредне податке истраживања од пре десетак година, када су скоро половину (43 одсто) економске „топ класе“ чинили потомци радника и сељака, а 1989. године чак 60 одсто „крупних“ капиталиста јесу били потомци очева са ситном имовином који су дошли из радничких и сељачких породица, аутори овог истраживања показују да данас тек сваки пети припадник ове елите потиче из радничког и руралног социјалног миљеа. Припадници данашњег „бизнис клуба“ у Србији углавном, показује ово истраживање, чине деца истог тог социјалног слоја – предузетника, директора или политичара. Наиме, чак 40 одсто садашње економске и политичке елите на питање: шта су били ваши родитељи одговара – директори или власници предузећа, а свега 2 одсто њих каже – радници (Цвејић, 2012, стр. 143-158). Дакле, јасно је да се највиша „бизнис класа“ саморепродукује, а уједно затвара за припаднике нижих друштвених слојева. Међутим, оно што је негативно и опасно у овој друштвеној појави је то што највећим делом садашњи капитал нових - старих неокапиталиста-комунисткапиталиста није заснован на властитом раду и произвођачко-трговинском предузетништву већ је производ шверца у време санкција, финансијских махинација на бази привилегованог политичког положаја²³, пљачке државних фирми и сл. Једном речју, стечен је на ратном и политичком профитерству, што је као што смо видели и у Рајсовој анализи српског друштва за време и након Првог светског рата било присутно и тада. Никад се мање у Србији није радило него ли данас и никад се није боље живело од нерада, шверца и криминала него што се данас живи.

4. КА ЗАКЉУЧКУ

Српско друштво и српски народ се последњих година налази на сваковрсној низбрдици, на магистрали пропасти. Прихватајући секуларизоване и релативистичке вредности и узоре западног света, а одбацујући своје традиционалне и националне урушавамо све здраве темеље

²³ О политичкој позадини пљачке државних фирми и на бази тога уласка у виши друштвени слој, између осталог видети и у радовима Слободан Антонић, *Мрежа школских другара у политичкој елити Србије*, 2010; Урош Шуваковић, *Социјална проходност кроз тзв. Класичне канале друштвене покретљивости на примеру савремене Србије*, 2012.

на којима је вековима наше друштво почивало. Транзиција се показује као трагедија у свим сферама живота:

- урушава се политички суверенитет кроз евро и нато интеграције;
- урушава се економија, транзија је опустошила привреду и многима је угрозила живот „Србију одвела у буцаку“ (Урош Шуваковић), а српски народ се од домаћинског претвара у слугарски народ;
- урушава се породица, смањује се наталитет, млади беже из земље, чиме смо као народ на сигурном путу демографског самонестанка;
- урушава се образовање као један од темеља здравог друштва. Образовање се све више од изворног значења (образовање, од речи образ,) претвара се у едукацију без икаквог смисла и значења, одваја се од васпитне функције, производећи све више фах идиоте (Љ. Митровић);
- урушава се културни суверенитет кроз секуларизацију традиције и религије промовисањем нове „пунк културе“ чиме се у области духовности разарају моралне вредности, а промовишу алтруизам, безосећајност криминал и апатија, чиме се око нас слама сваки иоле пристојан облик живота и девастира елементарни систем моралних и цивилизацијских вредности;
- урушава се свест људи псеудоморфозом свести. Још је давно непревазиђени српски песник Петар Петровић Његош у спеву „Лажни цар Шћепан Мали“ говорио како се народ извео из свести. А ми управо у овом времену живимо овај далекосежни увид и песничко предсказање.

Србија је увек била, ако не у целини, а онда у својим најбољим представницима и главној народној историјској оријентацији кроз векове: *домовина побожности, радиности, правдољубивости, животне радости, љубави према свом завичају, гостопримства, социјалног заједништва и међусобне помоћи и у добру и злу*. Данас многима, посебно дежурним (страним и домаћим) мрзитељима Срба, ова слика Србије изгледа као бајка која нити је када постојала у прошлости нити ће када постојати у будућности. Наравно, они нити познају, нити воле, нити желе такву Србију. Нас по речима Светог Николаја српског *неће спасити вештину него врлина*, што значи да је на првом месту аутентичне Србије постављање врлинског живота на место које му припада у друштву. То конкретно значи насељавање друштвеног живота оним системом вредности који подстиче и награђује врлину. Српски народ је одвајкада био домаћински народ, те у том смислу и појам домаћин има аксиолошку вредност. Употреба појма домаћин говори о његовом значењу, јер ако хоће да истакне нечију вредност, наш народ за дотичног каже да је домаћин. Светосавско домаћинско начело гласи: *Бог је домаћин света, христољубиви владар домаћин државе, побожни Србин је домаћин породице*. Наш народ је духа домаћинског. Свети Сава је највећи домаћин у нашој историји. Дух његовог домаћинства очувао се у нашем народу до данас, али се данас квари. Бити успешан домаћин значи бити

одговоран у односу на имање које му је поверено: *сабирати а не расипати, стварати а не разарати, увећавати а не смањивати, кућити а не раскућивати...* Тај статус је отприлике статус сваког српског домаћина. Опасност од слепог, некритичког прихватања свих „*вредности*“ које долазе са Запада, а које раскућују српску кућу, давно мудро уочава и наш врли владика Николај и на то србски род упозорава у свом чувеном делу Теодул: „Знаш ли ти, Теодуле, откуд проистичу, највеће несреће међу људима? Ако не знаш, ја ћу ти казати: отуда што су људи изгубили дух домаћински. Изгубили су дух домаћински, мој Теодуле, а запојили се духом најамничким. А најамник нити уме своју кућу да кући нити хоће туђу да кући. Раскућену кућу србског народа једино можемо опет скућити ако у Србији изнова зацари дух домаћински“ (Николај, 2001, 233). До јуче, такорећи, Срби нису могли замислити човека без личне имовине. Али, исто тако нису могли замислити ни једно село или град, или сталеж или еснаф, без заједничке имовине. Код нас су и јавне установе имале своју имовину: и цркве, и школе, и болнице, па чак и касарне. Тиме се изражава домаћински дух србског народа. Код Срба је и јавна установа правна личност што није случај рецимо код Американаца. Чим је „личност“ установа треба да има и своју имовину. Тешко је Србину замислити личност без имовине.

Petar ANĐELKOVIĆ, Ph.D.

Full Professor, Faculty of Philosophy, Department of Sociology
University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica,

Radica NEDELJKOVIĆ

PhD student

WORKING (NOT) RIGHT IN SERBIA-FROM THE PEOPLE THAT WAS HOST TO THE PEOPLE WHO SERVE

Summary

Work is the basic substance of man, man's essence and the condition of his existence. Work is the one who created man, and man ese work is that which man creates resources that meet their material and spiritual needs - a condition of existence. Therefore, the right to work is one of the fundamental rights of every man, which is regulated to international regulations, and also guaranteed by the Constitution of the Republic of Serbia. Everyone has the right to work, according to the Constitution of the Republic of Serbia. There should be freedom of labor, prohibited forced labor, guarantees the free choice of profession and employment and participation in governance. It is prohibited to Discrimination and harassment at work, guarantee the trade unions and etc. It says the Constitution, and theory , but practice what she says. What happened to the right to work in the swirls of transition in Serbia? The purpose of this paper is to point out the discrepancy theory and practice in terms of labor law in Serbia. Savage neoliberal capitalism has made the right havoc in Serbia. The biggest losers of transition are workers. Brought in a state of economic misery, with difficult and sometimes nearly impossible conditions to come to work, the unemployed are blackmailed transaction agree on everything, their wagw are reduced to a minimum, there is no trade union protests, no workers' rebellion. Once a proud host nation, which puts freedom above all else, pressed existential concern for survival turns into servant nation. Work is that, as was speaking Marks, bridge that connects the world of freedom and the world of necessity. Freedom is not only defending the work but the work of the best if not the only way to achieve freedom. Therefore, the work and the right to work, must be affirmed as the highest moral and social principles.

Keywords: *Labor Law, the Constitution of the Republic of Serbia, transition, workers, worker abuse.*

ЛИТЕРАТУРА

Антић, Александар, Електронска комуникација и положај запослених, *Правни живот : часопис за правну теорију и праксу*, бр. 11, 2016, 365-376.

Анђелковић, Петар, *Пасионирани патриотизам и/или (ЕУ)ропство*. Косовска Митровица: Филозофски Факултет Косовска Митровица, 2014.

Антонић, Слободан, *Против колонијалне елите, Сведок*, 2014.

Брдар, Милан, *Хроника разорене Троје*“. Крагујевац: Центар слободарских делатности; Бачка Паланка: Логос, 2012.

Брковић, Радоје, Урдаревић, Бојан, Антић, Александар, *Практикум за радно и социјално право*, Београд: „Службени Гласник“ ЈП, 2016.

Велимировић, Николај, *Место Србије у светској историји, Сабрана дела*, Аустрија: Линц, 2001.

Енгелс, Фридрих, *Улога рада при претварању мајмуна у човека*. Београд: Етнографски музеј, 1963.

Јовановић, Предраг, *Радно право*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 2015.

Јашаревић, Сенад, *Социјално право*, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду, 2013.

Карл, Маркс, *Капитал*, том I, Београд: Просвета 1974.

Карл Маркс, Фридрих Енгелс, *Немачка идеологија*, Београд: Култура, 1964.

Лазих, Младен, *Постсоцијалистичка трансформација у Србији: друштвени актери и друштвене промене, Домети транзиције од социјализма ка капитализму*. Београд: Friedrich Ebert Stiftung, 2011, 41–54.

Милошевић, Зоран, *Куга неолиберализма: од економије до икономије*. Београд: Слободна књига, 2000.

Милосављевић, Љубинко, *Куда и како*. Ниш: Филозофски факултет Ниш, 2012.

Николић, Александар, *Економско стање у Србији у XIV веку, Могуће стратегије развоја Србије*. Економски зборник Књига XIII, Београд: Српска академија науке и уметности, 2014, 817- 827.

Цвејић, Србислав, *Нови трендови у класно-слојној покретљивости у Србији, Промене у друштвеној структури и покретљивости*. Нови Сад: Филозофски факултет, 2013.

Погача, Золтан, *Исток Европе је европски Мексико, Печат*, 359, 2015.

Шундерић, Боривоје, *Социјално право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2009.

Правни акти:

Закон о раду, "Сл. гласник РС", бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 и 13/2017 - одлука УС.

Закон о пензијско инвалидском осигурању, "Службени гласник РС", бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014.

Закон о здравственом осигурању, "Службени гласник РС", бр. 107/2005, 109/2005, 57/2011, 110/2012 (Одлука Уставног суда), 119/2012, 55/2013 (Решење Уставног суда), 99/2014, 123/2014 (Одлука Уставног суда).

Закон о здравственој заштити, "Службени гласник РС", бр. 107/2005.

Закон о социјалној заштити, "Сл. гласник РС", бр. 24/2011.

Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима, "Службени гласник РС", бр. 34/2003, 64/2004, 84/2004, 85/2005, 101/2005, 63/2006, 5/2009, 107/2009, 101/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014, 142/2014.

Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање, "Службени гласник РС", бр. 84/2004, 61/2005, 62/2006, 7/2008, 5/2009, 7/2009, 3/2010, 4/2011, 52/2011, 101/2011, 7/2012, 8/2013, 47/2013, 108/2013, 6/2014, 57/2014, 68/2014, 5/2015.

Закон о уплати доприноса за пензијско и инвалидско осигурање за поједине категорије осигураника-запослених, "Службени гласник РС", бр. 85/2005.

Закон о запошљавању и осигурања за случај незапослености, "Службени гласник РС", бр. 36/2009, 88/2010.

Интернет издања:

<http://www.ekonomski.net/zbog-neisplacenih-zarada-radnik-gose-izvrsio-samoubistvo>

(Приступ: 25.03.2017.)

<http://www.politika.rs/sr/clanak/375543/Tema-nedelje/I-roboti-i-roboti>

(Приступ: 20.03.2017.)

http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO

(Приступ: 23.03.2017.)

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168047e014>

(Приступ: 23.03.2017.)

Марија ДРАГИЋЕВИЋ*

ОДГОВОРНОСТ ЗА ДОСПЕЛА ПОТРАЖИВАЊА ИЗ РАДНОГ ОДНОСА У СЛУЧАЈУ ПРОМЕНЕ ПОСЛОДАВЦА**

Апстракт: Реорганизација послодаваца је посебно осетљиво питање економског развоја сваке земље, јер иако условљена економским разлозима, њу нужно прате и одређене социјалне импликације које су повезане са положајем запослених. Статусне промене доводе до промена у радном односу односно преношења уговора о раду на новог послодавца, а те промене у Републици Србији су регулисане Законом о раду. Закон јемчи запосленима *ex lege* пренос свих права и обавезе из уговора о раду на новог послодавца уколико дође до статусних промена. Да ли наведено правило о аутоматском преношењу права и обавеза на послодавца следбеника важи и за доспела потраживања из радног односа, односно ко је одговоран за обавезе које су доспеле пре преноса уговора о раду на новог послодавца, те какав је основ и врста одговорности у питању, предмет је разматрања овог рада. Посебан осврт у раду је дат на одредбу Директиве Савета 2001/23/ЕЗ која уређује ово питање, те на степен усаглашености нашег законског решења европском комунитарном.

Кључне речи: промена послодавца, заштита запослених, одговорност

1. УВОД

"Готове све анализе полазе од претпоставке да је економски раст данас више мање парадигма економског успеха и преображаја земље у транзицији. Земље се превасходно баве подстицањем раста укупне економске активности да би обезбедиле повољан економски амбијент за инвестиције и запосленост."¹ Опредељујући се за тржишно пословање и

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Нишу
marijad@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске уније" који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

¹ Петар Ђукић, "Реструктурирање привреде Србије; одрживи раст и развој", *Економски видици*, бр. 5, Београд, 2005, 345.

његове законитости Република Србија је ушла у период неповратних економских промена, придружујући се најразвијенијим друштвено-економским системима у свету.²

Промене на тржишту захтевају суштинска прилагођавања послодаваца новим околностима, како би били у стању да послују у тржишним условима. Прилагођавање променама води повећању њихове конкурентности или избегавању инсолвентности, и може се испољити на више начина, који се једним именом називају реорганизација предузећа. Реорганизација укључује различите облике статусних промена (спајања, припајања, преноса, подела), али је она могућа и уз прибегавање исказивању вишкова, односно колективном отпуштању, као и стечају послодавца.³ Овакве промене условљене су економским законитостима пословања, али представљају шири социјални и политички, а не само економски проблем. Из тих разлога се постизање равнотеже између послодавчеве слободе предузетништва усмерене на стицање добити и права запослених на одговарајућу заштиту појављује као једна од основних тежњи савременог радног права. Са циљем да ограничи несигурност запослења, Закон о раду Републике Србије⁴ од 2005. године уређује питање заштите права запослених у случају промене послодавца. Ово опредељење је у складу са европским стандардима заштите права запослених у случају преноса предузећа, који су садржани у Директиви Савета 2001/23/ЕЗ⁵. Заштита запослених, сходно одредбама Директиве, обухвата три сегмента, који истовремено представљају и минимум заштите која је пружена запосленима у случају преноса предузећа: 1) даном преноса предузећа права и обавезе из радног односа који постоји на дан преноса се *ex lege* преносе на новог послодавца (чл. 3); 2) запослени су заштићени од отпуштања од стране старог или новог

² У другу фазу транзиционих поступака улази и реструктурирање јавних предузећа која су чинила окосницу претходног економског система. Ова фаза је знатно сложенија од прве јер подразумева темељни заокрет ка тврдом буџетском ограничењу и елиминисању непотребне запослености, и стога може изазвати јак отпор међу интересним групама којима одговара *status quo*. Вид. Ивица Стојановић, "Реструктурирање јавних предузећа и проблеми незапослености", *Економски видици*, бр. 5, Београд, 2005, 359-377.

³ Бранко Лубарда, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 550.

⁴ Закон о раду - ЗОР, "Службени гласник Републике Србије", бр. 24/05, 61/05, 54/09, 75/14 и 13/17 - одлука УС.

⁵ Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or business or parts of undertakings or businesses, Official Journal L 82, 22/03/2001, 16-20.

послодавца (чл. 4); 3) послодавци су обавезни да обавештавају и консултују представнике запослених о преносу предузећа (чл. 7).

Правило о аутоматском преношењу права и обавеза из радног односа који постоје на дан преноса је најзначајнији сегмент заштите запослених у случају промене послодавца. Наведено правило подразумева да лица која су била у радном односу у тренутку промене у правном статусу послодавца имају према послодавцу следбенику иста уговорна права и обавезе, као и пре одређене промене. Овај вид правног следбеништва не зависи од воље односних субјеката, већ настаје непосредно на основу закона. У вези са наведеним отвара се једно значајно питање - да ли правило о *ex lege* преносу уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника важи и за обавезе из уговора о раду које су доспеле пре преноса уговора на послодавца следбеника. Закон о раду не даје изричит одговор на ово питање. Директива Савета 2001/23/ЕЗ оставља могућност државама чланицама да предвиде солидарну одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника за обавезе које су доспеле пре преноса предузећа. Да ли су државе чланице искористиле наведену могућност, те каква је правна ситуација поводом наведеног питања у нашој земљи, биће предмет разматрања у овом раду. Полазећи од чињенице да је одговорност за доспела потраживања из радног односа један аспект заштите права запослених у случају промене послодавца, чини се да је нужно да се најпре осврнемо на питање шта се подразумева под променом (у правном статусу) послодавца, како би се утврдиле границе наведене одговорности.

2. ПРОМЕНА (У ПРАВНОМ СТАТУСУ) ПОСЛОДАВЦА

Закон о раду не садржи дефиницију промене послодавца као посебног правног поступка на основу кога запослени код послодавца претходника наставља радни однос код послодавца следбеника, већ употребљава бланкетну норму која упућује на статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом. У пракси, идентификација случајева када долази до статусне промене, односно промене послодавца није увек једноставна, посебно ако се има у виду прилично широка законска дефиниција појма послодавца и изостанак дефиниције радног односа из Закона о раду.⁶ Имајући у виду наведено, неопходно је указати на проблематику у одређивању појма статусне промене, односно промене

⁶ Љубинка Ковачевић, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2016, 478.

послодавца, и то најпре кроз разматрање решења датих у праву Европске уније, а потом и у нашем праву.

2. 1. Појам "преноса предузећа" у праву Европске уније

У европском комунитарном праву, те праву држава чланица ЕУ, највеће недоумице приликом имплементације начела очувања запослења у случају статусне промене настају у вези са подручјем примене овог начела, односно са правном квалификацијом "преноса предузећа" (енгл. *transfer of undertaking*).⁷

Вршењем својих активности, привредни субјекти у основи обављају одређено предузетништво (предузеће). У правној теорији предузеће се по правилу не третира посебним субјектом права - не признаје му се правни субјективитет, већ се третира економском категоријом, као привредна активност - предузетништво. Појам предузећа јавља се као објект трговачког права или као елемент у дефинисању појма трговца. Пошто предузеће нема правни субјективитет, у правне односе са трећим лицима улази носилац предузећа - делатности, а то може бити правно лице (привредно друштво) и физичко лице (предузетник).⁸

Под трансфером предузећа, у смислу Директиве, подразумева се пренос "економског ентитета који задржава свој идентитет", као резултат правног трансфера или спајања предузећа, дела предузећа, посла или дела посла (чл. 1, ст 1, а, б), са послодавца претходника, физичког или правног лица које у случају трансфера престаје бити послодавац (енгл. *transferor*) на послодавца следбеника (енгл. *transferee*), физичког или правног лица које постаје послодавац (чл. 1, ст. 1 а у вези чл. 2, ст 1, а и б).⁹

Поред коришћења појмова предузеће, посао односно њихов део, који су сами по себи општи и неодређени, Директива, у циљу њихове допуне и разраде, уводи појам "економског ентитета" који задржава свој идентитет. Као резултат оваквог нормативног приступа, у пракси је остављено доста простора за разноврсно тумачење и диференцирану примену права, због чега

⁷ Љубинка Ковачевић, "Правне последице ступања трећег лица у права и обавезе послодавца", *Радно и социјално право*, бр. 1, Београд, 2007, 346.

⁸ Наше законодавство и даље познаје појам "предузеће" коме признаје правни субјективитет. Упоредо са приватизацијом друштвене и јавне својине и тиме условљеног облика "друштвеног" и "јавног" предузећа, правни појам предузећа код нас се мора довести у склад с хармонизованим значењем, чиме привредно друштво неће бити облик предузећа, већ носилац предузећа. Вид. Мирко Васиљевић, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Профинвест д.о.о. Београд, Београд, 2007, 39-40.

⁹ Бранко Лубарда, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004, 284.

су се јављале бројне спорне ситуације, које је решавао Европски суд правде. С тим у вези, у судској пракси Суда правде је, с правом, отворено питање поузданих критеријума за квалификацију преноса предузећа. Преовлађује став да пренос предузећа постоји ако су кумулативно испуњена два услова: да је дошло до промене послодавца и да је очуван идентитет предузећа. *Први услов* је испуњен ако је у радном односу дошло до промене правног или физичког лица, које је одговорно за вођење пословања и које преузима обавезе које послодавац има према запосленима у одређеном предузећу. До наведене промене може доћи као резултат правног посла или фузије предузећа. Пренос правним послом је Директивом експлицитно предвиђен као једна од правних могућности за промену послодавца. Ради се о разноврсним неименованим уговорима трговинског права којима се могу креирати различите форме повезивања, које се, за разлику од статусних промена, не региструју (уговор о дугорочној производној сарадњи, уговор о картелу, уговор о франшизингу итд.). У пракси Европског суда правде искристалисан је став да појам правног преноса (енгл. *legal transfer*) укључује не само трансфер на основу уговора између послодавца претходника и послодавца следбеника, већ и по другим основима: по основу престанка лизинга или по основу уговора о привременим и повременим пословима.¹⁰ Штавише, данас се концепција заштите запослених, шири на "све случајеве преноса једног економског ентитета, чије су активности настављене или обновљене, чак и у одсуству правне везе између двају узастопних послодавца".¹¹ *Други услов* је испуњен ако нови послодавац обезбеди да предузеће, обављањем истих или сличних активности, настави или поново започне пословање (након привременог прекида). То не значи да се заштита пружа само у случају да су привредне активности идентичне, већ је довољно да су сличне. Прецизирању овог услова доприноси јуриспруденција Европског суда правде. У случају *Spijkers*, Суд је пресудио да је потребно да национални судови, ради процене да ли су испуњени услови за примену Директиве, узимају у обзир све околности под којима је пренос реализован (врсту одређеног предузећа, преузимање или непреузимање већине запослених од стране новог власника, степен

¹⁰ Пресуда у предмету C -171/94 (*Merckx and Neuhuys v Ford Motors Company Belgium*) од 7. марта 1996. године (European Court Reports 1996, I-1253), Пресуда у предмету E-02/95 (*Eilert Eidesund v Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра од 1996. године [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 1.

¹¹ Jean Pelissier, Alain Supiot, Antoine Jeammaud, *Droit du travail*, 21 edition, Dalloz, Paris, 2002, 425, нав. према Љ. Ковачевић (2016), 481.

сличности између раније и делатности након преузимања, дужина трајања прекида те делатности итд).¹²

Поред преноса предузећа односно посла, Директива се примењује и на пренос дела предузећа или дела посла (делатности), без обзира да ли је пренета активност од секундарног значаја за претходног послодавца и да ли је у непосредној вези са циљем предузећа. Тако, у случају *Redmond* Суд је потврдио да се примена Директиве не ограничава само на предузеће, као профитну организацију, већ укључује и правна лица која имају одређене социјалне, културне, рекреативне и сличне функције, као и њихове делове.¹³

2.2. Статусне промене и промене послодавца у домаћем праву

Према одредбама Закона о раду, "у случају статусне промене, односно промене послодавца, у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене послодавца".¹⁴ Дакле, поред континуитета радног односа запослених у случају статусних промена, Закон о раду предвиђа примену законских одредби у погледу континуитета права из радног односа и код "промене послодавца, у складу са законом".

Статусне промене су системски уређене Законом о привредним друштвима¹⁵, али их уређују и други закони који уређују положај субјеката који нису привредна друштва. Дакле, статусне промене привредних субјеката у позитивном домаћем праву могу се сврстати у две категорије: 1. општи режим дефинисан Законом о привредним друштвима; 2. посебне законске облике статусних промена појединих правних лица (јавних предузећа, установа, задруга, фондова, фондација и осталих правних лица).¹⁶

¹² Пресуда у предмету С -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (European Court Reports 1986, 1119).

¹³ Пресуда у предмету С -29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v Hendrikus Bartol and others*) од 19. маја 1992. године (European Court Reports 1992, I - 031899).

¹⁴ ЗОР, чл. 147.

¹⁵ Закон о привредним друштвима - ЗПД, "Службени гласник Републике Србије", бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.

¹⁶ Закон о јавним предузећима, "Службени гласник Републике Србије", бр. 15/16, Закон о задругама, "Службени гласник Републике Србије", бр. 112/15, Закон о задужбинама и фондацијама, "Службени гласник Републике Србије", бр. 88/10 и 99/11 - др. закон, Закон о спорту, "Службени гласник Републике Србије", бр. 10/16, Закон о удружењима, "Службени гласник Републике Србије", бр. 51/09 и 99/11 - др. закон, Закон о научноистраживачкој делатности, "Службени гласник Републике Србије", бр. 110/05, 50/06 - испр., 18/10 и 112/15.

Према Закону о привредним друштвима, "статусном променом се привредно друштво (друштво преносилац) реорганизује тако што на друго друштво (друштво стицалац) преноси имовину и обавезе, док његови чланови у том друштву стичу уделе, односно акције".¹⁷ Статусне промене су припајање, спајање, подела и издвајање. Прве три врсте статусних промена подразумевају операције које се спроводе преузимањем свих права и обавеза друштва претходника од стране друштва следбеника, без потребе за спровођењем ликвидације друштва које престаје да постоји. *Припајање*, притом, подразумева да једно или више друштава преноси на друго друштво своју целокупну имовину и обавезе, док *спајање* привредних друштава подразумева стапање два или више друштава оснивањем новог друштва и преношењем на то друштво целокупне имовине и обавеза. Када је, пак, реч о *подели*, једно друштво престаје да постоји тако што ће пренети целокупну имовину и обавезе на два или више новооснованих друштава (подела уз оснивање) или два или више постојећих друштава (подела уз припајање) или једно или више новооснованих друштава и једно или више постојећих друштава (мешовита подела). *Издвајање* постоји када једно друштво пренесе део своје имовине и обавеза на једно или више постојећих и/или новооснованих друштава, након чега наставља да постоји.¹⁸

Ради спровођења статусне промене одбор директора, односно надзорни одбор ако је управљање друштвом дводомно, припрема бројне акте и документе, након чега се приступа закључењу уговора о статусној промени (ако у статусној промени учествују два или више друштава), односно усвајању плана поделе (ако само једно друштво учествује у статусној промени). Уговор о статусној промени, тј. план поделе мора садржати одређене, законом прописане, елементе. Ти елементи указују на, с једне стране, његову привредну садржину, будући да уговор мора садржати циљ и услове под којима се врши статусна промена, означавање вредности имовине и

¹⁷ ЗПД, чл. 483, ст. 1.

¹⁸ ЗПД, чл 485- 489. Док се у случају статусне промене припајања, спајања и поделе начело очувања права запослених неспорно примењује, код статусне промене издвајања у теорији се појавила дилема има ли места примени овог начела, будући да Закон о раду не регулише прецизно случај статусне промене када привредно друштво преноси само један или више делова своје имовине и припадајући део обавеза на треће лице. Међутим, чини се да је оваква дилема беспотребно створена ако се има у виду да Закон о раду предвиђа примену начела заштите права запослених "у случају статусне промене", а да је према Закону о привредним друштвима издвајање једна врста статусних промена, с том особеношћу што се у овом случају мења послодавац само запослених у делу друштва који је обухваћен преносом, док запослени који раде у преосталом делу друштва остају у радном односу са дотадашњим послодавцем. Неспорно је, зато, да и запослени у делу друштва који је обухваћен преносом уживају гаранتيју сигурности запослења. Вид. Љ. Ковачевић (2016), 477, 479, 480.

висине обавеза које се статусном променом преносе на друштво стицаоца и њихов опис, начин на који се тај пренос врши друштву стицаоцу итд. С друге стране, као противтежа економски условљеним активностима послодавца, налази се потреба за очувањем права запослених из радног односа, због чега је предвиђено да уговор садржи услове под којима ће се наставити радни однос запослених у друштву стицаоцу, као и списак запослених у друштву преносиоцу чији се радни однос наставља у друштву стицаоцу.¹⁹

Поред заштите права запослених у случају статусне промене, Закон о раду предвиђа примену законских одредби о њиховој заштити и за сваки други случај промене послодавца, уз услов да је предвиђен законом. Наиме, Закон у истој реченици са статусним променама, употребљава израз "**промена послодавца**", који представља шири појам од појма статусне промене.²⁰ Овако законско решење се може критиковати због недовољне прецизности, односно због дилеме коју ствара - да ли се заштита запослених односи само на случајеве статусних промена када су оне предвиђене законом или и у свим другим случајевима у којима долази до промене послодавца у складу са законом. Чини се, ипак, да би наведену законску одредбу требало тумачити на начин да упућује не само на законе који уређују статусне промене, него и на сваки други закон који предвиђа ситуацију да запослени добијају новог послодавца, који наставља пословање и активности уместо послодавца претходника. Дакле, промена послодавца предвиђена законом, чак и у случају да није спроведена статусна промена, може да представља промену послодавца у смислу Закона о раду.

Домаће право, за разлику од европског комунитарног, не регулише правни (уговорни) пренос конкретних пословних активности са послодавца претходника на послодавца следбеника, а да се притом не врше статусне промене, односно промене послодавца предвиђене законом.

До ступања на снагу новеле Закона о раду од 2014. године, подручје примене начела очувања запослења било је проширено и на случајеве промене власника капитала. Наведена промена не представља статусну промену, јер не повлачи промену субјективитета друштва чији је капитал (имовина) предмет приватизације, већ се, у овом случају, мења само

¹⁹ ЗПД, чл. 491, 492.

²⁰ Има и мишљења да се под променом послодавца подразумева промена правне форме његовог пословања, на пример преображај ортакчког друштва у командитно друштво или друштва са ограниченом одговорношћу у акционарско друштво. Вид. Зоран Ивошевић, Милан Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, ЈП "Службени Гласник" Београд, 2016, 304. Међутим, промена правне форме привредног друштва не представља промену послодавца, у смислу Закона о раду, јер не повлачи промену субјективитета привредног друштва, већ друштво наставља да послује као исто правно лице, али друге правне форме.

идентитет власника капитала.²¹ Стога је најновијим изменама и допунама Закона изостављена сходна примена правила о заштити права запослених код промене послодавца на случајеве промене власништва над капиталом привредног друштва или другог правног лица, у складу са Законом о приватизацији.²²

3. НАЧИНИ УРЕЂЕЊА ОДГОВОРНОСТИ ЗА ДОСПЕЛЕ ОБАВЕЗЕ

Иако тако одступа од једног од битних обележја уговора о раду - обележја да се овај уговор закључује *intuitu personae*, Закон о раду допушта пренос уговора о раду на треће лице у свим случајевима промене послодавца. Свака промена послодавца, дакле, претпоставља ступање трећег лица - послодавца следбеника у права и обавезе из радног односа које је имао послодавац претходник.²³ Али, истовремено отвара и једно значајно питање - питање ко је одговоран за обавезе које су доспеле пре преноса уговора о раду на послодавца следбеника.

Постоји више правних могућности у погледу начина уређења ове одговорности. Најпре, могуће је предвидети да за обавезе одређеног послодавца одговара искључиво он сам. У питању је потпуна или искључива одговорност, с тим што она може бити на страни послодавца претходника или на страни послодавца следбеника.²⁴ Искључива одговорност значи примену општег правила о одговорности, тј. одговорност послодавца сопственим средствима којима располаже, без могућности ангажовања

²¹ Љ. Ковачевић (2016), 480.

²² Овакво законско решење, упркос чињеници што је хармонизовано са Директивом Савета 2001/23/ЕЗ, није добро, јер иако промена власника капитала мења само идентитет власника капитала, а не и идентитет послодавца, у стварности ова промена може бити изузетно важна за запослене. Наиме, већински власник капитала може имати планове реструктурирања са битним утицајем на положај запослених који у том случају нису заштићени. Осим тога, има аутора који сматрају да је највећи недостатак Директиве управо чињеница што под поље њене примене не потпада промена власништва капитала, при чему једно друштво преузима контролу над другим без промене идентитета послодавца (јер се правила односе само на уређивање правних проблема који настају променом идентитета послодавца). Вид. Нада Бодирога, Хана Хорак, "Радни односи код статусних промена у еуропском праву", *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 24, бр. 1, Ријека, 2003, 396, 410.

²³ Љ. Ковачевић (2007), 357.

²⁴ О аргументима за њено увођење на страни једног од ова два правна субјекта, биће речи у поглављу 2.3.

одговорности других правних субјеката.²⁵ Друга могућност је да сопствена одговорност једног послодавца буде "подупрта" одговорношћу другог послодавца. Оваква међусобна одговорност може бити законом установљена или се може преузети на аутономној основи. Одговорност за другог по врсти може бити солидарна или супсидијарна. *Солидарна одговорност* значи да за обавезу главног дужника поверилац има, по свом избору, право да захтева испуњење обавезе било од главног дужника, било од солидарних дужника (једног, неколицине или свих), било истовремено од главног и свих солидарних дужника, не држећи се, притом, реда.²⁶ *Супсидијарна одговорност* једног правног субјекта је посебна врста одговорности, која се разликује од солидарне одговорности у редоследу наплате. Ова врсте одговорности је супсидијарна зато што је у првом реду одговорност главног дужника. Одговорност супсидијарног дужника је условна, јер поверилац може позивати супсидијарног дужника на одговорност само када своје потраживање није могао да наплати од главног дужника. Извором свог настанка, солидарна и супсидијарна одговорност могу се ограничити. *Ограничење* одговорности солидарног, односно супсидијарног дужника значи свођење његове одговорности у одређене границе. Одговорност за другог може се ограничити на више начина - до одређеног новчаног износа, до одређеног дела за сваку обавезу, за обавезе настале закључењем одређене врсте послова, за одређени временски период и сл., али не и у апсолутном износу након чијег исцрпљења би престајала одговорност.²⁷

Солидарни односно супсидијарни дужник који је извршио обавезу, према повериоцу, "за другог", има право да захтева од сваког садужника да му накнади део обавезе који пада на њега према правилима њиховог међусобног односа (тзв. право регреса). Право на регрес има онај дужник који је платио више него што му по правилима о регулисању унутрашњих односа припада. Према томе, у међусобним односима нема солидарне одговорности, већ долази до поделе обавезе.

Значај одговорности послодавца за обавезе из радног односа доспеле пре преноса уговора о раду за праксу је велики зато што овај институт

²⁵ Дара Миленовић, *Субјекти привредног права*, Правни факултет - Центар за публикације, Ниш, 1996, 110.

²⁶ "Солидарна одговорност је једно средство личног обезбеђења облигација. Када поверилац може да тужи било ког од солидарних дужника или све заједно за исплату целог дуга, онда се опасност од инсолвентности своди на најмању могућу меру, те је положај поверилаца сигурнији, због чега се и каже да је установа солидарности дужника установљена у повериочевом интересу". Вид. Слободан Перовић, *Облигационо право I*, Новинска установа Службени лист СФРЈ, Београд, 1973, 68-67.

²⁷ Вид. Мирко Васиљевић, *Компанијско право - право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, 92-96; Д. Миленовић, *op. cit.*, 109-115.

представља важан инструмент за очување правне сигурности и заштите права запослених у случају промене послодавца. Уколико питање одговорности није адекватно уређено, могуће су разне махинације.

3. 1. Уређење одговорности за доспеле обавезе из радног односа у праву ЕУ

Најзначајнији аспект заштите права запослених коју предвиђа Директива 2001/23/ЕЗ представља гаранцију да се, у случају преноса предузећа или његовог дела, на основу правног посла или статусне промене, на правног следбеника преносе сви уговори о раду закључени са запосленима из предузећа или дела предузећа које је предмет преноса.²⁸ Другим речима, запослени који су у радном односу на дан трансфера се аутоматски преносе код новог послодавца са свим својим стечаним правима.²⁹ Међутим, стечена права нису само она која постоје на дан трансфера, већ и она која су настала пре датума трансфера. Ово значи да преносилац, након датума трансфера и због самог трансфера, бива ослобођен свих обавеза које потичу из уговора о раду или радног односа, чак и ако се запослени у предузећу са тим не сагласе, односно чак и ако се томеprotиве.³⁰ Аутоматски трансфер радних односа на послодавца следбеника не спречава државе чланице да предвиде солидарну одговорност послодавца

²⁸ Љубинка Ковачевић, "Усклађивање домаћег радног права са директивама Европске уније путем одредаба новог Закона о раду", *Зборник радова "Радни односи"*, Глосаријум, Београд, 2005, 113.

²⁹ Правило о аутоматском преношењу свих права и обавеза из радног односа који су постојали у време трансфера на послодавца следбеника није без изузетака. Уствари, изузеци правилу су дозвољени. Директива не предвиђа да је послодавац следбеник дужан да преузме обавезе по основу ранијег допунског, компанијског или интеркомпанијског осигурања (чл. 3, ст. 4) Тако је, Суд правде Европских заједница, у случају Е-2/95 *Eidesund*, пресудио да послодавац следбеник нема обавезу да плати премије за старосну, инвалидску или породичну пензију из режима додатног пензионог осигурања које је обезбедио претходни послодавац, а које су изван обавезног система државне социјалне заштите. Разуме се, пошто Директива садржи минималне стандарде, државе чланице могу прописати обавезу послодавца следбеника да преузме обавезу и у погледу допунског осигурања, али ако то не предвиде, дужне су да, у складу са чл. 3, ст. 4 Директиве, усвоје неопходне мере за заштиту интереса запослених и лица која у тренутку трансфера више нису запослена код послодавца претходника. Одступања су дозвољена само у наведеним случајевима, јер клаузуле о изузећу умањују права запослених, па захтевају уско тумачење. Вид. Helena Lamponen, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, doctoral dissertation, Helsinki University Print, Helsinki, 2008, 175-177.

³⁰ Roger Blanpain, *European Labour Law*, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2008, 676.

претходника и послодавца следбеника за обавезе из уговора о раду које су настале пре дана преноса.³¹ Установљавањем солидарне одговорности послодавца претходника и следбеника запосленима се повећавају изгледи за намирење њихових доспелих потраживања и пружа потпуна заштита њихових интереса. Солидарна одговорност је одговорност првог реда, па су послодавац претходник и послодавац следбеник у једнаком положају према запосленима, за потраживања која су настала пре трансфера и која доспевају до дана када радни однос може престати или је престао као резултат преноса. На овај начин се отклањају све могуће правне недоумице у вези одговорности послодавца претходника за обавезе настале до дана преноса на новог послодавца, а нови послодавац стиче право регреса према послодавцу претходнику за све обавезе које је намирио, а које, према њиховом претходном споразуму није преузео.

Закључује се да се, осим у случају да државе чланице искористе ову могућност, послодавац претходник ослобађа одговорности за доспеле обавезе као послодавац само из разлога трансфера и ова правна последица не зависи од пристанка запослених. Аргумент да је правно решење о аутоматском преносу обавеза из радног односа са послодавца претходника на послодавца следбеника различито од правила облигационог права већине држава чланица Уније да је пренос дуга на новог дужника могућ само уз сагласност повериоца, не може бити прихваћен у светлу јасног језика Директиве која се брине о аутоматском преносу обавеза које потичу из уговора о раду на следбеника.³² Директива се односи само на права и обавезе радника чији су уговори о раду важећи на дан трансфера, а не на оне који су престали да буду запослени у дотичном предузећу у време трансфера.³³ Осим тога, Директива не покрива трансфер права и обавеза особа које су биле запослене од стране преносиоца на дан трансфера, али које, својом одлуком, не настављају рад као запослени следбеника.³⁴ У вези са наведеним, јавља се и питање да ли се трансфер уговора о раду у складу са чланом 3(1) Директиве неопходно дешава на дан трансфера предузећа или може бити одложен за други датум по вољи преносиоца и стицаоца. Наведени члан треба тумачити у смислу да је након датума трансфера, преносилац ослобођен, према својствима самог трансфера, свих обавеза које потичу из уговора о раду или радног односа.³⁵ То је могуће само уколико се обавезе

³¹ Директива Савета 2001/23/ЕЗ, чл. 3(1).

³² R. Blanpain, *op. cit.*, 676.

³³ Пресуда у предмету C-324/86 (*Foreningen Af Arbejdsledere I Danmark v. Daddy's Hall As*) од 10. фебруара 1988. године (European Court Reports 1988, 739).

³⁴ Пресуда у предмету C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J.Musio A/S, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (European Court Reports 1985, 457).

³⁵ R. Blanpain, *op. cit.*, 677.

пренесу на стицаоца од датума трансфера. Уколико би се пренесиоцу и стицаоцу дала могућност да бирају датум када ће уговор о раду или радни однос бити пренесени то би значило да послодавци могу да одступе, макар привремено, од одредби Директиве. Датум преноса је дан када се одговорност послодавца за обављање пренесене пословне јединице преноси са пренесиоца на стицаоца. Тај датум је тачно време које не може бити померено на други датум вољом пренесиоца или стицаоца.³⁶

3.2. Одговорност за доспеле обавезе из радног односа у упоредном праву

У упоредном праву питање одговорности за обавезе доспеле пре дана преноса уговора у раду је различито уређено. С обзиром на начин уређења ове врсте одговорности државе чланице Европске уније можемо груписати у неколико категорија.

Прву категорију чине државе које прописују *исључиву одговорност послодавца следбеника* за уговорне обавезе које су настале пре одређене статусне промене. Тако је у радном законодавству Чешке, Данске, Ирске, Летоније, Литваније, Кипра, Малте и Словачке.³⁷

Другу категорију чине државе у којима је утврђено *правило о солидарној одговорности* послодавца претходника и послодавца следбеника. Наведено решење је прихваћено у законодавству Грчке, Италије, Луксембурга, Аустрије, Финске, Исланда, Лихтенштајна и Норвешке.³⁸

Трећу категорију чине државе које предвиђају *правило о солидарној одговорности, али изузимају његову примену у одређеним случајевима*. Тако, на пример, француско радно законодавство садржи правило о солидарној одговорности, осим у случајевима стечајног поступка и узастопних уговора без директне везе између уговорног пренесиоца и стицаоца, шведско радно законодавство изузима његову примену у случају стечаја или старосне, инвалидске или породичне пензије, белгијско право од правила о солидарној одговорности изузима обавезе из режима допунског пензионог осигурања, а у пољском правило важи само за пренос дела предузећа.³⁹

³⁶ *Ibid*, 678.

³⁷ Commission Report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or businesses or parts of undertakings or businesses or parts of undertakings or businesses [SEC(2007),812], COM/2007/0334 fin, question 2.1.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ *Ibid*.

Најзад, у четврту категорију спадају државе које усвајају *правило о солидарној одговорности, али ограничавају његову примену, предметно или временски*. Тако је, на пример, у Словенији правило о солидарној одговорности ограничено само у погледу ненамирених потраживања у вези са престанком радног односа, док је у Великој Британији ограничено само на накнаду штете због повреде обавезе консултовања и обавештавања запослених. С друге стране, радно законодавство неких држава ограничава правило о солидарној одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника на одређени временски период, тј. на обавезе које треба да буду намирене у року од највише једне (Естонија, Немачка, Мађарска, Португалија, Холандија) или три године (Шпанија) од дана промене послодавца.⁴⁰

Приказана упоредноправна решења су усклађена са комунитарним радним правом, будући да Директива 2001/23/ЕЗ предвиђа *могућност држава чланица ЕУ да утврде солидарну одговорност послодавца претходника и послодавца следбеника од дана одређене статусне промене*.⁴¹

3.3. Питање одговорности у домаћем праву

Закон о раду не уређује питање одговорности послодавца претходника и послодавца следбеника у погледу права запослених из радног односа која су настала пре дана преноса уговора о раду. Како Закон изричито не уређује ово питање отвара се простор за различита тумачења.

Најпре, треба рећи да постоји правна могућност да одговорност буде на страни послодавца претходника. Имајући у виду чињеницу да су у питању стечена права запослених из радног односа до дана преузимања од стране новог послодавца, оправдано је истаћи аргумент да нови послодавац није дужан да сноси обавезе послодавца претходника које није изричито преузео. У прилог наведеном ставу се наводи чињеница да сва потраживања настала у периоду пре преноса уговора о раду на новог послодавца представљају однос *inter partes* између запосленог и послодавца претходника. Запослени може да захтева испуњење доспелог потраживања, као стеченог права, од послодавца претходника, с тим да норме облигационог права дозвољавају могућност да нови послодавац преузме испуњење обавезе послодавца претходника.

Међутим, имајући у виду чињеницу да пренос уговора о раду са послодавца претходника на послодавца следбеника наступа истог дана кад и сама промена послодавца, тј. да уговор о раду аутоматски наставља да

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Директива Савета 2001/23/ЕЗ, чл. 3(1).

производи правна дејства са послодавцем следбеником, а престаје важење са послодавцем претходником⁴², те чињеницу да је управо аутоматско преношење свих права и обавеза из радног односа који су постојали у време промене послодавца најзначајнији сегмент заштите запослених који предвиђа Закон о раду (као и Директива 2001/23/ЕЗ), може се закључити да је у нашем праву послодавац следбеник искључиво одговоран за обавезе из уговора о раду које су доспеле пре преноса уговора о раду на послодавца следбеника. Наиме, у случају промене послодавца, лице коме су пренета права и обавезе постаје нови послодавац запослених. "Овај вид сукцесије не зависи од воље односних субјеката, већ претпоставља одређену интервенцију државе: сукцесија у области рада настаје непосредно на основу закона (*ex lege*)".⁴³ Начело очувања запослења подразумева да послодавац следбеник по окончању статусне промене треба да гарантује остварење свих стечених права запослених, како у погледу опстанка радног односа, тако и у погледу услова рада. "Под стеченим правима подразумевају се индивидуална и колективна права која је (представник) запослени(х) стекао до тренутка трансфера, што значи да се од момента преноса послодавац претходник ослобађа обавеза према запосленима (по основу уговора о раду) и њиховим представницима (по основу колективног уговора о раду), а послодавац следбеник аутоматски преузима обавезе послодавца претходника".⁴⁴ То, даље, значи да *запослени постају ex lege повериоци лица које се сунституише послодавцу*, и то, независно од врсте радног односа, тј. без обзира на то да ли је запослени засновао стандардни или флексибилни облик радног односа.⁴⁵ Blanpain учува да је правно решење о аутоматском преношењу обавеза из радног односа са послодавца претходника на послодавца следбеника различито од правила облигационог права већине држава чланица да је пренос дуга на новог дужника могућ само уз сагласност повериоца.⁴⁶ Међутим, ова констатација се не може до краја уважити. Наиме, правило о аутоматском преношењу свих права и обавеза из радног односа који су постојали у време преноса не значи обавезивање запосленог да настави свој радни однос са новим послодавцем. Запослени није дужан да настави радни однос са новим послодавцем, јер би супротно решење представљало повреду основног права запосленог на слободан избор запослења. У складу са општим правилима облигационог права који се односе на уступање уговора, Закон о раду условљава уступање уговорног

⁴² Бранко Лубарда, *Увод у радно право, са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015, 225.

⁴³ Љ. Ковачевић (2016), 484.

⁴⁴ Б. Лубарда (2015), чл. 225.

⁴⁵ Б. Лубарда (2004), 286.

⁴⁶ R. Blanpain, *op. cit.*, 676.

статуса послодавца трећем лицу пристанком запосленог. Закон, тако, утврђује обавезу послодавца претходника да о преношењу уговора о раду писменим путем обавести запослене чији се уговор о раду преноси на треће лице, а затим, уређује правне последице неприхватања преноса.⁴⁷ У том смислу, пренос уговора о раду није могућ без сагласности запослених. Саглашавајући се са преносом уговора о раду, запослени се саглашава да и сва права, обавезе и одговорности из радног односа, пређу на послодавца следбеника. На овај начин, запослени као поверилац даје свој пристанак на промену дужника за доспела потраживања из радног односа, што је у складу са општим правилима облигационог права.

Поред Закона о раду, и Законом о привредним друштвима предвиђају се норме од утицаја на положај запослених. С обзиром на наведено, за разматрање питања одговорности за доспеле обавезе из радног односа у случају промене послодавца, неопходно је сагледати и одредбе овог Закона. Наиме, према одредбама чл. 505, ст. 1 Закона о привредним друштвима, правне последице статусних промена настају даном регистрације у складу са законом о регистрацији, и то, поред осталог: имовина и обавезе преносиоца прелазе на друштво стицаоца у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе (тач. 1.), друштво стицалац постаје солидарно одговорно са друштвом преносиоцем за његове обавезе које нису пренете на друштво стицаоца, али само до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено (тач. 2), а запослени у друштву преносиоцу који су уговором о статусној промени, односно планом поделе распоређени у друштву стицаоца, настављају да раде у том друштву у складу са прописима о раду (тач. 6).

Закључује се да је у нашем праву за доспеле обавезе из радног односа у случају промене послодавца, и то из разлога промене, *искључиво одговоран послодавац следбеник*. Међутим, послодавац претходник и послодавац следбеник своја међусобна права и обавезе *могу регулисати на другачији начин* (тј. могу уговорити да ће за доспеле обавезе или део обавеза остати одговорно друштво преносилац) *и то уговором о статусној промени или планом поделе*. Уколико постоје ограничења у правима, обавезама и одговорностима запослених према правном следбенику, послодавац претходник је обавезан да о ограничењима обавести запослене, а затим да се анексима уговора о раду на јасан и прецизан начин уреди одговорност за

⁴⁷ ЗОР, чл. 149. Наведено правно решење би могло бити унапређено ако би се предвидело да пропуштање послодавца претходника да обавести послодавца следбеника о било ком праву или обавези која се преноси не сме утицати на њихов пренос, нити на права запослених према послодавцу. Такво правно решење, уосталом, садржи чл. 3. ст. 2 Директиве Савета 2001/23/ЕЗ.

доспела потраживања. Уколико се то не учини, међусобни односи старог и новог послодавца, могу бити од значаја само у поступку извршења и евентуалних регресних потраживања између њих, али немају утицаја на права и заштиту запослених. *За обавезе које уговором о статусној промени односно планом поделе нису пренете на друштво стицаоца*, друштво стицалац постаје солидарно одговорно са друштвом преносиоцем, али само до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено (*солидарна ограничена одговорност*).⁴⁸

Специфична ситуација настаје у случају *престанка рада послодавца претходника*, при чему Закон о раду, као системски закон, нема одредби у вези правног положаја запослених у наведеном случају. Према Закону о привредним друштвима, ако се статусном променом друштво преносилац гаси обавезе друштва преносиоца *прелазе на друштво стицаоца у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе*, и друштво стицалац постаје нови дужник у погледу тих обавеза, а ако постоји више друштава стицалаца, свако од њих супсидијарно одговара за обавезе које су у складу са уговором о статусној промени, односно планом поделе прешле на остала друштва стицаоце до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео, осим ако је са одређеним повериоцем другачије уговорено (*супсидијарна ограничена одговорност*).⁴⁹ За обавезе друштва преносиоца престалог поделом које *уговором о статусној промени, односно планом поделе нису распоређене ниједном друштву стицаоцу*, нити се тумачењем тог уговора, односно плана може одредити којем друштву стицаоцу се имају расподелити, солидарно одговара свако друштво стицалац до износа разлике између вредности имовине која је на то друштво пренета и обавеза које је то друштво преузело (*солидарна ограничена одговорност*).⁵⁰

4. ЗАКЉУЧАК

Резултати анализе законских решења о положају запослених у случају промене послодавца указују да је национално право Србије у значајној мери усклађено са комунитарним правом. Међутим, упркос стандардима прихваћеним од стране домаћег законодавца у вези са правима и обавезама запослених у случају промене послодавца, законска решења нису лишена

⁴⁸ ЗПД, чл. 505. ст. 1. тач. 5.

⁴⁹ ЗПД, чл. 505. ст. 3. тач. 3.

⁵⁰ ЗПД, чл. 506. ст. 2.

одређених непрецизности и правних празнина, те постоји простор да се у будућим законским текстовима унапреде.

Најпре, Закон о раду не прецизира ситуације у којима долази до промене послодавца, те је нејасно да ли се заштита запослених односи само на случајеве статусних промена када су оне предвиђене законом или и у свим другим случајевима у којима долази до промене послодавца у складу са законом. Затим, домаће право за разлику од европског комунитарног, не регулише правни (уговорни) пренос конкретних пословних активности са послодавца претходника на послодавца следбеника, а да се притом не врше статусне промене, односно промене послодавца, не садржи норме за случај пропуштања послодавца претходника да обавести послодавца следбеника о правима и обавезама из општег акта и уговора о раду који се преносе, нити изричито предвиђа да ли се заштита запослених пружа и у случају преноса дела имовине и обавеза на треће лице, те би се следећи правац измена законских решења могао тицати унапређења наведених правних решења.

По узору на европске стандарде заштите права запослених, Закон о раду гарантује заштиту запослених у случају промене послодавца, тако што, поред осталог, превиди *ex lege* пренос права и обавеза из радног односа. Међутим, Закон не садржи одредбе о одговорности за обавезе које су доспеле пре преноса уговора о раду, што је отворило простор различитом тумачењу. Полазећи од чињенице да у случају промене послодавца долази до аутоматског преношења свих стечених права, може се закључити да је у нашем праву послодавац следбеник искључиво одговоран и за обавезе из уговора о раду које су доспеле пре преноса уговора о раду на послодавца следбеника. Тумачењем Закона о привредним друштвима, чије се норме комплементарно примењују на положај запослених у случају статусних промена, закључује се да послодавац претходник и следбеник могу питање одговорности за доспеле обавезе уредити и на другачији начин, и то уговором о статусној промени односно планом поделе. Да би такав споразум могао да производи правно дејство према запосленима, послодавац претходник је обавезан да о његовом постојању обавести запослене, а затим да се питање одговорности на јасан и прецизан начин уреди анексима уговора о раду. Уколико се то не учини, њихови међусобни односи, могу бити од значаја само у поступку извршења односно регресном поступку, али немају утицаја на права и заштиту запослених. За обавезе које уговором о статусној промени односно планом поделе нису пренете на друштво стицаоца (за које према интерном споразуму остане одговорно друштво преносилац) друштво стицалац постаје солидарно одговорно са друштвом преносиоцем, и то до износа разлике вредности имовине друштва преносиоца која му је пренета и обавеза друштва преносиоца које је преузео.

Постављени циљ заштите права запослених из радног односа у случају промене послодавца, те чињеница да Директива Савета 2001/23/ЕЗ

предвиђа могућност да државе чланице утврде солидарну одговорност претходног и новог послодавца, оправдава увођење солидарне одговорности и у нашем праву. На овај начин би се повећала правна сигурност у односу на стечена права запослених и отклониле све могуће правне недоумице у вези одговорности послодавца претходника за обавезе настале до дана преноса на новог послодавца, а нови послодавац би у сваком случају задржао регресно право од послодавца претходника, као солидарног дужника, ако су у међусобним односима питање одговорности регулисали на другачији начин.

Marija DRAGIĆEVIĆ

Teaching assistant, Faculty of Law, University of Niš

RESPONSIBILITY FOR OVERDUE RECEIVABLES FROM THE LABOR
RELATION IN THE EVENT OF TRANSFER OF UNDERTAKINGS

Summary

Transfer of undertakings is particularly sensitive issue of the economic development of each country, since, although conditioned by economic reason, it is necessarily followed by certain social implications that are related to the position of the employees. Changes of employer lead to the changes in the labor relationship, i.e. to the transfer of the labor contracts to a transferee, and those changes are regulated by the Labour Law in the Republic of Serbia. The Law guarantees to the employees the ex lege transfer of all rights and obligations from the labor contract to a transferee in case of mergers. Whether the stated rule on automatic transfer of rights and obligations to the transferee is valid also for the overdue receivables from the labor relationship, in other words, who holds responsibility for the obligations overdue before the transfer of the labor contract to a transferee, is the subject of the review of this paper. A special attention in the paper has been given to the provision of the Directive of the Council 2001/23/E3 which regulates this issue, the level of harmonization of Serbian Labour Law and the European communitarian.

Key words: *transfer of undertakings, safeguarding of employees' rights, labor contract*

ЛИТЕРАТУРА

Blanpain Roger, *European Labour Law*, Eleventh revised edition, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2008.

Бодирога Нада, Хорак Хана, "Радни односи код статусних промјена у европском праву", *Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци*, vol. 24, бр. 1, Ријека, 2003.

Васиљевић Мирко, *Корпоративно управљање - правни аспекти*, Правни факултет Универзитета у Београду, Профинвест д.о.о. Београд, Београд, 2007.

Васиљевић Мирко, *Компанијско право - право привредних друштава*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Београд, 2013.

Ђукић Петар, "Реструктурирање привреде Србије; одрживи раст и развој", *Економски видици*, бр. 5, Београд, 2005.

Ивошевић Зоран, Ивошевић Милан, *Коментар Закона о раду*, ЈП "Службени Гласник" Београд, 2016.

Ковачевић Љубинка, "Усклађивање домаћег радног права са директивама Европске уније путем одредаба новог Закона о раду", *Зборник радова "Радни односи"*, Глосаријум, Београд, 2005.

Ковачевић Љубинка, "Правне последице ступања трећег лица у права и обавезе послодавца", *Радно и социјално право*, бр. 1, Београд, 2007.

Ковачевић Љубинка, *Ваљани разлози за отказ уговора о раду*, Центар за издаваштво и информисање Правног факултета Универзитета у Београду, Београд, 2016.

Lamponen Helena, *The principle on employee protection in a merger and a transfer of an undertaking*, doctoral disertation, Helsinki University Print, Helsinki, 2008.

Лубарда Бранко, *Радно право - Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012.

Лубарда Бранко, *Европско радно право*, ЦИД, Подгорица, 2004.

Лубарда Бранко, *Увод у радно право, са елементима социјалног права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015.

Миленовић Дара, *Субјекти привредног права*, Правни факултет - Центар за публикације, Ниш, 1996.

Pelissier Jean, Supiot Alain, Jeammaud Antoine, *Droit du travail*, 21 edition, Dalloz, Paris, 2002.

Перовић Слободан, *Облигационо право I*, Новинска установа Службени лист СФРЈ, Београд, 1973.

Стојановић Ивица, "Реструктурирање јавних предузећа и проблеми незапослености", *Економски видици*, бр. 5, Београд, 2005.

Правни прописи:

Закон о задругама, "Службени гласник Републике Србије, бр. 112/15.

Закон о задужбинама и фондацијама, "Службени гласник Републике Србије, бр. 88/10 и 99/11 - др. закон.

Закон о јавним предузећима, "Службени гласник Републике Србије", бр. 15/16.

Закон о научноистраживачкој делатности, "Службени гласник Републике Србије, бр. 110/05, 50/06 - испр., 18/10 и 112/15.

Закон о привредним друштвима - ЗПД, "Службени гласник Републике Србије", бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015.

Закон о раду - ЗОР, "Службени гласник Републике Србије", бр. 24/05, 61/05, 54/09, 75/14 и 13/17 - одлука УС.

Закон о спорту, "Службени гласник Републике Србије, бр. 10/16.

Закон о удружењима, "Службени гласник Републике Србије, бр. 51/09 и 99/11 - др. закон.

Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or business or parts of undertakings or businesses, Official Journal L 82, 22/03/2001.

Commission Report on Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings or businesses or parts of undertakings or businesses or parts of undertakings or businesses [SEC(2007),812], COM/2007/0334 fin.

Судска пракса:

Пресуда у предмету C-324/86 (*Foreningen Af Arbejdsledere I Danmark v. Daddy's Hall As*) од 10. фебруара 1988. године (European Court Reports 1988, 739).

Пресуда у предмету C-19/83 (*Knud Wendelboe and others v. L.J.Musio A/S, in liquidation*) од 7. фебруара 1985. године (European Court Reports 1985, 457).

Пресуда у предмету C -171/94 (*Merckx and Neuhuys v Ford Motors Company Belgium*) од 7. марта 1996. године (European Court Reports 1996, I-1253).

Пресуда у предмету E-02/95 (*Eilert Eidesund v Stavanger Catering A/S*) од 25. септембра од 1996. године [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 1.

Пресуда у предмету C -24/85 (*Jozef Maria Antonius Spijkers v. Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV*) од 18. марта 1986. године (European Court Reports 1986, 1119).

Пресуда у предмету C -29/91 (*Dr. Sophie Redmond Stichting v Hendrikus Bartol and others*) од 19. маја 1992. године (European Court Reports 1992, I - 031899).

Александар АНТИЋ*

РЕПРЕЗЕНТАТИВНА БИРОКРАТИЈА И ЊЕНА ЗАСТУПЉЕНОСТ У СЛУЖБЕНИЧКОМ СИСТЕМУ СРБИЈЕ

Апстракт: Репрезентативна бирократија је једна од доктрина која треба да омогући рад јавне управе и њених службеника, који ће омогућити побољшавање положаја угрожених и мањинских група и њихову интеграцију. Аутор у раду врши анализу репрезентативне бирократије и уједно врши осврт на оба њена појавна облика, тј. пасивну и активну репрезентативну бирократију. Такође, аутор анализира позитивне и негативне аспекте репрезентативне бирократије и закључује да она може остварити одговарајући резултат у друштвеној заједници само уколико се примењује као једна од мера у оквиру системског приступа чији је циљ побољшавање положаја и интеграција мањинских и угрожених друштвених група, у супротном одвијају се супротни процеси, тј. додатно погоршавање положаја, претходно наведених група и дезинтеграцијски процеси у друштву. Службенички систем у Србији може функционисати у складу са начелима и методима репрезентативне бирократије. Правни основ за њено увођење у систем државних и локалних службеника чине одредбе Устава, као и основних прописа о државним и локалним службеницима. Одредбама претходно наведених прописа створени су услови за увођење пасивне репрезентативне бирократије, али није регулисан начин њеног спровођења и организовања, а што би требало урадити с обзиром да њена примена представља изузетак од метода и начела мерит система на којима почива службенички систем Србије.

Кључне речи: *репрезентативна бирократија, мерит систем, службенички систем, државни службеници, локални службеници.*

1. УВОД

Репрезентативна бирократија је доктрина на основу које се уређује службенички апарат у једној држави, али и предузимају одређене мере чији

* Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
aantic@jura.kg.ac.rs

је циљ побољшање положаја угрожених и мањинских група у једном друштву и држави. Она није јединствен појам и појава, већ њено одређење у конкретном друштву и правном систему зависи од њеног друштва и правног система.

Постоје две основне врсте репрезентативне бирократије, активна и пасивна. Активна се састоји у предузимању активности од стране државних органа и њених службеника, чији је циљ најчешће позитивна дискриминација како би се побољшао положај угрожених и мањинских група. Пасивна пак, подразумева структуру службеника у органу, која ће одговорати саставу становништва у заједници у оквиру које службеници врше своје активности. Пасивна и активна репрезентативна бирократија се најчешће прожимају. Такође, репрезентативна бирократија мора бити једна од активности у оквиру системског приступа чији је циљ побољшање положаја и интеграција угрожених и мањинских група, тј. он сама не може дати посебно добре резултате при остваривању претходно наведеног циља, штавише може произвести супротне резултате.

Репрезентативна бирократија има своје позитивне и негативне аспекте. Иако она омогућава побољшање и интеграцију припадника угрожених и мањинских група, уколико јој се не приступи на одговарајући начин у оквиру мера чији је циљ она бити један од елемената, а којима је циљ системско и трајно решавање проблема и интеграција припадника угрожених и мањинских група, може произвести супротне ефекте, тј. погоршање положаја и додатну дезинтеграцију, претходно наведених појединаца.

Модерни службенички системи су уређени на основу метода и начела мерит система. Примање, распоређивање, напредовање, плаћање и отпуштање службеника врши се на основу објективних мерила. Репрезентативна бирократија представља један од изузетака од мерит система, с обзиром да место у службеничком систему добија кандидат који поседује неко од личних својстава, а не онај који је објективно најбољи.

У службеничком систему Србије постоји пасивна репрезентативна бирократија. Она је уведена како у систем државних службеника, тако и у локални службенички систем. Основ за њено имплементирање су одредбе Устава као најважнијег и најопштијег правног акта. На основу одредби основних закона којима се регулише службенички систем државних и локалних службеника кроз постојање пасивне репрезентативне бирократије стварају се институционални основи за предузимање активности које чине саставни део активне репрезентативне бирократије.

2. ПОЈАМ РЕПРЕЗЕНТАТИВНЕ БИРОКРАТИЈЕ

Службеници у органима јавне управе, врше послове који треба да буду повезани са задовољењем јавног интереса. Активности свих јавних

службеника, треба да у својој суштини имају заштиту и остварење интереса и права грађана. Сви органи, како они државни, тако и органи локалних самоуправа и територијалних аутономија, постоје ради грађана, а не ради себе самих. Поставља се питање у којој мери органи државне управе, локалне самоуправе и територијалне аутономије, треба да одговарају структури становништва, управо с обзиром на модерно посматрање службе, као активности која се предузима ради задовољења општег интереса.

Све државе се у суштини разликују, као и све демократије, и имају есенцијалне карактеристике базиране на историјском, друштвеном и културном развоју.¹ Посматрајући ствари из тог угла, могли бисмо закључити и да састав и рад јавних службеника треба да одговара базичним разликама које сваку друштвену заједницу карактеришу.

Репрезентативна бирократија подразумева да састав службеника у једном органу треба да одговара саставу становништва у заједници у којој они обављају своје послове. Постоје два посматрања у односно репрезентативну бирократију. Она може бити пасивна, када састав службеника, „као огледало“ одговара саставу становништва, и активна, када службеници предузимају одређене активности како би унапредили положај одређених мањинских и угрожених друштвених група.² Међутим, приметно је и да пасивна репрезентативна бирократија често прелази у активну, тј. припадници мањинских и угрожених заједница предузимају одређене мере како би унапредили положај група из којих долазе.³

Репрезентативна бирократија по правилу се уводи кроз њен пасивни облик. Потом се директним и индиректним активностима службеника, владе и руководећих службеника у органима и организацијама јавне управе утиче на побољшање положаја мањинских и угрожених група. Под директним активностима се најчешће подразумевају акције које се врше са циљем директног утицаја на побољшање положаја и интеграцију чланова угрожених и мањинских група. Међутим, често су од директних акција, а у које спадају и мере повезане са активном репрезентативном бирократијом, битније оне које означавамо као индиректне, које повезујемо са пасивном репрезентативном бирократијом. Службеници из мањинских и угрожених

¹ Jyldyz Kasymova, „A Cross-National Evaluation of Representative Bureaucracies: Implementation, Challenges, and Outcomes“, *Public Administration Review*, Vol. 75, Iss. 2, 327.

² Dag Ingvar Jacobsen, „Local authority bureaucracies: Responsible, representative, or divergent? Evidence from small political systems in Norway“, *Public Administration*, Vol. 90, No. 4, 2012, 1069.

³ David M. Konisky, „Representative Bureaucrats: Attitudinal Congruence and Agency expertise“, Working Paper, *Truman School of Public Affairs University of Missouri – Columbia*, 2007, 4.

друштвених група утичу индиректно на побољшање положаја заједница из којих долазе између осталог зато што се самим њиховим присуством мења став осталих службеника према групама из којих потичу, најчешће у позитивном смеру, а што доводи до развоја интеграцијских процеса у целокупном друштву.⁴

Репрезентативна бирократија мења поглед на административни апарат државе као вредносно неутрални организам који треба да извршава одлуке законодавне власти. Службеници, посматрано из перспективе репрезентативне бирократије, без обзира да ли се ради о државним или локалним нису професионална и политички неутрална лица, већ субјекти који својом активношћу требају да изврше одређене позитивне промене у друштву и држави.

Репрезентативна бирократија несумњиво доводи и до ограничења метода и начела мерит система као најподеснијег и најефикаснијег системског решења за вођење службеничке политике, тј. за пријем, распоређивање, напредовање, плаћање и отпуштање службеника. Основно правило мерит система по коме је циљ службеничке политике сместити правог човека на право место бива ограничено ради ублажавања и уклањања одређених друштвених и економских једнакости између различитих друштвених група, односно ради њихове олакшане интеграције у друштво и државу у оквиру којих службеници врше своје активности.

3. ПОЗИТИВНИ И НЕГАТИВНИ АСПЕКТИ РЕПРЕЗЕНТАТИВНЕ БИРОКРАТИЈЕ

Репрезентативна бирократија омогућава лакшу интеграцију мањинских и угрожених друштвених група у друштво и побољшава њихов целокупни положај. Она је посебно битна на микро нивоу, за остварење претходно наведених циљева, а посебно на нивоу локалне самоуправе и територијалне аутономије.

Осим што са собом носи бенефите по одређене категорије становништва, она доноси позитивне ефекте и самој организацији, која је састав службеника прилагодила етничкој, верској, социјалној и полној структури становништва. Као пример бисмо могли узети законитост, која је примећена у САД. Раст броја запослених из афроамеричке и латиноамеричке заједнице у школама, које се налазе у окружењима у којима афроамериканци и латиноамериканци чине значај удео у становништву, за последицу има и

⁴ Hong-Hai Lim, „Representative Bureaucracy: Rethinking Substantive Effects and Active Representation“, *Public Administration Review*, March /April 2006, 196.

побољшање резултата ученика из претходно наведених заједница, а уједно и побољшавању рада и резултата у целој школи.⁵ Такође, након што је у Енглеској и Велсу од 2000 до 2010. године предузета широка акција ради запошљавања већег броја припадника мањинских заједница у полицију, примећено је смањење опште стопе криминалитета.⁶

Вођене претходно наведеним бенефитима репрезентативне бирократије, многе државе, укључујући Сједињене Америчке Државе, Кипар и Малезију, користе систем квота како би обезбедили одређени број радних места у јавном сектору за припаднике угрожених група у земљама које овај систем примењују, као што су жене, националне мањине (Турска национална мањина на Кипру на пример).⁷ Квотни систем представља позитивну дискриминацију припадника ових група, која треба да омогући њихову олакшану заштиту и интеграцију у друштво. Систем квота је посебно заступљен при запошљавању локалних службеника. У зависности од заступљености одређене националне заједнице у локалној самоуправи, један део службеничких места је загарантован свакој заједници (нпр. 20 процента, једна петина и сл.).

У локални службенички систем репрезентативна бирократија може бити уведена правним стандардом (нпр. да састав запослених треба да одговара саставу становништва) или конкретним навођењем у општој правној норми квота које у локалном службеничком систему припадају свакој заједници (нпр. једна трећина свих запослених морају бити жене или уколико нека национална заједница чини више од 20 процента становника у локалној самоуправи има право на подједнаку националну заступљеност међу локалним службеницима).

Претпоставка је да репрезентативна бирократија омогућава лакшу интеграцију у друштво припадницима мањинских заједница, односно да побољшава положај угрожених друштвених група. Међутим она је оборива и постоје примери у пракси, који нам показују и њене негативне стране. У администрацији Европске Уније састав службеника одговара саставу становништва њених чланица, приметно је да често они раде у интересу држава из којих долазе, а не у интересу организације чији су запослени.⁸

⁵ Brandy A. Kennedy, *Sorting Through: „The Role of Representation in Bureaucracy“*, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 23 (4), 2013, 794.

⁶ Sounman Hong, „Representative Bureaucracy, Organizational Integrity, and Citizen Coproduction: Does an Increase in Police Ethnic Representativeness Reduce Crime?“, *Journal of Policy Analysis and Management*, Volume 35, Issue 1, Winter 2016, 14-15.

⁷ Willy McCourt, „Public Appointments: From Patronage to Merit“, *Institute for Development Policy and Management University of Manchester*, Manchester, 2000, 5.

⁸ Zuzana Murdoch, J. Trondal, B. Geys, „Representative bureaucracy and seconded national government officials in the European Commission“, *Regulation & Governance*, 10,

Такође, та појава се може запазити и на нивоу локалне самоуправе и територијалне аутономије, што доводи до дезинтеграцијских а не интеграцијских процеса у друштву, а на послетку и у држави. Битно је навести да репрезентативна бирократија може бити једна од активности које се предузимају ради инклузије мањинских заједница у друштво и побољшања положаја угрожених друштвених група. Она сама, без осталих економских, политичких, културних и социјалних мера, неће дати жељене резултате.

Попуњавање места у јавној управи службеницима који се примају на основу неких личних својстава која их чине угроженим категоријама становништва или мањинским групама иако може имати позитивне последице по резултате организације у којој врше своју службу, може као нуспојаву произвести негативне ефекте по друштво. У полицијској управи у САД примећено је да повећани број полицијских службеница за последицу има смањење кривичних дела чије су жртве жене, али и да повећање афроамеричких полицајаца производи повећани број лица афроамеричког порекла која себе и свој идентитет профилишу кроз своје расно порекло.⁹

Дакле, уколико репрезентативна бирократија није део системског решења чији је циљ побољшање услова живота угрожених друштвених група, без обзира да ли је основ њихове диференцијације у односу на већинску групу, националност, вера, пол, сексуално опредељење или неко друго лично својство, може произвести супротне ефекте од оних који су планирани. Најнегативније последице до којих може довести неодговарајуће спровођење репрезентативне бирократије огледају се у подељености друштва и државе, чије су основ лична својства појединаца, као и стварање сепаратних јединица у оквиру државе у којима живе концентрисане мањинске друштвене групе.

4. ВРСТЕ СЛУЖБЕНИЧКИХ СИСТЕМА

У зависности од комбинације класификационог, платног и система напредовања, зависе и врте службеничког система. Целовити службенички систем у једној држави може постојати само уколико је поред система државних службеника уређен и систем локалних службеника.¹⁰

2016, 336-337.

⁹ М. D. Bradbury, E. Kellough, „Bureaucracy: Exploring the Potential for Active Representation in Local Government“, *Journal of Public Administration Research and Theory*, 18 (4), 2008, 699.

¹⁰ Борче Давитовски, Зоран Лончар, Ана Павловска-Данева, *Наука о управи*,

Постоје два основна типа службеничких система, а то су отворени и каријерни. Трећи представља спој елемената претходна два и означавамо га као мешовити.

Каријерни службенички систем, почива на коришћењу људских потенцијала из саме организације. У њему је улаз лица ван организације, односно из приватног сектора ограничен, и подразумева могућност радног ангажовања на најјим, најчешће приправничким радним местима и касније са њих почиње њихово напредовање.¹¹ Напредовањем се попуњавају упражњене више и средње позиције у службеничком систему. Напредовање је најчешће аутоматско а класификациони систем је заснован на класификацији службеника.

Отворени систем, пак подразумева олакшан улазак лицима из приватног сектора у организацију у којој свој посао врше јавни службеници. Сва места у службеничком систему попуњавају се методом јавног конкурса, а што значи да су сви запослени током свога радног века изложени конкуренцији споља.¹² Напредовање је засновано на отвореном систему, а класификациони систем на класификацији радних места.

Међутим, ни један систем, од претходно наведених, не постоји у свом чистом облику у пракси неке од држава. Најчешће се рад свих службеника одвија у мешовитом службеничком систему, који је састављен од елемената каријерног и отвореног. Наравно, у сваком од мешовитих система службеника не постоји једнака сразмера између елемената каријерног и отвореног система, већ су најчешће неки од њих претежнији у односу на друге.

У Србији службенички систем локалних и државних службеника можемо означити као мешовити с обзиром на елементе који постоје у њему. Претходно наведени системи уређени су Законом о државним службеницима¹³ и Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе¹⁴.

Карактеришу га обележја отвореног и каријерног система, у коме су претежнији елементи отвореног, при чему у случају државних службеника ова оцена важи за општи систем државних службеника установљен Законом о државним службеницима. Српски службенички систем је заснован на мерит систему, тј. на методима и начелима на основу којих се пријем,

Факултет за државне и европске студије - Подгорица, Подгорица, 2012, 143.

¹¹ Милан Влатковић, Радоје Брковић, Бојан Урдаревић, *Службеничко право*, Досије студио, Београд, 2013, 48.

¹² Ivo Boršković, *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999, 75.

¹³ „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009 и 99/2014.

¹⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 21/2016.

непредовање, распоређивање, оцењивање, плаћање и отпуштање врше на основу објективно постављених мерила у самом систему.

5. МЕРИТ СИСТЕМ

С обзиром да репрезентативну бирократију можемо означити као један од облика ограничења мерит система на основу чијих места и начела функционише и наш целокупни службенички систем, неопходно је да се у основним цртама осврнемо и на њега. У Сједињеним Америчким Државама систем поделе плена¹⁵, који је претходио мерит систему, са одређеним изменама трајао је све до краја XIX века када је постало јасно да растући државни апарат треба професионализовати и учинити ефикаснијим и економичнијим. Са повећањем активности федералне Владе након грађанског рата, порасли су и трошкови њенога рада. Услед тога растао је притисак на политичаре, да учине рад јавног сектора ефикаснијим и економичнијим.¹⁶

Сенатор Џорџ Пендлтон (*George Pendleton*) из Охаја поднео је предлог закона на основу кога је донет *Civil Service Act* из 1883, којим је уведен мерит систем у јавну управу САД-а. Систем службеничке политике заснован на објективним начелима и методама везаним за активности на основу којих се спроводи службеничка политика, као и професионализација и деполитизација јавне управе, од тог времена се у САД-у назива мерит систем, и на снази је и данас, уз наравно, измене у складу са напретком друштва, технологије и знања.¹⁷

Циљеви, методи и начела, мерит система установљени у САД-у, постали су циљеви, методи и начела мерит система у свим осталим државама

¹⁵ Систем поделе плена је систем на коме се заснивало запошљавање и службеничка политика у Сједињеним Америчким Државама у XIX веку. Политичка странка из чијих би редова био председник Сједињених Америчких Држава попуњавала је места у органима јавне управе, на федералном, републичком и општинском нивоу. Мандат тих службеника трајао је док је трајао и мандат председника. Такође, државни службеници били су лаици јер се сматрало да за обављање посла у државној служби нису потребна нека посебна знања. Радна места службеника, посматрала су се као плен, који је добијао победник избора и због тога они су своју службу вршили у интересу онога који их је поставио, тј. политичке опције која је победила на изборима, а не у јавном интересу. Више у: Зоран Јовановић, *Нови јавни менаџмент и реформа државне управе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2012, 119-120.

¹⁶ Ronald Jonson, *Federal Civil Service System and The Problem of Bureaucracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, 37.

¹⁷ <http://www.u-s-history.com/pages/h965.html>, приступљено 26.02.2017. године.

које су прихватиле овај систем за вођење службеничке политике. У *Civil Service Reform Act* из 1978. године наводи се да ради "обезбеђивања грађанима САД-а способне, искрене и продуктивне радне снаге у јавном сектору... и ради побољшања квалитета јавних услуга, федерално управљање кадровима треба да буде засновано у складу са принципима мерит система."¹⁸

Активности везане за службеничку политику предузимане, са субјективног становишта руководиоца, пре или касније стварају проблем органу државне управе нарочито у функционисању и финансирању рада органа државне управе, и генеришу све веће незадовољство грађана радом конкретног државног или локалног органа. Незадовољство радом конкретног органа временом постаје незадовољство радом целокупног јавног сектора и саме државе.

Мерит (*merit*) је енглеска реч која у преводу означава заслугу или вредност. Мерит систем у суштини подразумева пријем и напредовање, службеника на основу њихових знања, вештина, умећа, заслуга, као и осталих објективних показатеља њихове стручности, вредности и способности. Он подразумева предузимање и осталих активности из области службеничке политике: распоређивање државних службеника, стручно усавршавање и стварање одговарајућих услова за рад, у складу са заслугама, знањима и способностима службеника. Предузимањем активности повезаних са управљањем кадровима у локалној самоуправи, а које се базирају на методима и начелима мерит система, треба остварити крајњи циљ, који се састоји у постављању првог човека на право место.¹⁹

Мерит систем треба да елиминише спровођење службеничке политике на основу страначке припадности, порекла, вероисповести, непотизма и других сличних метода који су засновани на субјективности пре свега руководиоца државног органа, и осталих лица у државном органу која воде или имају утицај на вођење службеничке политике. Циљ мерит система је изградња професионалне, одговорне, способне и квалитетне јавне управе, која ће повећати задовољство грађана и омогућити ефикасније и економичније функционисање државе и њених локалних јединица.

Мерит систем има неколико ограничења која се односе на његову примену на кадрове у јавном сектору. Овај систем се не примењује на политички слој у управним организацијама. Он се такође, не примењује ни

¹⁸ <http://www.opm.gov/policy-data-oversight/performance-management/reference-materials/more-topics/merit-system-principles-and-performance-management/>, приступљено 26.02.2017. године.

¹⁹ Willow Jacobson, Jessica E. Sowa, „Strategic Human Capital Management in Municipal Government: An Assessment of Implementation Practices“, *Public Personnel Management*, Vol. 44(3), 2015, 319.

на пратеће и помоћне раднике - намештенике.²⁰ Изузеци од примене мерит система, као што смо већ изнели, постоје и у случају репрезентативне бирократије.

6. ЗАСТУПЉЕНОСТ РЕПРЕЗЕНТАТИВНЕ БИРОКРАТИЈЕ У СЛУЖБЕНИЧКОМ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Репрезентативна бирократија у службеничком систему Републике Србије најчешће је заступљена у виду општих одредби на основу којих се прописује обавеза прилагођавања структуре запослених националном, верском, полном и другом саставу заједнице у оквиру које службеници врше своје активности. Дакле она се уводи у систем у виду одређених правних стандарда.

Основу за активну репрезентативну бирократију налазимо у чл. 21. Устава РС у коме се наводи да се позитивна дискриминација лица и група које су у суштински неједнаком положају у односу на остале грађане не сматра дискриминацијом.²¹ Активности које се предузимају ради побољшавања положаја угрожених друштвених група нису дискриминација, јер је њихов циљ изједначавање свих грађана у једној држави и друштвеној заједници, а не њихово разликовање на основу личних својстава. Такође, правну основу за мерит систем у службеничком систему Србије можемо наћи у чл. 53. Устава у коме се наводи да грађани имају право да учествују у управљању јавним пословима и да под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције. Иако је претходно наведени члан у колизији са одредбом која предвиђа позитивну дискриминацију, могли бисмо их посматрати као правило и изузетак, тј. једнакост свих грађана је правило а позитивна дискриминација изузетак, који се увек мора пажљиво и уско тумачити како се не би претворила у дискриминацију.

Правни основ за пасивну репрезентативну бирократију налазимо у чл. 77. Устава. У њему се наводи да припадници националних мањина имају, под истим условима као остали грађани, право да учествују у управљању јавним пословима и да ступају на јавне функције. Такође, при запошљавању у државним органима, јавним службама, органима аутономне покрајине и јединица локалне самоуправе води се рачуна о националном саставу становништва и одговарајућој заступљености припадника националних мањина. Претходно наведено правило је такође, изузетак од мерит система, с обзиром да при запошљавању службеника предност имају они који поседују

²⁰ М. Влатковић, Р. Брковић, Б. Урдаревић, *op. cit.*, 109-110.

²¹ Устав РС, „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

одређено лично својство, тј. имају одговарајућу националну припадност.

Дакле основ за увођење репрезентативне бирократије у службеничком систему Србије налазимо у њеном најопштијем и најважнијем правном акту, тј. Уставу. Његове одредбе омогућавају додатно разрађивање и пасивне и активне претходно наведене врсте бирократије, одговарајућим одредбама закона. То за последицу може имати промењен образац репрезентативне бирократије у будућности у односу на онај који постоји данас.

Законом о државним службеницима предвиђена је могућност увођења пасивне репрезентативне бирократије. Чланом 9. претходно наведеног закона, је предвиђено да су при запошљавању у државни орган кандидатима под једнаким условима доступна сва радна места, а избор кандидата заснива се на стручној оспособљености, знању и вештинама. Такође, при запошљавању у државне органе води се рачуна о томе да национални састав, заступљеност полова и број особа са инвалидитетом одслика у највећој могућој мери структуру становништва.

Одредбом Закона о државним службеницима коју смо претходно навели, уведена је могућност на основу које састав запослених у органима државне управе може одговарати структури становништва у заједници у којој државни службеници врше своје послове. С обзиром да је Закон о државним службеницима општи пропис који уређује положај свих државних службеника, можемо извући закључак да се пасивна репрезентативна бирократија може применити на све државне службенике, без обзира да ли се њихов положај уређује само Законом о државним службеницима или поред њега и неким од посебних закона, тј. Законом о полицији,²² Законом о спољним пословима²³ и Законом о војсци²⁴.

Законом о државним службеницима је у службенички систем државних службеника репрезентативна бирократија је дакле уведена на један општи начин путем правног стандарда. Његова примена је остављена на процену државним органима. Њено додатно прецизирање није извршено неким допунским критеријумима, на пример предвиђањем неких квота које су резервисане за припаднике мањинских и угрожених друштвених група. Такође, претходно наведеним правним стандардом предвиђена је његова примена само при запошљавању државних службеника, а не и према оцењивању, напредовању, распоређивању и отпуштању, а што је по нама добро решење.

Као што смо претходно изнели, целокупан службенички систем државних службеника почива на методима и начелима мерит система.

²² „Сл. гласник РС“, бр. 6/2016.

²³ „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 126/2007 - испр. И 41/2009.

²⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон, 10/2015 и 88/2015 - одлука УС.

Пасивна репрезентативна бирократија, која је предвиђена у Закону о државним службеницима представља изузетак од мерит система али само при пријему државних службеника, без обзира да ли своје активности обављају на извршилачким или положајним радним местима. Дакле, пасивну репрезентативну бирократију можемо означити као изузетак од правила везаних за пријем државних службеника прописаних чл. 45-75. Закона о државним службеницима.

Изузетак се састоји у томе што се не врши пријем најбољег кандидата, већ оног који поседује неко од личних својстава, која немају остали, а које омогућава државном органу да састав запослених државних службеника одговара структури становништва у друштву. Није прописан начин на који ће се вршити пријем државних службеника применом претходно наведеног изузетка, као ни ко би требао да га примени, а што је по нама један од великих недостатака начина на који је прописана примена репрезентативне бирократије, јер оставља мноштво простора за субјетивно поступање руководилаца и конкурских комисија.

Законом о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, чијим је доношењем у Србију уведен локалне службенички систем је такође, попут Закона о државним службеницима уведена могућност постојања пасивне репрезентативне бирократије. Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе у великој мери је рађен на основу модела оличеног у Закону о државним службеницима. Због тога је и норма којом се предвиђа постојање репрезентативне бирократије, а која је садржана у одредби чл. 19. претходно наведеног закона, идентична истој одредби садржаној у Закону о државним службеницима.

Сличност између прописа који уређују локални и систем државних службеника логичан је из разлога што су они два дела јединственог службеничког система у Србији. Сходно томе, логична је честа сличност међу основним и стестемским одредбама прописа који уређују локални и систем државних службеника. На основу претходно реченог, све што смо изнели у погледу репрезентативне бирократије у вези државних службеника, важи и за локалне службенике у Србији.

7. ЗАКЉУЧАК

Репрезентативна бирократија представља учење на основу којег треба одговарајућим интервенцијама у јавну управу произвести позитивне промене по положај припадника мањинских и угрожених друштвених група. Постоје активна и пасивна репрезентативна бирократија.

Пасивна представља осликавање структуре становништва у

службеничком систему. Свака група, угрожена или мањинска, сходно својој заступљености у друштву има право на пропорционалну заступљеност и у оквиру државног или локалног службеничког система. Активна репрезентативна бирократија обухвата активности државних органа којима се врши позитивна дискриминација припадника угрожених и мањинских друштвених група, а ради побољшавања њиховог положаја и интеграције у друштво.

Позитивне резултате репрезентативна бирократија може произвести само уколико је један од елемената системског приступа чији је циљ побољшавање статуса лица која су део угрожених и мањинских група у друштву. У супротном, може произвести супротне процесе и произвести додатно погоршање положаја, претходно наведених лица и додатне дезинтеграцијске процесе у друштву.

Активна и пасивна репрезентативна бирократија представљају изузетак у односу на методе и начела мерит система који је основа модерних службеничких система. Примењујући активности повезане са репрезентативном бирократијом, место у службеничком систему добија кандидат који поседује одређено лично својство, а не онај који је објективно најбољи за вршење послова на конкретном радном месту. Иста је ситуација и са распоређивање, напредовањем, оцењивањем, плаћањем и отпуштањем.

Основ за постојање репрезентативне бирократије у српском службеничком систему чине одредбе Устава. Овим највишим општим правним актом створене су институционалне претпоставке за увођење пасивне и активне репрезентативне бирократије. Пасивна репрезентативна бирократија уведена је општим одредбама системских закона којима се уређује службенички систем. Њима је предвиђено формирање структуре запослених службеника која ће одговарати карактеристикама становништва у заједници у којој службеници врше своје активности. Начин на који ће бити реализована пасивна репрезентативна бирократија није прецизиран у Закону о државним службеницима и Закону о запосленим у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, а што представља велики недостатак имајући у виду да она представља изузетак од метода и начела мерит система.

Aleksandar ANTIĆ

PhD student, Faculty of Law, University of Kragujevac

REPRESENTATIVE BUREAUCRACY AND ITS REPRESENTATION IN THE
SERBIAN CIVIL SERVICE SYSTEM

Summary

Representative bureaucracy is one of the doctrines, which should facilitate the work of the public administration and its officials, which will enable the improvement of the situation of vulnerable and minority groups and their integration. The author analyzes representative bureaucracy and also performs review of both its forms, ie. passive and active representative bureaucracy. Also, by the author is analyzes the positive and negative aspects of a representative bureaucracy and concludes that it can achieve the appropriate result in the community only if it is applied as one of the measures in the context of system-wide approach with the aim of improving the situation, and integration of the minority and disadvantaged otherwise take place opposite processes, ie. further deterioration of the position, the above-mentioned groups and a disintegration processes in the society. Civil service system in Serbia can operate in accordance with the principles and methods of representative bureaucracy. The legal basis for its inclusion in the system of state and local officials make the provisions of the Constitution and the basic law rules of state and local officials. The provisions of the rules noted above conditions have been created for introduction of a representative passive bureaucracy, but it is not regulated by way of its implementation and organization, and what should be done because its application is an exception from the principle and the method of the merit system which is the base of civil and local servants system in Serbia.

Keywords: *representative bureaucracy, merit system, civil service system, civil servants, local officials.*

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Borković Ivo, *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999.

Влатковић Милан, Брковић Радоје, Урдаревић Бојан, *Службеничко право*, Досије студио, Београд, 2013.

Bradbury Mark D., Kellough Edward, Representative Bureaucracy: Exploring the Potential for Active Representation in Local Government, *Journal of Public Administration Research and Theory*, (2008) 18 (4), p. 697-714.

Давитивски Борче, Павловска-Данева Ана, Лончар Зоран, *Наука о управи*, Факултет за државне и европске студије-Подгорица, Подгорица, 2012.

Hong Sounman, Representative Bureaucracy, Organizational Integrity, and Citizen Coproduction: Does an Increase in Police Ethnic Representativeness Reduce Crime?, *Journal of Policy Analysis and Management*, Volume 35, Issue 1, Winter 2016, p. 11–33.

Jacobsen Dag Ingvar, Local authority bureaucracies: Responsible, representative, or divergent? Evidence from small political systems in Norway, *Public Administration*, Vol. 90, No. 4, 2012, p. 1067–1087.

Jacobson Willow, Jessica E. Sowa, Strategic Human Capital Management in Municipal Government: An Assessment of Implementation Practices, *Public Personnel Management* 2015, Vol. 44(3), p. 317–339.

Јовановић Зоран, *Нови јавни менаџмент и реформа државне управе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2012.

Jonson Ronald, *Federal Civil Service System and The Problem of Bureaucracy*, University of Chicago Press, Chicago, 1994.

Kasymova Jyldyz, A Cross-National Evaluation of Representative Bureaucracies: Implementation, Challenges, and Outcomes, *Public Administration Review*, Vol. 75, Iss. 2, p. 327–328.

Kennedy B. A., Sorting Through: The Role of Representation in Bureaucracy, *Journal of Public Administration Research and Theory*, (2013) 23 (4), p. 791-816.

Konisky M. David, *Representative Bureaucrats: Attitudinal Congruence and Agency expertise*, Working Paper, Truman School of Public Affairs University of Missouri – Columbia, 2007.

Lim Hong-Hai, Representative Bureaucracy: Rethinking Substantive Effects and Active Representation, *Public Administration Review*, March /April 2006, p. 193-204.

McCourt Willy, *Public Appointments: From Patronage to Merit*, Manchester, Institute for Development Policy and Management University of Manchester, Manchester, 2000.

Murdoch Zuzana, Trondal Jarle, Geys Benny, *Representative bureaucracy and seconded national government officials in the European Commission*, Regulation

& Governance (2016) 10, p. 335–349.

Устав Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр. 6/2016.

Закон о спољним пословима, "Сл. гласник РС", бр. 116/2007, 126/2007 - испр. И 41/2009.

Закон о војсци, "Сл. гласник РС", бр. 116/2007, 88/2009, 101/2010 - др. закон, 10/2015 и 88/2015 - одлука УС.

Закон о државним службеницима, "Сл. гласник РС", бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр., 116/2008, 104/2009 и 99/2014.

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, "Сл. Гласник РС" бр. 21/2016.

<http://www.opm.gov/policy-data-oversight/performance-management/reference-materials/more-topics/merit-system-principles-and-performance-management/>, приступљено 26.02.2017. године.

<http://www.u-s-history.com/pages/h965.html>, приступљено 26.02.2017. године.

Др Момир МИЛОЈЕВИЋ*

НАЦИОНАЛНО И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

Апстракт: Унутрашње право и међународно право су настали и развијали се у различито време и имали су различите функције. Унутрашње право је постало средство за очување и јачање државе, а међународно право је служило за одржавање равнотеже између држава. Током времена међународно право је постало средство за сарадњу држава, а касније за заједничко уређивање добара од општег интереса. Због разлика у погледу садржине правних правила држава поставило се питање односа између права држава и међународног права, нарочито после напуштања теорије природног права. Разлике између позитивног права држава и међународног права се смањују с повећањем улоге међународних организација и обавеза држава да испуњавају преузете обавезе.

Кључне речи: национално право, међународно право, дуализам, монизам, јединство права, међународне организације, устави.

1. ПРЕТХОДНЕ НАПОМЕНЕ

Више од једног века расправља се о односу између државног (унутрашњег) и међународног права за које се не зна ни када су добили ова имена, а још мање се зна када су настали. Зна се једино да нису настали из неког прописа већ да им је порекло доктринарно као и за многе друге појмове којима се служимо. Организатор овога скупа је добро учинио што је употребио израз "национално" који се у даљој прошлости користио иако се појмови "народ", "нација" и "држава" користе као синоними иако нису исто. Идући у прошлост нисмо стигли до сазнања када су настали али верујемо да су настали спонтано током дуге еволуције док нигде нису записани. Несумњиво је да је давање имена зависило од способности за уочавање и уопштавање заједничког у мноштву различитости у стварности.

У недостатку тих сазнања остаје нам да верујемо да је право настало нада су успостављени први друштвени односи, пре и независно од државе,¹

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду

али не знамо када јер се тврди да су давно нестале многе цивилизације чији трагови не откривају ко је правила понашања назвао правом. Када је настала држава је присвојила право а у доктрини их је повезала "класична немачка Лабанд Јелинекова школа".² Макијавели је написао (1513) шта сматра државом али не и од када се тај појам употребљава. Не својом кривицом је Вук Караџић државу поистоветио с државином потврђујући то употребом одговарајуће латинске речи.

Међународно право је настало с првим додирима најстаријих друштвених заједница не мешајући га с међународним односима. Вероватно зато Шарл Русо његов настанак везује за стварање независних држава у XVI веку,³ али је несумњиво да је и међународно право постепено стварано пре него што је добило данашње име. За време владавине природно правне теорије стављано на ниже место у правној хијерархији. Како су субјектима права сматрани народ и држава,⁴ међународно право је везивано за **jus gentium** (отуда буквални превод: "право народа") иако је оно било римско право које је важило за странце и оне за које није важило **jus civile**. Касније се појавило **jus naturae**. Одроз тога се види у називима међународног права на француском, енглеском и немачком језику.⁵ Вателово дело показује да међународно право чине начела природног права, а да су субјекти народи (нације) и владари. За време Француске револуције израз "Народ/Нација" је био синоним за државу која се није смела поменути,⁶ иако су у то време вестфалска начела већ век и по обезбеђивала потпуну самосталност држава и обавезивала их да поштују иста права других држава. Тиме су превазилазила оквире међународног права и уређивала не само однос једне државе према другој држави већ и положај држава у међународној заједници.⁷ Упркос томе присталице природног права су и даље међународно право називали "право народа"⁸ или су за међународно право задржали старе називе, погрешно

¹ Милан Гавриловић, *Држава и право*, Београд, 2007, 154.

² Радомир Лукић, „О основним идејама Ханса Келзена“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1951, бр. 4, 618.

³ Ch. Rousseau, *Droit International public*, t. 1, Paris, 1970, 16.

⁴ Јован Ст. Поповић, *Природно право*, предавања у Лицеју у Крагујевцу, Београд, 1995, 189.

⁵ Видети, нпр. наслове дела: J. Dumont, *Corps universel diplomatique de droit des gens*, 8 vols, Amsterdam, 1726; Emmer de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliques a la conduit et aux affaires des Nations et des Souverains*, Neuchatel, 1758; G. Schmals, *Precis du Droit de gens europeen*, Paris, 1864.

⁶ Ch. Rousseau, *Droit International public*, t. 2, Paris, 1974, 19, 1.

⁷ Видети: J. С. Поповић, *Op. cit.*, 189. Стерија каже „народно право, или као што се неким допада – право држава“.

⁸ R. Padirac, *L'egalite des Etats et l'organisation internationale*, Paris, 1953, 9.

везане за *jus gentium* (*droit des gens*/law of nations/*Völkerrecht*) или мешале народе и државе.⁹

Чак су и највеће међународне организације створене у XX веку назване организацијама нација (Друштво народа, Уједињене нације).¹⁰

2. УНУТРАШЊЕ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО

Док је у доктрини преовлађивало схватање о природном праву позитивног (писаног) права што показује Бателово дело о међународном или природном праву.¹¹ Жан Димон је први истакао да постоји и унутрашње право (или политички и играњански закони) које је ставио на четврто, последње место у хијерархији правних извора.¹²

У стварности унутрашње право је "старије" и развијало се још у време када појмови права, а нарочито државе, нису били познати нити се зна како су се називали. По природи ствари унутрашње право је било садржајно богатије од природног и међународног права о коме су писали теоретичари. То важи нарочито за стари и средњи век када су државе имале оформљене правне поретке док је међународно право имало много оскудније норме о односима између држава иако има схватања да је међународно право "старо" колико сама цивилизација и да је нужна и неизбежна последица сваке цивилизације.¹³ Тиме се објашњава зашто писци помињу само међународно право али се баве само општим правом као што је природно право. Римљани су имали сложену правну структуру: *jus civile*, *jus gentium* и *jus naturae*.¹⁴

С развојем права су јачале државе а у њима свест о једнакости и слободи што је доводило до ратова не само с Турском него и између хришћанских држава (између Француске и Енглеске чак "Стогодишњи рат". Вестфалски компромис (1648), којим је окончан "Тридесетогодишки рат" између католичких и протестантских држава, је поставио политичке и правне основе јачања државних заједница насталих у различитим срединама у Европи. У тим околностима државе су више држале до свог (унутрашњег)

⁹ Нпр. G.G. Gidel, *Droits et devoirs de Nations, La theoria classique des droits fondamentaux des Etats*, Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Hague, 1925, t. 10, 531-599.

¹⁰ Увод Повеље УН почиње речима: „Ми народи уједињених Нација“, а у чл. 34. помињу се „трвења између народа“.

¹¹ Наведено у фусноти 5.

¹² Наведено у фусноти 5. Више о томе: S. Verosta, *Droit International et droit intern de Jean Dumont*, Melanges offerts a Henry Rolin.

¹³ Baron Serge Korff, *Introduction a l' Histoire du Droit International*, Recueil des Cours, 1923, t. 1, 21.

¹⁴ J. C. Поповић, *Op. cit.*, 189; S. Korff, *Op. cit.*, 14-15.

права него до међународног права које је уређивало њихове међусобне односе из којих нису нестали ратови. Мир или рат су зависили од њихове оцене односа снага. На тој основи је створено схватање о међународном праву као спољашњем праву којим се државе обавезују у границама њихових интереса (теорија самообвезивања или самоограничавања). Пошто су интереси променљиви међународни уговори су изгубили значај који су имали од времена римског права. Теорија о самоћи унутрашњег права је била заснована на идејама Хобса и Хегела по којима је држава највиша вредност. Ту теорију је у XVIII веку заступао Ј. Ј. Мозер (1701-1785) а један век касније поставио Бергбом¹⁵ а правно је уобличио Георг Јелинек (1851-1911).¹⁶

Била је то негација међународног права која је, и поред напора других држава, довела до Првог светског рата. Мора се родно право али да оно малим делом обавезује државе. Један од њих је био помоћни судија регионалног суда и приватни доцент Лајпцишког универзитета Хајнрих Трипел. Против теорије о самообвезивању су били аустријски правници међу којима је двадесетчетворогодишни Алфред Фердрос поставио питање "конструкције међународног права" служећи се Јелинековом терминологијом.¹⁷ Питање односа унутрашњег и међународног права је било стављено на дневни ред.

3. СХВАТАЊА О ОДНОСУ ИЗМЕЂУ УНУТРАШЊЕГ И МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА У ТЕОРИЈИ

Расправу је покренуо Хајнрих Трипел¹⁸ изазовним насловом у коме је прва реч била "Међународно право" што је указивало да је главни предмет однос међународног права према земаљском (унутрашњем) праву. Уследили су радови В. Кауфмана,¹⁹ Д. Анцилотија,²⁰ Х. Келзена²¹ и А. Фердроса.²²

¹⁵ C. Bernbohm, *Staatenvertrage und Gesetz als Quellen des Volkerrecht*, Dorpart, 1877.

¹⁶ G. Jellinek, „Die rechtliche Natur der Staatenvertrage“, *Ein Beitrag zur juristischen Construction des Volkerrechts*, Wien, 1880.

¹⁷ A. Verdross, „Zur Konstruktion des Volkerrechts“, *Zeitschrift fur Volkerrecht*, Band VIII, 1914, 327-351.

¹⁸ Heinrich Tripel, *Volkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1889. Превод на француски: R. Brunet, Paris, 1920.

¹⁹ Walter Kauffmann, *Die Rechtskraft des internationalen Recht*, Stuttgart, 1899.

²⁰ D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto Internazionale*, I, Firenze 1902; *Corso di diritto Internazionale*, 1905. Треће издање из 1923. године на француски је превео Жилбер Жидел, Париз, 1929.

²¹ Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tübingen, 1911.

Први светски рат је прекинуо научну расправу која је оживела после закључења уговора о миру (1919-1920) појавом нових дела Фердроса²³ и Келзена.²⁴

Дело Алфреда Фердроса поставља питање односа између унутрашњег и међународног права поводом конкретног питања кривичне одговорности за злочине у рату (о чему су научници и политичари расправљали у Паризу 1915-1916). Версајским уговором је немачки цар Виљем II "јавно оптужен за највишу повреду међународног мора и свете важности уговора" (чл. 221, ст.1) а Немачка је прихватила одговорност за губитке и штету које су претрпеле савезничке и удружене државе и њихови становници "као последице рата који им је наметнут агресијом Немачке и њених савезника" (чл. 231). Слично је признање Аустрије да су она и њени савезници криви за губитке и штете нанете "нападом Аустрије и њених савезника" (чл. 177. Сен-жерменског уговора). Сличне одредбе су унете у уговоре с Мађарском (чл. 157 -160) и Турском (чл. 226-230). Фердрос је био суочен с одговорношћу држава на основу међународног обичајног права.

Насупрот томе Келзеново дело је опште теоријско у коме однос унутрашњег и међународног права није главна тема. Без обзира на то њено додириварње је било довољно Слободану Јовановићу да у приказу Келзенове књиге, исте године, каже да је питане односа између унутрашњег и међународног права "једно од најтежих и најважнијих питања правне науке".²⁵ Не знамо да ли је најтеже и најважније али је сигурно да је важно у време када о њему говоримо. Слободан Јовановић је знао да се њиме на општем правном терену изражава као однос унутрашњег и међународног права а на специјалним подручјима као однос између установа које припадају различитим правним подручјима (међународне организације или ме-ђународна заједница и државе), различитих грана права као целина (државно или унутрашње право и међународно право) или посебних грана права (уставно право и међународно право) или различитих извора права

²² Видети фусноту 17.

²³ A. Verdross, *Die Volkerrechtswidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staten*, Berlin, 1920.

²⁴ H. Kelsen, *Das Problem der Souverenitat und die Theorie der Vikerrechts*, Tubingen, 1920.

²⁵ Slobodan Jovanović, „H. Kelsen *Das Problem der Souverenitat und die Theorie der Vikerrechts*“, 1920, *Društveni život*, 1920, II, 218; „Kelsen“ Iz istorije političkih doktrina, II, *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, Beograd, 1935, 300. О схватањима Слободана Јовановића више: Момир Милојевић, „Схватања Слободана Јовановића о односу између међународног и унутрашњег права“, *Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас*, Правни факултет, Београд, 1991, 147-164; Слободан Јовановић, *Личност и дело*, САНУ, Београд, 1998, 529-533.

(законодавство и међународно право) који се своди на акте или органе.²⁶ Питање односа између државних правних поредака и међународног права се поставило када су државе почеле да се обаавезују на чињења која су била уређена њиховим прописима. Док је била реч о појединим питањима говорило се о међународним обавезама или међународним уговорима који нису захтевали измене законодавства. Када се то умножило питање је добило општи значај и почело се тражити решење. Требало је објаснити правну везу између унутрашњих и спољних чинилаца. Теоретичари су дали различита објашњења.

3.1. Дуалистичко објашњење

У складу с потребама Трипел је, у наслову предавања у Хашкој академији за међународно право, изменио редослед речи и говорио о односу између унутрашњег и међународног права.²⁷ Попут претходника је истакао изграђеност унутрашњег права али је указао и на стварање неопходних правила међународног права која државе прихватају. Оне их уносе у свој правни поредак и тако се отклања дуализам између правних поредака. Не претпоставља се да држава, формулишући законе, жели да повреди међународно право.²⁸ Држава може да буде међународно одговорна за неиспуњене обавезе. Не постоји примат ни једног права јер оба права постоје упоредо и не зависе једно од другог а иста правна норма може бити у оба правна поретка, Постоји дуализам а свака норма важи у поретку коме припада.²⁹

Фердрос је прихватио израз "дуализам" и део Трипеловог учења еа међународно право треба да се схвати као део правног поретка држава или да се државни пореци подреде међународном праву. На тај начин би се решило питање дуализма у праву. Касније је Фердрос изјавио да је израз "дуализам" несрећан јер може да важи сам за једну државу а не за све државе које имају различите поретке.³⁰ С тим се сложио Густав Адолф Валц по чијем мишљењу дуалистичка теорија може да важи за однос унутрашњег и међународног права као целине што у стварности не постоји јер за државе није значај који су прихваћени. Постоји "плуралистичка" хијерархија међународног права и

²⁶ B. Mirkine-Guetzevich, *Droit International - et droit constitutionnel*, Recueil del Cours, 1931, t. 38, 307-465; Исто и у: A. Mestre, *Les traits et droit interne*, 233-306.

²⁷ H. Triepel, *Less Rapports entre le droit interne et le droit international*, Recueil des cours, 1923, I, 77-121.

²⁸ Milan Bartoš, *Međunarodno javno pravo*, I, Beograd, 1954, 41.

²⁹ H. Triepel, 84.

³⁰ A. Verdross, *Le fondement du droit international*, Recueil de cours, 1927, t. 16, 289.

унутрашњих прабних поредака који су му посредно поређени а у ширем смислу су независни.³¹

За разлику од њих у југословенској доктрини је Радомир Лукић као некада Фердрос, указивао на делове међународног права које државе различито прихватају и на основу тога закључио да је међународно право "различно за сваку државу (мада има делова који за све државе идентични), тј. да свака држава има један свој поредак међународног права који је обавезан, који је позитиван".³²

"Позитивно међународно јавно право, као и приватно" Југославије састоји се из "оних уговорних и осталих међународних обавеза" које је Југославија прихватила.³³ Према томе "сваки правни поредак има своје сопствено међународно право створено од оних делова међународног права које тај поредак усваја". Зато се међународно право сваке државе или групе држава разликује од међународних права других држава. Опште међународно право чини само оно што је заједничко свим националним међународним правима.³⁴

Тако се ова гледишта, настала у крилу дуализма, једним мањим делом, приближавају монизму с приматом унутрашњег права. Дуалистичко схватање је прихватио велики број познатих, махом старијих, писаца, на пример, Ариго Кавалери, П. Хејлборн, Дијена, Каре де Малбер, Жозеф Бартелми, Гаetano Морели, Алф Рос, Робер Редслоб, Рикардо Монако, Луј Каваре и наши писци Слободан Јовановић, Јурај Андраши, Илија Пржић, Милан Бартош, Владимир Иблер и Александар Магарашевић.

3.2 . Монистичко објашњење

Прелаз од дуализма ка монизму је учинио Алфред Фердрос студијом о кривичној одговорности држава³⁵ и предавањима у Хашкој академији за међународно право³⁶ чије је идеје развио и довео до врхунца Ханс Келзен.³⁷ Аустријски правници (поред Келзена и Фердроса и Кунц) су, по угледу на домаћи правни поредак, пр стављали право као целину, укључујући негову организацију у ко постоји ступњевитост правних норми, односно формалних

³¹ G.A. Walz, *Wessen des Völkerrecht und Kritik der Völkerrechtler*, Stuttgart, 1930.

³² Радомир Лукић, *Енциклопедија права*, Правни факултет, Београд, 1946, 100.

³³ *Ibid.*

³⁴ Радомир Лукић, *Увод у право*, Правни факултет, Београд, 1964, 379-380; 1995, 357.

³⁵ Видети фусноту 23.

³⁶ Видети фусноту 30.

³⁷ H. Kelsen, *Staat und Völkerrecht*, 1924, 207-222.

извора који проистичу један из другог према хијерархији органа. Међународно право и унутрашњи правни пореци чине један правни поредак³⁸ који се састоји од општег правног поретка (опште међународно право) и више правних поредка (партикуларно међународно право, правни пореци држава). Норме општег међународног права су већином непотпуне нормe; оне изискују употпуњавање норма државног права вање својих властитих норми".³⁹ Монистичко схватање успоставља чврсту логичку конструкцију која се одликује строгошћу и једноставношћу. То му је прибавило многе присталице међу припадницима разних теоријских праваца не само нормативиста, поготово што је схватање о јединству правног поретка било знатно развијено међу припадницима школе природног права⁴⁰ и у XX веку.⁴¹ Монистичко схватање односа између међународног и унутрашњег права су прихватили многи писци који су припадали разним школама, како позитивисти (на прв Лазар Опенхајм, Керш Лаутерпахт, Пол Гугенхајм) тако и они који су се залагали за социолошки приступ изучавању права, посебно солидаристи (Николас Политис, Леон Диги, Морис Буркен, Жорж Сел, Ернст Зауер, амерички писци Квинси Рајт и Филип Џесап) и други.

Прихватање монизма не значи истовремено прихватање међусобног односа (примата) јер нису решена нека основна питања, на пример, да ли један правни поредак или више правних поредака. У другом случају се поставља питање примата ако има несагласности. По једном гледишту међународни поредак је основни а државни пореци су изведени. Према томе примат има међународно право. Оно представља хијерархијски виши поредак из кога проистиче унутрашњи поредак који је нижи и потчињен вишем поретку. Фердрос је сматрао да примат међународног права гарантује не само јединство националног и међународног права него и омогућава обједињавање различитих националних права у јединствени правни систем.⁴² Келзен је сматрао да је начелно могућ примат како унутрашњег тако и међународног права. То не произлази из научних већ из практичних разлога али је бољи примат међународног права јер је неопходан за јединство правног система.⁴³ Примат унутрашњег права, које је различито у свакој земљи, би довео до разбијања међународног права а тиме до његове негације.

³⁸ Н. Kelsen, *Theorie pure du droit*, 430.

³⁹ Н. Kelzen, *Opšta teorija države i prava*, 330, 333.

⁴⁰ Видети фусноту 12.

⁴¹ Le Le Fur, *La theorie de droit naturel depuis le XVIIIe siecle et la doctrine moderne*, Recueil des cours, 1927, t. 18, 259-442; *Precis du droit des gens*, Paris 1932; *Међународно јавно право*, Београд, 1934.

⁴² А. Verdoss, *Le fondement du droit international*, 289.

⁴³ Х. Келзен, *Главни проблеми теорије државног права*, 27; *Проблем суверености и теорија међународног права*, 180-181.

Практична последица примата међународног права је да прихватаде међународног уговора аутоматски повлачи измене закона које су потребне да би се узор могао применити.⁴⁴

Насупрот овоме схватање о примату унутрашњег права полази од чињенице да је државно право основни поредак и да међународно право стварају државе које слободно прихватају међународне обавезе. Оне то чине по поступку који је такође предвиђен унутрашњим правом. То гледиште су прихватили припадници "бонске" школе (Цорн, Кауфман, Венцел), у Француској Десансијер-Ферандијер.

Тридесетих година прошлог века се појавило схватање које одбацује примат како унутрашњег тако и међународног права (дио Штреземан) Удрих Шојнер је истакао да би требало прекинути посматрање међународних односа као сукоба. На тој основи се не може стварати међународна заједница која за основицу мора да има нешто што повезује и упућује на сарадњу не само држава већ и између друштвених група и појединаца.⁴⁵ Слично гледиште је изложио француски социолог Жорж Гурвич који је сматрао да се нигде идеја правне интеграције није наметнула са толико неопходности као у Међународном праву.⁴⁶ Иако су јасни утицаји социолошког приступа не смеју се занемарити филозофски утицаји како солидарситичког учења (Диги, Крабе) или о друштвеној узајамности (Питамиц, Тасић) и природноправног учења о заједничком добру (Де Фир, Ренар). Из тога произлази да држава треба да усклади своје циљеве с циљевима човечанства. Однос зависности настаје из јединства уже и шире друштвене заједнице које чине једну целину. Ужа заједница је у широј заједници али обе заједнице зависе једна од друге и нема једне без друге. Оне се узајамно допуњују и остварују. Државни правни поредак мора да буде усклађен с међународним правним поретком колико је у интересу међународне заједнице. Међународно право је универзално а државно право је посебно али примена међународног права зависи од унутрашњег права.⁴⁷ Монизам може да буде само "историјски" а не "логички" заснован на начелу јединства јавног права, међународног и унутрашњег права мира.⁴⁸ Тако се монизам приближава схватању о јединству права.

⁴⁴ I. Tomšič, „La conclusion des traites internationaux d'après la Constitution Yougoslave du 3. septembre 1931“, *Annual revue l'Association Yougoslave de droit internationale*, Belgrade – Paris 1934, 296.

⁴⁵ Ulrich Scheuner, *Staat und Staatengemeinschaften*, Berlin 1931, 264.

⁴⁶ Georges Gurvitch, *Le temps pieux et l'idée du droit social*, Paris 1931, 170.

⁴⁷ B. Mirkin-Guetzevich, *La technique parlementaire des relations internationales*, Recueil des cours, 1936, t. 56, 230.

⁴⁸ *Ibid*, 231.

3.3. Схватање о јединству права

Схватање о јединству правног поретка одбацује примат како унутрашњег тако и међународног права. Међународни и унутрашњи правни поредак чине правну заједницу у којој се не може одвајати унутрашње вадење правних правила од међународног важења. Постоји само једна област важева одређена правом подложним унутрашњем и међународном уређивању.⁴⁹ За примену права је важно суштинско јединство а не постојање заједничке више норме.⁵⁰

Схватање о јединству права су у нашој средини заступали Милан Гавриловић, који је био поборник јединства не само приватног и јавног права него и права уопште, међународног и унутрашњег права,⁵¹ Милан Владисављевић⁵² и Јован Ђорђевић.⁵³ Међународно право није извор права домаћег националног права нити је оно резултат и обична еманација националног права.⁵⁴ Међународно и национално право представљају правни поредак који замедничких интереса народа (одржавање мира, права, човека и народа), слободне и равноправне сарадње на изградњи права, савесног извршавања обавеза и помагања акција међународних организација.⁵⁵ "На тој основи ствара се идејно и правно јединство између међународног и националног поретка тако да су то делови једног јединства, управо јединствен систем по принципима, структури и поретку. С друге стране, ово јединство међународног или тачније светског права остварује се и обезбеђује не само "одоздо", не само путем прихватања и стварања извесних начела и правила унутрашњег права нација, већ и "одозго", путем добровољног укључења појединих начела која произлазе из општих интереса народа, од стране појединих националних правних поредака. У међународном праву се не само интернационализује, не само универзализира унутрашње право већ и само унутрашње право национализира међународно право. Ова два процеса обезбеђују развијање и учвршћење јединства међународног права."⁵⁶ Схватање о јединству права је прихватио и Борислав

⁴⁹ Revue de droit international et de legislation comparee, 1937, No. 2, 356.

⁵⁰ M. Virally, „Sur un pont aux anes: les rapports entre le droit international et les droits internes“, *Melanges offerts a Henri Rolin*, 496.

⁵¹ М. Гавриловић, *Држава и право*.

⁵² Милан Владисављевић, *Проблем јединства јавног права. Држава и међународна заједница*, Београд 1934, 167-168.

⁵³ Ј. Ђорђевић, „Прилог теорији о државном суверенитету“, *Југословенска ревија за амеђународно право*, 1954, бр. 2, 15-16.

⁵⁴ *Op.cit.*, 15.

⁵⁵ *Op.cit.*, 16.

⁵⁶ *Ibid.*

Т. Благојевић по чијем се мишљењу јединство света огледа у прихватању правила међународног права на основу свести о општем интересу.⁵⁷

Изложена гледишта показују настојања да се начелни погледи ускладе са стварношћу у којој виде ослонац за своје постојање. Промене које су настајале током времена су, непосредно или посредно, водиле јединству с приматом међународног права. У многим државама је изграђено правило да је у случају сукоба између међународног уговора и закона претпоставка у корист уговора тако да је премоћ закона ретка.⁵⁸ Примат међународног права или јединство права не произлазе из одређеног схватања или више норме већ из природе друштвених односа или предмета правног уређивања. Тако је настала хијерархија правних норми како у државама тако и у међународној заједници. У логично уређеној хијерархији је настао јединствен систем чије свако ремећење доводи у питање функционисање правног поретка као целине.

3.4. Критика теоријских схватања

Без обзира с ког су становишта полазила схватања су уобичајавана у логичке целине које су им давале углед али су била подложна критикама да не одговарају стварности, односно пракси држава која је била различита. Теоријска схватања су наишла на критику у сопственим редовима. Иако су писци полазили од основних схватања многи су излагали нове идеје које воде другачијим њима.

Дуалистима се упућује питање како је могуће истовремено и једнако важење међусобно противречних норми о истом предмету и у погледу истих субјеката. Како обе норме могу да важе истовремено? Или како једно правило може истовремено да важи и не важи? Монизму се замера да не води рачуна о стварности почев од настанка права. Губи се из вида да је унутрашње право настало много пре међународног права. Како је међународно право могло да намеће примат и да "делегира" надлежност унутрашњем праву када није постојало?. Наравно да је до тога дошло доста касније. Ипак не постоји опште правило међународног права по коме би међународна норма аутоматски укидала унутрашњу норму која би јој била противна.⁵⁹ Веће замерке се упућују монистима који заступају гледиште о примату унутрашњег права. Истиче се да државе обавезују само правила

⁵⁷ Борислав Т. Благојевић, „Јединство света – неке рефлексије са правног гледишта“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1964, бр. 1, 36-52.

⁵⁸ L. Kopelmanas, „Du conflit en tre le traite et la loi interne“, *Revue de droit international et de legislation comparee*, 1937, No 1, 106.

⁵⁹ Charles Rousseau, *Droit international public*, I, 45.

међународног права која су прихватиле.⁶⁰ По мишљењу Русоа национални законодавац се обавезује да своје прописе усклади са општим нормама међународног права.⁶¹ На тај начин се обезбеђује примат међународног права који се подразумева јер без обзира на унутрашње деописе, држава мора да испуњава међународне обавезе и да с њима усклади прописе у свом поретку. Начелна одредба о примату је претпоставка у случају празнине.⁶²

Из наведених разлога су многи угледни писци одбили да се сврставају у присталице било ког схватања, на пример Французи Шарл Русо,⁶³ Мишел Вирали⁶⁴ и Пол Ретер.⁶⁵ По његовом мишљењу добро организован међународни поредак (и без међународних организација) подсећа на добро уређену федерацију у којој акти шире заједнице, изражавајући заједнички интерес, обавезују и имају предност над актима уже (националне или државне) заједнице. То зависи од социолошких и политичких чинилаца и степена друштвене интеграције.⁶⁶ Фактички се долази до закључка о примату међународног права независно од теоријских основа. Томе је допринело деловање међународних организација, пре свега Европских заједница⁶⁷ и Европског суда за људска права који је надлежан да испитује повреде права из Европске конвенције о људским правима и пропуштања њихове заштите у разумном року.

Југословенски правници се нису много бавили овим питањем.

Једину потпуну студију представља докторска дисертација Милана Владисављевића,⁶⁸ а међу чланицама вреди поменути прилоге Леонида Питамица,⁶⁹ Илије Пржића,⁷⁰ Владимира Иблера,⁷¹ Смиље Аврамов,⁷² Иве

⁶⁰ Радомир Лукић, *Енциклопедија права*, 108; *Увод у право*, 1964, 374-380; 1995, 345-347, 357. Вид. и фус. 30-34.

⁶¹ Радомир Лукић, „Преднарт устава и међународно право“, *Југословенска ревија за међународно право*, 1962, бр. 3, 404, 408; Радослав Стојановић, *Југословенски федерализам и спољнополитичко одлучивање*, Београд 1981, 79;

⁶² Ch. Rousseau, *Op.cit.*, 47.

⁶³ Charles Rousseau, *Op. cit.*, 43, 47-48, 174-179.

⁶⁴ M. Virally, *Op. cit.*, 498.

⁶⁵ P. Reuter, *Op. cit.*, 27.

⁶⁶ P. Reuter, *Op. cit.*, 27, 56, et notes 35-39.

⁶⁷ C. Rousseau, *Op. cit.*, 182; M. Virally, *Op. cit.*, 501.

⁶⁸ Видети фусноту 52.

⁶⁹ L. Pitamic, „Državno in meddržavno pravo pod vidikom eno tnega sistema“, *Zbornik znanstvenih rasparv juridičke fakultete*, II, Ljubljana, 1922, 119-131.

⁷⁰ И. Пржић, „Државно и међународно право“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1934, књ. XVIII (XV), br. 1, 22-41. „*Le probleme des rapports entre le droit interne et le droit international et ses discussioncience juridique yougoslave*“, *dans la Annuaire de l'association yougoslave de droit international*, 1937, 129-151

⁷¹ В. Иблер, „Однос међународног и унутрашњег права“, *Наша законитост*, 1957, бр. 11-12, 425-431.

Пухана⁷³ и Вудислава Вукаса.⁷⁴ Расправа је оживљавала пред доношење Југословенских устава од 1963. до 1974. године.

4. УНУТРАШЊЕ И МЕЂУНАРОДНО ПРАВО У ПРАКСИ

4.1. Пракса држава

Пракса држава не следи ниједно теоријско схватање о односу унутрашњег и међународног права. Њихови уставни садрже углавном норме за практичну употребу, на нижем нивоу сведеном на прихватање и примењивање међународних уговора, посебно у време јачања парламентаризма. Британска доктрина и пракса су ишле корак даље и лансирале схватање да је, по обичајном праву, међународно право део унутрашњег права. Хајнрих Трипел се обрнуо на, како каже, "енглеско и англо-америчко схватање" рекавши да је оно "опасан непријатељ теорије дуализма".⁷⁵ Шарл Русо каже да, ма колико то тврђене било занимљиво, претерује се с његовим домаћајем јер не постоји санкција али да пре може да буде путоказ за политичко деловање него право правно правило.⁷⁶

Без обзира на то уставни донети после Првог светског рата садрже одредбе о међународном праву. Први је Вајмарски устав Немачке од 11. августа 1919. по коме се правила међународног права уносе у унутрашње право а законодавац се обавезује да сведе прописе усклади с општим нормама међународног права (чл. 4). Исте одредбе су у уставима Естоније од 15. јуна 1920 (чл. 4), Аустрије од 1. октобра 1920 (чл. 9),⁷⁷ Шпаније од 9. децембра 1931 (чл. 7) и Филипина од 8. Фебруара 1935 (чл. 3. Главе I). Устав (Основни закон) Немачке од 8. маја 1949. је потпунији и гласи: "Општа правила међународног права су саставни део савезног права. Она имају примат над законима и стварају непосредно права и дужности за грађане на савезној територији (чл. 25). Немачки судија може, под надзором Савезног

⁷² С. Аврамов, „Примена међународног права у унутрашњем праву Југославије“, *Исто*, 521-528

⁷³ И. Пухан, „Примена међународног права у унутрашњем праву Југославије“, *Исто*, 521-528

⁷⁴ Б. Вукас, „Однос унутрашњег правног поретка према правилима међународног права по Уставу СФРЈ од 1974“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1974, бр. 2-3, 241-252.

⁷⁵ Н. Трипел, „*Les rapports entre le droit interne et le droit international*“, 87-88 et *spiv.*

⁷⁶ Ch. Rousseau, *Op. cit.*, p. 48

⁷⁷ За Келзеново тумачење ових одредаба у уставима Аустрије и Немачке видети код М. Владисављевића, *Op. cit.*, 64-66.

уставног суда, да одбије примену закона који су супротни општем међународном праву (чл. 100, ст. 2 После другог светског рата је дошло до ревизија устава неких западних држава ради усклађивања уставног и међународног права, практично унутрашњег и међународног права да би се могле примењивати одлуке међународних организација.

Неке државе су после Првог светског рата биле принуђене да прихвате извесне обавезе које су стављене изнад њихових закона, уредаба или званичних мера. То је била суштина уговора које су Главне савезничке државе, на основу Сен-жерменског уговора Румунијом и Грчком о заштити основних људских права и права мањина. Одредбе о мањинама су биле под заштитом Друштва народа и могле су се мењати само у сагласности с ким. Овакве одредбе су имале неповољно психолошко дејство јер су их државе сматрале наметнутим што је утицало на њихов став према међународном праву. Нема двојбе да су одредбе о међународном праву уношене у уставе побеђених или нових и проширених држава које су биле склоније некој варијанти монизма. Већина држава је ћутала јер би другачије изјашњавање било лоше примљено у светској јавности а одбацивање међународног права није долазило у обзир. Мале државе су постале присталице дуализма јер су међународно право осећале као нешто што долази споља и одозго а не одговара њиховим интересима.

4.2. Устави Југославије и Србије

Устави Југославије и Србије (1835-1946) нису садржали одредбе о међународном праву вероватно због незадовољства неким решењима у међународним уговорима (1812, 1878, 1919, 1920, 1947). Међутим, њихови органи, укључујући судове, су поступали у складу с прихваћеним међународним обавезама.⁷⁸ Међународно право се постепено појављује, прво у начелној расправи на Конгресу правника (1958) а затим у расправи о новом уставу (1962-1963). У Преднацрту устава, објављеном 1962, је, међу начелима спољне политике, записано да се у међународним односима Југославија "придржава начела Повеље Уједињених нација" и "испуњава своје међународне обавезе". У Одељку IX Уводног дела се каже да је овај део устава "основа тумачења устава и закона као и деловање "свих и свакога". За овакве одредбе Русо каже да су лишене санкција и да су политичке⁷⁹ али се у овом случају не ради о међународном праву већ о конкретном акту чија је

⁷⁸ G. Andrassy, M. Bartoš, „Jurisprudence des tribunaux et des autorités yougoslaves en matière de droit international“, *Annuaire de l'Association yougoslave de droit international*, 1931, 279-288; 1937, 237-257; J. Andrassy, „Škola narodnosti i judikaturi ustavnih sudova“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1974, br. 1-3, 389-395.

⁷⁹ Ch. Rousseau, *Op. cit.*, 48.

правна обавезност несумњива (и без помињања како би рекао Русо) јер се међу начелима налази и начело савесног испуњавања међународних обавеза међу којима су не само очуване мира већ и обавезе у социјалној и хуманитарној области а за кршење обавеза су предвиђене санкције. Томе се додају обавезе из других избора међународног права.

Већу расправу је изазвала одредба члана 137. Преднацрта у којој се предвиђало да "закони и други прописи морају бити у складу с међународним обавезама Југославије" (ст. 1). Пошто су међународне обавезе поистовећене с читавим међународним правом ова одредба је сведена на примењивање прихваћених међународних уговора (чл. устава).

Ове одредбе су готово у целини пренете у устав од 1974. с малим изменама. Уместо начела Повеље УН у новом ставу се каже да се Југославија "залаже за ... поштовање опште прихваћених норми међународног права". То је требало да представља појачање обавезности целокупног међународног права, не само Повеље УН већ и међународног обичајног права поред обавеза из међународних уговора⁸⁰ али се чини да је обавеза смањена јер је сведена на "залагање" неодређених субјеката у међународним односима.

Устав од 1992. је прописао да су опште прихваћена правила међународног права с саставни део унутрашњег правног поретка (чл. 16, ст., 2). Додуше, Југославија "признаје и јамчи слободе и права човека и грађанина које признаје међународно право" (чл. 10). Она иначе савесно испуњава обавезе из међународних уговора које прихватила (чл. 16, ст. 1). Важно је да "међународно право" обавезује Југославију да поштује и права и слободе који нису обухваћени Међународним пактом о грађанским и политичким правима или су обухваћени у мањој мери (чл. 5, ст. 2. Пакта). У складу с међународним правом се гарантују и права мањина (чл. 110 устава) док странци имају права (и дужности) утврђена међународним уговором (чл. 66, ст. 1).

За разлику од устава примат међународног права признаје Уставна повеља Србије и Црне Горе (чл. 16) у наслову а у тексту опште прихваћена правила међународног права. Људска и мањинска права "зајемчена опште прихваћеним правилима међународног права су непосредно примењива (чл. 7. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама). Људска и мањинска права се тумаче "у складу с међународним јемствима људских и мањинских права и праксом међународних тела (чл. 10. Повеље). Заштита припадника националних мањина се остварује "у складу са међународно-правном заштитом људских и мањинских права (чл. 17, ст. 1. Повеље). Не каже се да ли су опште прихваћена правила међународног права део правног поретка али се Законом за спровођење Уставне повеље

⁸⁰ У том смислу Р. Стојановић, *Op. cit.*, 79.

предвиђа усклађивање устава Србије и Црне Горе с Уставном повељом и "ратификованим међународним уговорима" (чл. 20) што значи да су сведени на ниво закона из претходног устава (чл. 124, ст. 1, т. 2).

Међународно право (као опште прихваћена правила међународног права) се навише места појављује у Уставу Србије (2006). Спољна политика Србије "почива на општепризнатим принципима и правилима међународног права" (чл. 16, ст. 1). Опште прихваћеним принципи међународног права (међу којима је и савесно испуњавање међународних обавеза) или општа правна начела просвећених народа? Само су општеприхваћена правила међународног права саставни део правног поретка Србије и непосредно се примењују (чл. 16, ст. 2. и чл. 194, ст. 4). Непосредно се примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права (чл. 18, ст. 2). Ваљда зато да би била иста као људска и мањинска права зајемчена Уставом (чл. 18, ст. 1). Одредбе о људским и мањинским правима се тумаче "сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права као и пракси међународних институција" (чл. 18, ст. 3). Достигнути ниво људских и мањинских права се не може смањивати (чл. 20, ст. 2).

Војска Србије извршава своје задатке у складу с "принципима међународног права" који регулишу употребу силе" (чл. 139).

Новину представља одредба да закони и други акти не смеју бити у супротности са општеприхваћеним правилима међународног права што подлеже оцени Уставног суда (чл. 167, ст. 1, т. 1). То је први пут да се правила међународног права изричито стављају изнад закона јер је по уставу из 1992. то важило само за међународне уговоре а по уставу из 1974. ни то па је у пракси оцењивана сагласност подзаконских аката са законом о ратификацији међународног уговора што је теориски било неосновано а имало је и практичне рђаве последице.⁸¹

Суд може да заставе у поступку да би се у датом року отклонили недостаци чл. 55, ст. 1. Закона о Уставном суду) и да обустави извршене спорног акта (чл. 56, ст. 1). Кад суд утврди да закон или други општи акт није у складу с међународним уговором или општеприхваћеним правилима међународног права он престаје да важи даном објављивааа одлуке суда у "Служ беном гласнику Републике Србије" (чл. 58. ст. 1).

Однос унутрашњег и међународног права се у пракси јавља у облику обавеза држава да своја законодавства ускладе с међународним прописима у низу области које су државе самостално уређивале. На међународно право или на међународне уговоре се позивају поједини унутрашњи акти

⁸¹ М. Милојевић, „Уставни прописи и међународно право“, *Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније*, Прилози пројекту 2009, Београд, 2010, 9-28.

укључујући читаве законе. На пример Закон о раду прописује да се права, обавезе и одговорности на основу рада уређују "законом у складу са потврђеним међународним конвенцијама" (чл. 1). Алузија је пре свега на конвенције усвојене у Међународној организацији рада. На позивање на међународно право се наилази у прописима о путним исправама боравку странаца, парничном и кривичном поступку, кривичном праву и у низу других области које се уређују како унутрашњим тако и међународним правом.

4.3. Међународна пракса

Класично међународно право које је уређивало односе између држава није од њих захтевало никакве промене у законодавностима и није било несклада између међународног и унутрашњег права. Касније се од држава захтевало извесно чињење које је повлачило посматрање и обавештавање о извесним појавама. Међународни споразум за успешну заштиту од криминалне трговине познате под именом "трговина белим робљем", од 4. маја 1904,⁸² је обавезивао државе да установе или одреде власт за прикупљање обавештење о врбовању жена и девојака. Споразум о кажњавању промета неморалних публикација, од 4. маја 1910,⁸³ је повећао обавезу држава да прикупљају обавештења која би олакшала откривање и кажњавање дела која представљају "кривично дело по њиховом унутрашњем законодавству" и чији "конститутивни елементи имају међународни карактер". Келзен би рекао да је међународно право "делегирано" државама надлежност и обавезу да кажњавају, тј. да допуњују кривично законодавство уколико већ није учињено. Државе су такође дужне да достављају обавештења да би се спречио увоз наведених публикација или обезбедило њихово предузимање "у границама унутрашњег законодавства".

Обзири према осетљивости држава су сачувани и приликом оснивања општих међународних организација. У Пакту Друштва народа (1919) се међународно право везује искључиво за односе између држава у уводном делу (обавеза држава да се придржавају "прописа међународног права, признатих убудуће као правила по којима ће се владе стварно управљати") као да га је писао Вател. Иначе се помињу уговори и међународне обавезе (чл. 18, 20, 21, 23, 24). За сврхе овога рада је најважнија одредба члана 15, ст. 8. у коме се помиње "питање које међународно право оставља искључивој надлежности..." Сувишно је говорити о њеном капиталном значају. Довољно је да није поновљена у Повељи Уједињених нација. Оно што није речено у

⁸² „Службене новине Краљевине Југославије“, 1929, бр. 117.

⁸³ *Ibid.*

Пакту може се назрети у XIII делу Версајског уговора који је обавезао државе да разматрају конвенције које је усвојила Међународна конференција рада (у року од годину дана) двотрећинском већином делегата и да о исходу обавесте Организацију. Исто важи за препоруке. Без обзира како су делегати држава.

Повеља Уједињених нација је преузела опште одредбе о међународном праву из Пакта Друштва народа и мало их проширила. У уводу се истиче решеност народа да се створе услови за поштовање обавеза "из уговора и других извора међународног права" а циљ Организације је решавање спорова у складу с "начелима правде и међународног права" (чл. 1). Једно од начела којима ће се руководити Организација и њени чланови је "савесно испуњавање обавеза преузетих у складу с овом Повељом" (чл. 2, т. 2). Непоштовање обавеза повлачи суспензију (чл. 5) а стално кршење начела искључење из Организације (чл. 6). Државе су дужне да извршавају одлуке Савета безбедности (чл. 24, ст. 1), и да учествују у испуњавању циљева Уједињених нација у економској, социјалној, хуманитарној, културној и образовној области и свеопштем поштовању људских права и основних слобода за све без дискриминације (чл. 55-56) и да извршавају одлуке Међународног суда правде (чл. 94). Тиме се залази у питања која су некада била у искључивој надлежности држава а тиме и несагласности унутрашњег и међународног права иако Повеља каже да ниједна њена одредба "не овлашћује Уједињене нације да, интервенишу у питања која суштински спадају у националну надлежност државе" што не важи за принудне мере Уједињених нација (чл. 2, т. 7).

Пакт Друштва народа је обавезивао државе да се "ослободе" међународних обавеза неспојивих с Пактом (чл. 20) у које не спадају уговори о решавању спорова и регионалних организација (чл. 21) Повеља Уједињених нација је јасније истакла да ће, у случају сукоба обавеза из Повеље и других међународних споразума, предност имати обавезе из Повеље (чл. 103). То и за уговоре закључене у оквиру других организација. Начело савесног испуњавања међународних обавеза и примат права Уједињених нација су потврђени Декларацијом начела међународног права о пријатељским односима и сарадњи у складу с Повељом Уједињених нација, коју је Генерална скупштина УН усвојила 24. октобра 1970.⁸⁴ Завршним актом Конференције о безбедности и сарадњи у Европи од 1. августа 1975. године.⁸⁵

Овакве обавезе су раније прихватиле државе чланице Европских заједница уговорима потписаним у Риму 25. марта 1957. године. Обавезале

⁸⁴ Резолуција бр. 2625 (XX).

⁸⁵ Документи КЕБС 1975-1995, Београд, 1995, 15-16.

су се да ће предузимати све опште или посебне мере да би обезбедиле испуњавање обавеза из уговора или аката органа Заједница и да ће се уздржавати од свих мера које би онемогућавале остварење циљева уговора (чл. 5. Уговора о оснивању Европске економске заједнице).⁸⁶

Државе оснивачи су се обавезале у складу с Повељом УН с којом мора да буде сагласан и сам уговор и да може да се мења само уговором као што је закључен.⁸⁷ Испуњавање обавеза из уговора зависи од деловања органа држава које су га прихватиле.⁸⁸ У том циљу је прописано да су уредбе (правилници) обавезне у свим елементима и непосредно применљиве у државама а смернице су обавезне за остварење циља али могу да се остварују актима држава. Одлуке су обавезне само за оне на које се односе.⁸⁹ Обавезе држава у почетку нису изгледале велике јер су се сводиле на "приближавање" законодавстава и циљу функционисања заједничког тржишта (чл. 3). Свесни многих разлика оснивачи Заједница нису употребили израз "усклађивање" или "хармонизација" (која значи потпуни склад) већ знатно блажи.⁹⁰ Уговорима из Луксембурга (1986) и Мастрихта (1992) су обавезе усклађивања проширене на области царина, настањивања, капитала, пољопривреде, саобраћаја, пореза, платног биланса, и неких питања приватног права.⁹¹ Проширивање надлежности Заједнице (Европске уније) је праћено повећавањем обавеза држава у погледу прилагођавања или усаглашавања кихових прописа с правилима Европске уније. Зато је државама које желе да постану чланови Заједнице већ на почетку дата могућност постепеног прилагођавања у облику придруживања, с неодређеним временским трајањем, узимајући у обзир њихову сувереност.⁹² То предвиђа и Лисабонски Уговор о Европској унији (чл. 4).

Оснивачки уговори Европске заједнице и Европске уније су засновани на начелу суверености држава и независности у областима спољне и унутрашње политике што је потврђено декларацијама Уједињених нација и

⁸⁶ P. Reuter, A. Gros, *Traites et documents diplomatiques*, Paris 1963, 235.

⁸⁷ У том смислу G. Sperduti, „Le principe de souverainete et le probleme des rapports entre le droit international et le droit interne“, *Recueil des cours*, 1976, t. 153, 551.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Чл. 189, ст. 2. Уговора о оснивањ ЕЕЗ и чл.161. ст. 2. Уговора о оснивању Евроатома.

⁹⁰ Указујемо на ту разлику јер се у преводима уговора из Мастрихта и Амстердама, објављених 1995. и 1998. године употребљава израз „усклађивање“. Израз „приближавање“ је употребљен само у члану 100. ст. 1. Уговора о ЕЕЗ док се у члану 102. говори о „измени“ закона иако се налази у глави под насловом: „Приближавање законодавства“.

⁹¹ На то су указали: Ch. Rousseau, *Op. cit.*, 182, M. Virally, *Op. cit.*, 501, G. Sperduti, *Op. cit.*, 351-368.

⁹² P. Reuter, *Organisations Europeenes*, Paris, 1965, 310-311.

Организација за безбедност и сарадну у Европи које важе за све чланице Европске уније. То значи да се обавезе држава да усклађују законодавства с правилима Европске уније ограничавају на питања уређена уговорима. Уговор о оснивању Европске економске заједнице се односио углавном на привредне и трговинске области (чл. 10). У време оснивања европских заједница су правосуђе, укључујући кривично право, били ван надлежности заједница. Уговором из Мастрихта кривично право је постало предмет међудржавне сарадње. Европски савет је, 15. августа 1997. усвојио Акциони план о организованом криминалу а 15. јуна 1998. Предприступни пакт о организованом криминалу између Европске уније и држава кандидата за пријем у чланство ЕУ из централне и источне Европе. Након 11. септембра 2001. Европска унија је дала предност кривичним стварима Уговором о функционисању Европске уније (2007) су Савет, Европски парламент и Европска комисија.

5. ЗАКЉУЧАК

Кратак преглед схватања о односу између националног и међународног права показује несклад између теорије и праксе који постоји у друштву уопште између жељеног и стварног. Иако је у доктрини уложен велики напор да се представи постојећа стварност ипак остаје утисак да сњ уопштавањем добија само лепша слика стварности, једна логична целина али ван ње остаје нешто што измиче укалупљавању. Било како представљено у појединим схватањима право је само делимично оно што стварно јесте а једва би могло да се каже како би требало да буде. Пре три године је на овом скупу (24. јуна 2014) указано на несклад између права и друштвене стварности Србије.⁹³ Разлике између теорије и стварности у праву су далеко веће. То показује пракса како држава тако и међународних организација.

Државе се труде да својим прописима у највећој могућој мери очувају независност спољашаих утицаја тако да су, и поред другачијих изјава о отворености за међународну сарадњу и прихватања таквог начела (1970, 1975), и даље затворена друштва, брижна за очување идентитета, отворена само у мери неопходној за задовољење својих интереса. Наравно не говорећи о наметању и принуди услед стварне неједнакости у међународној заједници.

Међународна заједница, ма како је схватили, нема стварне моћи да државама наметне сва своја начела и правила. Одроз тога је Повеља Уједињених нација која је прогласила да се Уједињене нације неће мешати у

⁹³ М. Милојевић, "Друштвена стварност и право Србије", *Зборник радова Правног факултета* 2015, Косовска Митровица, 2015, 7-35.

суштински унутрашње ствари својих чланова осим у случају угрожавања или повреде међународног мира и безбедности. Даље од тога се није отишло а само поједини међународни уговори могу да садрже обавезе држава у погледу измена њихових законодавстава. Извесна одбојност држава према међународним уговорима је стара колико и енглески парламентаризам и свој израз је нашла и у уставима Србије у XIX веку.⁹⁴

Без обзира на начелан став о примењивању међународног права у унутрашњем поретку државе су се сматрале надлежним да примењују поједина правила међународног права додајући им недостајућу санкцију. Довољан је пример кажњавања за ратне злочине по међународном обичајном праву. Државни органи су се претварали у органе неорганизоване међународне заједнице и њеног несавршеног правног.

У тој чињеници као да се огледа касније формулисани Келзенев став да унутрашње право допуњава опште норме међународног права. Државе су међународним уговорима прихватале обавезе да предузимају све мере, укључујући кривичне санкције, да би се остварио циљ уговора. Лепши је пример људских права, нарочито Европске конвенције о очувању људских права и основних слобода којом су се државе обавезале да обезбеде заштиту права која она садржи.

Могућност наставка поступка заштите пред Европским судом за људска права даје аргументе присталицама свих схватања о односу између унутрашњег права и међународног права или их мири у уверењу да су сви у праву. Монисти могу и даље да говоре о примату међународног права у јединственом правном поретку а могу да буду задовољне и присталице схватања о јединству права без икаквог примата. Дуалисти могу да кажу да пракса потврђује њихово схватање да целокупно право примењују државе и да ниједно правило међународног права нити било који орган међународне организације не може да измени или укине акт било ког државног органа.

Другачије не може да буде у међународној заједници у којој постоје државе са својим правним порецима које слободно изграђују под заштитом опшпгтих начела међународног права. По тим начелима државе, имају иста права да "учествују или не учествују у обостраним или вишестраним уговорима, укључујући право да учествују или не учествују у уговорима о савезима" или да буду неутралне (начело суверене једнакости). У тим оквирима државе имају могућност и право да уреде начин и поступак за прихватање међународних обавеза.

⁹⁴ Закони о устројенију Државног совјета и о Народној скупштини, од 17. августа 1861, предвиђају надлежности ових тела за одобравање уговора о уступању или промени ког дела области.

Momir MILOJEVIĆ, PhD

Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW IN THEORY AND PRACTICE

Summary

Domestic law and international law were created and developed at different times and have different functions. National law has become a tool for the preservation and strengthening of the state, and international law has served to maintain a balance between the states. Over time, international law has become a means of cooperation between the countries, and later for collaborative editing resources of common interest. Due to differences in the content of the legal rules of the countries there was some question of the relationship between states' rights and international law, especially after the abandonment of the theory of natural law. Differences between the positive law of states and international law are reduced by increasing the role of international organizations and the obligation of states to fulfill up commitments.

Keywords: *National law, international law, dualism, monism, the unity of law, international organizations, constitutions.*

ЛИТЕРАТУРА

A. Verdross, *Le fondement du droit international*, Recueil de cours, t. 16, 1927.

A. Verdross, *Die Volkerrechtwidrige Kriegshandlung und der Strafanspruch der Staaten*, Berlin, 1920.

A. Verdross, Zur Konstruktion des Volkerrechts, *Zeitschrift fur Volkerrecht*, Band VIII,

Baron Serge Korff, *Introduction a l' Histoire du Droit International*, Recueil des Cours, 1923

B. Mirkin-Guetzevich, *Droit International - et droit constitutionnel*, Recueil des Cours, t. 38, 1931,

B. Bernbohm, *Staatenvertrage und Gesetz als Quellen des Volkerrecht*, Dorpart, 1877.

Борислав Т. Благојевић, „Јединство света – неке рефлексije са правног гледишта“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1964, бр. 1,

Б. Вукас, „Однос унутрашњег правног поретка према правилима међународног права по Уставу СФРЈ од 1974“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 1974, бр. 2-3.

B. Mirkin-Guetzevich, *La technique parlementaire des relations internationales*, Recueil des cours, t. 56 1936, *Revue de droit international et de legislation comparee*, No. 2, 1937.

D. Anzilotti, *Teoria generale della responsabilita dello Stato nel diritto Internazionale*, I, Firenze 1902; *Corso di diritto Internazionale*, 1905.

Документи КЕБС 1975-1995, Београд, 1995, 15-16

C. Bernbohm, *Staatenvertrage und Gesetz als Quellen des Volkerrecht*, Dorpart, 1877.

Ch. Rousseau, *Droit International public*, t. 1, Paris, 1970,

Ch. Rousseau, *Droit International public*, t. 2, Paris, 1974.

Georges Gurvitch, *Le temps pieut et l'idee du droit social*, Paris, 1931..

G.A. Walz, *Wessen des Volkerrecht und Kritik der Volkerrechtler*, Stuttgart, 1930.

G.G. Gidel, Droits et devoirs de Nations, La theoria classique des droits fondamentaux des Etats, *Recueil des cours de l'Academie de droit international de la Hague*, 1925, t. 10.

G. Schmals, *Precis du Droit de gens europeen*, Paris, 1864.

G. Andrassy, M. Bartoš, „Jurisprudence des tribunaux et des autorites yougoslaves en matiere de droit international“, *Annuaire de l'Association yougoslave de droit international*, 1931,

G. Jellinek, *Die rechtliche Natur der Staatenvertrage, Ein Beitrag zur juristischen Construction des Volkerrechts*, Wien, 1880.

G. Sperduti, „Le principe de souverainete et le probleme des rapports entre le droit international et le droit interne“, *Recueil des cours*, 1976, t. 153.

Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Tubingen, 1911.

H. Kelsen, *Das Problem der Souveranitat und die Theorie der Völkerrechts*, Tubingen, 1920.

H. Kelsen, *Staat und Völkerrecht*, 1924,

Heinrich Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, Leipzig, 1889

H. Triepel, *Less Rapports entre le droit interne et le droit international*, *Recueil des cours*, 1923,

I. Tomšič, „La conclusion des traites internationaux d' apres la Constitution Yougoslave du 3. septembre 1931“, *Annual rede l'Association Yougoslave de droit internationale*, Belgrade – Paris, 1934,

И. Пржић, „Државно и међународно право“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1934, књ. XVIII (XV), бр. 1, 22-41.

И. Пухан, „Примена међународног права у унутрашњем праву Југославије“, *Наша законитост*, 1957, бр. 11-12,

Јован Ст. Поповић, *Природно право, предавања у Лицеју у Крагујевцу*, Београд, 1995,

J. Dumont, *Corps universel diplomatic de droit des gens*, 8 vols, Amsterdam, 1726;

Emmer de Vattel, *Le Droit des gens ou principes de la loi naturelle appliques a la conduit et aux affaires des Nations et des Souverains*, Neuchatel, 1758;

J. Andrassy, „Škola narodnosti i judikaturi ustavnih sudova“, *Jugoslovenska revija za međunarodno pravo*, 1974, бр. 1-3, 389-395.

J. Ђорђевић, „Прилог теорији о државном суверенитету“, *Југословенска ревија за међународно право*, бр. 2, 1954,

L. Pitamic, „Državno in meddržavno pravo pod vidikom eno tnega sistema“, *Zbornik znanstvenih rasparv juridičke fakultete*, II, Ljubljana, 1922,

Le Le Fur, *La theorie de droit naturel depuis le XVIIIe siecle et la doctrine moderne*, *Recueil des cours*, 1927, t. 18, *Precis du droit des gens*, Paris 1932; *Међународно јавно право*, Београд, 1934.

L. Kopelmanas, „Du conflit en tre le traite et la loi interne“, *Revue de droit international et de legislation comparee*, 1937, No 1.

М. Гавриловић, *Држава и право*, Београд, 2007,

Milan Bartoš, *Међународно јавно право*, I, Београд, 1954.

Момир Милојевић, Схватања Слободана Јовановића о односу између међународног и унутрашњег права, Дело Слободана Јовановића у свом времену и данас, Правни факултет, Београд, 1991,

М. Милојевић, „Друштвена стварност и право Србије“, *Зборник радова Правног факултета 2015*, Косовска Митровица, 2015.

М. Милојевић, „Уставни прописи и међународно право“, *Развој правног система Србије и хармонизација с правом Европске уније*, Прилози пројекту 2009, Београд, 2010,

Милан Владисављевић, *Проблем јединства јавног права. Држава и међународна заједница*, Београд 1934, 167-168.

R. Padirac, *L'egalite des Etats et l'organisation internationale*, Paris, 1953.

Slobodan Jovanović, H. Kelsen *Das Problem der Souveranitat und die Theorie der Völkerrechts*, 1920, *Društveni život*, 1920, ; „Kelsen“ *Iz istorije političkih doktrina*, II, *Sabrana dela Slobodana Jovanovića*, Београд, 1935,

Слободан Јовановић, *Личност и дело*, САНУ, Београд, 1998,

Радомир Лукић, *Енциклопедија права*, Правни факултет, Београд, 1946.

Радомир Лукић, *Увод у право*, Правни факултет, Београд, 1964,

Радомир Лукић, „Преднацрт устава и међународно право“, *Југословенска ревија за међународно право*, 1962, бр. 3.

Р. Лукић, О основним идејама Ханса Келзена, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1951

Ulrich Scheuner, *Staat und Staatengemeinschaften*, Berlin, 1931.

Радослав Стојановић, *Југословенски федерализам и спољнополитичко одлучивање*, Београд 1981,

С. Аврамов, „Примена међународног права у унутрашњем праву Југославије“, *Наша законитост*, 1957, бр. 11-12,

P. Reutar, A. Gros, *Traites et documents diplomatiques*, Paris 1963.

В. Иблер, „Однос међународног и унутрашњег права“, *Наша законитост*, 1957, бр. 11-12,

Walter Kauffmann, *Die Rechtskraft des internationalen Recht*, Stuttgart, 1899.

Др Бранко М. РАКИЋ*
Др Урош В. ШУВАКОВИЋ*

РЕЛАТИВИЗАЦИЈА ИДЕОЛОГИЈЕ ГЛОБАЛИЗМА, МУЛТИПОЛАРНОСТ И РЕАКТУЕЛИЗАЦИЈА ЛУКИЋЕВОГ ЗАКЉУЧКА О НЕПОСТОЈАЊУ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА¹

Апстракт: У раду се разматра питање постојања међународног права као „правог права“. Суочавају се концепцијске разлике између аутра који су стајали на једном, односно другом становишту, с посебним освртом на Лукићево негирање постојања међународног права. Са социолошкоправног и аспекта међународних односа указује се да, иако је деловало да су заступници идеологије глобализма која се промовисала субординацију националног у односу на међународно право однели превагу у реалним односима, процес ресуверенизације држава до кога долази од краја прве деценије XXI века поново реактуелизује питање постојања међународног права и води ка признавању првенства суверености држава у односу на норме до којих се дошло на међународном нивоу. У коначном, аутори указују на то да је, у теоријском смислу, исход спора завистан од тога како се дефинише сам појам права.

Кључне речи: *међународно право, глобализам, ресуверенизација држава, Радомир Лукић.*

Процес глобализације је дуг историјски процес, који се одвијао прогресивно и дисконтинуирано (Шуваковић, 2004: 53; уп. Хатибовић, 2002:30; Шолте, 2009: 86; Бжежински, 2013: 14; Robertson, 1992: 58-59; Chumakov, 2010: 49; Елезовић, 2013: 356; Манделбаум, 2004: 257). Низ техничко-технолошких открића, економски развој који су носиле

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду
branko@ius.bg.ac.rs

* Редовни професор, Филозофски факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, Катедра за социологију
uros-s@eunet.rs

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру научно-истраживачког пројекта III 47023 *Косово и Метохија између националног идентитета и евроинтеграција* који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

мултинационалне компаније који је захтевао стварање светског тржишта, али и светску експлоатацију природних ресурса у условима деколонијализованог света, политичке промене до којих је дошло у Русији и источној Европи крајем 80-их година XX века, развој масовних медија у мери да је читав свет постао „глобално село“ баш како је то предвидео McLuhan (1968), водило је до убрзавања овог процеса и његовог израстања у фазу „турбоглобализације“. Треба одати признање Марксу као једном од првих теоретичара који су уочили овај процес, везујући га, додуше, за друштвено-економску формацију капитализма: „Потреба за све раширенијим тржиштима где ће продати своје производе гони буржоазију преко целе Земљине кугле. Свуда она мора да се угнезди, свугде да се насели, свугде да успостави везе. Буржоазија је експлоатацијом светског тржишта дала космополитски карактер производњи и потрошњи свих земаља. На велику жалост реакционара она је извукла национално тло испод ногу индустрије. На место старих потреба, задовољавањих домаћим производима, ступају нове које за своје задовољење траже производе најудаљенијих земаља и клима. На место старе локалне и националне самодовољности и ограђености ступа свестрани саобраћај, свестрана узајамна зависност нација. А како је у материјалној, тако је и у духовној производњи.“ (1960: 12)

Узима се да је термин *глобализација* први употребио професор емеритус на *Harvard Business School* Theodore (Ted) Levitt у наслову свог чланка „Глобализација тржишта“ (1983), премда постоје примери и ранијег коришћења овог термина, додуше у глаголском и придевском облику (Шуваковић, 2014: 27-28). Убрзање процеса глобализације током „турбофазе“, навело је ауторе да утврде постојање њених различитих димензија. У том смислу обично су помињане економска, политичка, културна и еколошка димензија (Неш, 2006: 60-69) војна, научна, образовна, али и технолошка, информацијска (Митровић, 2000) медицинска (Шуваковић, 2004: 55-56; Šuvaković, Baljošević, Obradović, 2014), демографска (Хатибовић, Исто), правна (Аврамов, 2000: 95) димензија глобализације.

Свакако, законит друштвени процес глобализације је подложен усмеравању, као и сви други друштвени процеси. САД су, као победних из „хладног рата“ сасвим јасно усмеравале овај процес у циљу реализације сопствених интереса - од дугорочних, стратешких до оних дневних и *ad hoc* интереса. У ту сврху креирана је идеологија *глобализма*. Она је пошла од суштинских промена односа који су постављени у међународном праву са усвајањем одговарајућих међународно-правних докумената² којима се штите

² Међу њима су најзначајнији: Универзална декларација о људским правима (1948), Конвенција о спречавању и кажњавању геноцида (1948), Међународна конвенција о елиминацији свих врста расне дискриминације (1965) Међународни пакт о

и унапређују људска права. Најпре, глобализам инагурише идеју о супрематији људских права у односу на суверенитет држава. „Доказивати данас да су нормe суверенитета, неупотреба силе, и светост унутрашњих ствари далеко изнад заједничких људских права народа, чији животи и благостање су угрожени, значило би избегавање тешких питања о међународном праву и игнорисање хода историје“ (Scheffer, 1992). На темељу овакве поставке ствари, настало је право *хуманитарног интервенционизма*, које се заправо своди на следећи принцип: уколико САД добију сагласност УН да интервенишу у складу са Главом VII Повеље ОУН - интервенисаће; уколико не добију такву сагласност - интервенисаће унилатерално! Дакле, уколико се САД одреде да нешто наметну некој земљи, и реше да у ту сврху примене ратну опцију, оне ће то учинити без обзира на Уједињене нације. У том смислу њихово тумачење међународног права је више него креативно: увек га тумаче у своју корист. У супротном га не признају. За хуманитарне интервенције се, као изговор, користи кршење људских права у нападнутим државама. Да ли ико може да замисли да се људска права штите убијањем недужних људи, бацањем смртоносног оружја које не само да убија, него изазива смртне последице много година по окончању овакве агресије (нпр. осиромашени уранијум, в. Анђелковић-Лукић, 2008)? Америчко професор политикологије Дејвид Гибс указује на функцију „хуманитарних интервенција“ „обезбедила је оправдање за премоћ САД током деведесетих, као и за хладно-ратовске установе које су до ње довеле. Заиста, овим установама дат је нови живот, и уз то нови низ непријатеља. Хуманитарно деловање ујединило је капиталистичке демократије у славном моралном крсташком походу, који је наизглед био сличан хладном рату и који је омогућио да превазиђу међусобне проблеме и ојачају своје јединство. Поход је предводио наизглед доброћудни амерички хегемон, који је обезбедио војну и логистичку подршку за све“ (Гибс, 2010: 77-78)³.

Међутим, нису САД на основу идеологије глобализма конципирале само хуманитарне интервенције као инструмент свог „утицаја“ у глобалном свету. Ту су и *ad hoc* међународни трибунали за Југославију и Руанду. Ови судови не само да су формирани супротно Повељи ОУН (в. Веџаоуи, 1994), већ су били и директни политички инструмент насиља, заогрнут плаштом

грађанским и политичким правима (1966), Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима (1966), Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (1979), Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни или поступака (1984), Декларација УН о праву на развој (1986), Конвенција УН о правима детета (1989), итд.

³ О аргументима *pro et contra* „хуманитарних војних интервенција“ види у истоименом зборнику (2008).

Јустиције, над непокорним народима. Неколико година касније долази до формирања Међународног кривичног суда, на основу одлуке Генералне скупштине ОУН и прихватања од стране бројних држава савременог света; дакле на основу међународног уговора. Тај суд је надлежан за злочин агресије, ратне злочине, злочине против човечности и злочин геноцида. Међутим, САД су у самом старту издејствовале изузеће својих држављана из његове надлежности, Кина и Индија никада нису прихватиле његову надлежност, а Русија је новембра 2016. саопштила да неће ратификовати Римски статут, у чијој је изради учествовала, те да не признаје надлежност тог суда. Према томе, иако је еволуција међународног права последњих деценија ишла у правцу успостављања непосредног дејства одредби међународног права у државама (Nollkaemper, 2014) што је посебно изражено у праву ЕЗ/ЕУ и потврђено у пракси Суда правде ЕЗ/ЕУ почев од пресуде у случају *Van Gend en Loos* (Case 26/62), и упркос пролиферацији међународних судских тела као специфичном феномену о оквиру шире појаве фрагментације међународног права (Ракић, 2009) и примери поступања великих сила које смо навели указују да су присутне карактеристике међународног права које чине да се његово сврставање у право у правом смислу речи може довести у питање. Постојећа међународна судска тела карактерише необавезност њихове јурисдикције, која је условљена пристанком држава. Одсуство обавезног судског механизма преко кога би се остварила обавезна утуживост норми међународног права такође је један од елемената који лимитира „правност“ тих норми. Прихватање и неприхватање јурисдикције међународних судова од стране држава директно је повезано са фактичком снагом држава, па је приметно да моћније државе, које су и иначе склоније непоштовању међународног права, теже прихватају такву јурисдикцију од оних слабијих (односно САД према јурисдикцији Међународног суда правде, Међународног кривичног суда итд. јасно илуструје ову тенденцију). Међутим, чак ни Србија, која је после 2000. заговарала беспрекорну сарадњу са тзв. Хашким трибуналом (ICTY) повинујући се његовим захтевима и притисцима који су долазили из западног дела света⁴, изручивши му да суди комплетном државном и војно-полицијском врху земље, што није забележено у модерној историји, данас одбија да испоручи троје чланова СРС да им се суди због „непоштовања суда“, правдајући то одредбама свог националног законодавства (Закон о сарадњи...). Наиме, закључено је од стране Вишег суда у Београду који је у овој ствари поступао како постоји обавеза изручења само у случајевима

⁴ Србија је, у погледу изручења председника Слободана Милошевића тзв. хашком трибуналу игнорисала чак и привремену меру којом се то забрањује до коначне оцене уставности те одлуке, а коју је изрекао Савезни уставни суд СРЈ 28. јуна 2001.

оптужби за најтеже ратне злочине, геноцид и злочине против човечности, што у овом предмету конкретно није случај.

Порекло специфичности међународног права о којој је реч налази се у начину његовог настанка и његовим доминантним субјектима у пуном смислу те речи. Наиме, за разлику од унутрашњег права, које се формира и намеће субјектима на које се односи одозго, системом субординације, тј. у средишту концентрисане моћи које чини државна власт, међународно јавно право се формира садејством држава, суверених јединки, тј. системом координације (Крећа, 2004: 69-80). Ово утиче и на саму садржину норми међународног права, које су уопштеније и мање прецизне од норми унутрашњег права, јер представљају заправо најмањи заједнички садржалац достигнут у поступку усклађивања воља суверених јединки. Ове суверене јединке, суверене државе, правно посматрано су једнаке, у складу са начелом суверене једнакости држава из члана 2. тачка 1. Повеље УН. Правно посматрано стање је такво, мада је у пракси по правилу друкчије, тј. однос снага није равноправан. Поред мањег степена прецизности и детаљности, због оваквог начина настанка значајан део норми међународног јавног представља тзв. „меко право“ (*soft law*), тј. чине га необавезујуће норме у правном смислу речи, прокламације које делују и везују моралним ауторитетом али не и правном обавезношћу.

Разлике у начину стварања права доводе и до тога да је, због тога што је тешко доћи до договора који ће се увити у уговорну форму али је истовремено нужно да државе усклађују своја практична понашања уз стварање свести о обавезности таквог поступања, обичајно право много значајнији и присутнији део међународног права него што је то случај код унутрашњег права. А због одсуства чврсте форме и потребе сталног утврђивања и преиспитивања постојања и садржине обичаја, овај извор права је крхкији од писаних извора и самим тим чини целину међународног права мање солидном целином. Истини за вољу, овде треба приметити да хијерархијски највише норме међународног права, које су заправо хијерархијски највише правне норме уопште, тзв. норме *ius cogens*, настају као обичајне правне норме међународног права.

Оно што такође у битној мери разликује међународно од унутрашњег права је поклапање креатора права и доминантног титулара права и обавеза које из њега проистичу. Док код унутрашњег права правне норме ствара држава (а грађани у том процесу учествују тек кроз механизме којима се обезбеђује демократичност рада државних органа), а права и обавезе има најшири круг субјеката у оквиру држава, а сама држава је само један од њих, дотле међународно право с једне стране стварају државе (кроз поменути систем координације) а с друге стране оно садржи права и обавезе првенствено за државе, као основне, изворне и доминантне субјекте међународног права (међународне организације поседују изведени

субјективитет, који су им пренеле државе, док појединци, који могу имати одређена права која гарантује међународно право, имају неку врсту крњег субјективитета, ако се ту уопште може говорити о правном субјективитету). Ово доводи до појаве коју је француски правник Жорж Сел (*Georges Scelle*) назвао „функционалним удвајањем“ (*le dédoublement fonctionnel*), коју је дефинисао на следећи начин: „... друштвене функције треба да буду испуњене како у међународним тако и у унутрашњим колективитетима.... У државном поретку, те друштвене функције остварују државни вршиоци власти, а у наддржавном поретку наддржавни агенти и вршиоци власти. Али у оба случаја те функције су по природи ствари међународне пошто имају за циљ и за резултат да задовоље феномен солидарности или односе међународног карактера и могу бити остварене само у складу са међународним нормама. Из тога проистиче да у међудржавном поретку, где не постоје посебни међународни вршиоци власти и агенти, државни агенти и вршиоци власти који их замењују имају двоструку улогу. Они су национални агенти и вршиоци власти када функционишу у унутрашњем правном поретку; они су међународни агенти и вршиоци власти када делују у међународном правном поретку. Ово ћемо називати основним законом функционалног удвајања.“ (Scelle, 1933/1969: 358). Ова измешаност улога, односно нераздвојеност актера, такође разводњава природу и чврстину међународног права.

Најчешћи аргумент у прилог тезе да међународно право није право је ако не потпуно одсуство санкција, оно ограничено присуство и развијеност система санкционисања, мада и овде последњих деценија постоји нека ограничена мера напретка. Лимитиране могућности санкционисања такође проистичу из наведене специфичне структуре међународне заједнице, са одсуством хијерархије и хоризонталним повезивањем и координирањем суверено једнаких субјеката. По овом гледању на ствари, постојање обавезе поштовања одређене норме, тј. њене диспозиције, у потпуној је зависности од извесности сучељавања са санкцијом за случај непоштовања те норме. А норма која се не мора поштовати тешко да се може сматрати правном нормом. Један од зачетника оваквог гледања на ствари је британски аутор, позитивиста, Џон Остин (*John Austin*), по коме је за постојање права неопходно постојање суверене власти која поставља правило и предвиђа и спроводи санкцију за случај његовог кршења. Међународно право овај критеријум не испуњава и по Остину се не може сматрати правом, већ једино „позитивним међународним моралом“ (*positive international morality*) (Austin, 1832). Сличну концепцију заступа и наш академик Радомир Лукић у „Социологији морала“ указујући на зачетак формирања „општечовечанског морала“ који обухвата релативно мали број норми, које он карактерише моралним, а не правним. „Те се норме тичу углавном поштовања људске личности и достојанства без обзира на на нацију, расу, веру, итд, тј. оне

наређују поштовање једнакости свих људи. Оне се такође тичу међународних односа, посебно сукоба, а пре свега ратова, као и још неких мање важних појава“ (Лукић, 1974/1995: 417). Бројни други аутори, у новије време све бројнији, оспоравају овако гледање на ствари, попут рецимо Џералда Фицмориса (*Gerald Fitzmaurice*) који негира везивање обавезности норми за постојање механизма за њихово наметање, тј. спровођење у дело (а санкционисање ту има посебно битну улогу). По Фицморису: „Закон није обавезујући зато што се (присилно) примењује: већ се (присилно) примењује зато што је већ обавезујући“ (Fitzmaurice, 1956).

Када је у питању најмаркантнији тип санкционисања у савременом међународном праву, а то су санкције које Савет безбедности УН може да примени према државама на основу Главе VII Повеље УН (ту спадају, поред политичких/дипломатских и економских санкција и војне санкције, које су у ствари мере наметања мира, а не ретрибутивног санкционисања у класичном смислу речи), на њихов правни карактер битно утиче чињеница да њих не изриче судски орган, већ политичко тело, Савет безбедности, чије се одлуке више базирају на политичком ставу држава чланица овог тела него на правним нормама. Ово утолико пре што агресија, која је наведена у члану 39. Повеље УН као један од основа за реакцију Савета безбедности и примену механизма из Главе VII Повеље (заправо једино у случају агресије има основа да се примене војне мере предвиђене чланом 42. Повеље, док код угрожавања и нарушавања мира војне мере не би биле примењиве као непропорционалне), у Повељи није дефинисана, а дефиниција агресије коју је 14. децембра 1974. године усвојила Генерална скупштина УН у Резолуцији 3314 представља само оријентир Савету безбедности код утврђивања да ли је у неком конкретном случају извршена агресија, а не сет прецизних и чврсто постављених норми. Овоме треба додати и чињеницу да иако Савет безбедности у свом поступању треба да поштује Повељу и међународно право уопште, не постоји ефикасан механизам контроле његовог поступања (Bedjaoui, 1994).

Почев од избијања светске економске кризе, идеја униполарности света је озбиљно угрожена. С друге стране, велике земље заговарају идеју мултиполарности, чији је резултат нпр. стварање зоне БРИКС-а, Шангајска иницијатива и сл. Однос снага се у свету прилично изменио, тако да је врло тешко замислива ситуација да САД изврше агресију на неку земљу, као што су то учиниле 1999. са Југославијом, а да за то не сносе последице. Уосталом, рат у Сирији је показао да чак ни бомбама и помагањем тзв. Исламске државе против које се наводно боре, нису успеле да оборе с власти председника Башара ел Асада, управо захваљујући чињеници да се Русија најдиректније умешала у тај сукоб. ЕУ и САД јесу изазвале „Арапско пролеће“ са великим последицама по те земље, пре свега у лику покушаја обнове исламског фундаментализма и избијања племенских ратова на

њиховој територији - пример Либије показује како је могуће уништити једну просперитетну државу - али су изазвале и мигрантску кризу, како директну последицу њихове интервенције у тим државама. Последицу, наравно, не осећа Америка пошто је далеко, али је осећа врло озбиљно ЕУ. Извесно је да је опасност од пријема већег броја миграната довела до Brexit-а, Европска комисија нема моћи да наметне „систем квота“ за пријем миграната на подручја конкретних држава-чланица које, директно кршећи међународно-правне обавезе, подижу бодљикаве жице како би спречиле долазак миграната на своју територију. Ово директно доводи у питање даљи опстанак ЕУ, бар у облику који познајемо. Наиме, за разлику од унутрашњег права чија примењивост није ствар избора субјеката тог права, код међународног права то у највећој мери јесте случај (мада не у потпуности, када се ради о делу норми тзв. општег међународног права, а пре свега поменутиим когентним нормама). Наиме, државе, као основни субјекти међународног јавног права, представљају суверене јединке. А сувереност се може дефинисати и као моћ да се каже не. Државе могу, под одговарајућим условима и у одговарајућим процедурама, да раскину међународне уговоре које су потписале, укључујући и уговоре на основу којих су постале чланице међународних организација, чак и оних најчвршћих. Недавна одлука Уједињеног Краљевства да напусти Европску Унију представља пример могућности државе да се својом вољом ослободи примене читавог једног правног поретка какав је правни поредак ЕУ. Субјекти унутрашњег права по правилу немају такву моћ. Може се поставити питање у којој мери се право *à la carte* може сматрати правом у правом смислу речи.

На овом месту потребно је да застанемо и да се подсетимо става академика Радомира Лукића у погледу (не)постојања међународног права. Најпре, морамо да укажемо на то да је он, први од наших аутора и међу првима у свету, уочио процес „уједињавања човечанства“ као међузависност свих делова човечанства (в. Попић, Шуваковић, 2014). Он је о томе писао још у свом уџбенику „Основи социологије“ (1959), а разрадио у монографији „Социологија морала“ (1974), на начин како смо то већ указали. То јасно показује да се Лукић не може сврстати у антиглобалисте. Међутим, он доводи у питање постојање међународног права. Лукићев став је јасан и произлази из основних постулата правне науке. Наиме, право постоји онда када за кршење неке норме постоји правна санкција за прекршиоца. Држава је та која прописује и норму и санкцију за њено кршење и располаже монополом легитимне силе да ту санкцију примени. У међународном праву су, међутим, по среди односи између једнаких субјеката - суверених држава. Ниједна држава не може другој да наметне нешто, без да ова то прихвати. У пракси, јаче државе то могу да учине ратом, али Лукић с правом оспорава рат као облик санкције примерен међународном праву. Наиме, у случају рата „насиље примењују субјекти права један према другом, а не неко ко стоји

изнад њих (међународна организација с посебним апаратом за насиље, слична држави у унутрашњем праву“ (1995: 288). Лукић аргументовано одбацује и идеју о класности међународног права, за разлику од класности унутрашњег права, али и тврдњу како јаче државе *путем међународног права* (наг.аут) намећу своју вољу другим, слабијим државама. Лукић на ово одговара децидно: „ако је међународно право заиста право, онда би оно требало да се намеће држави против њене воље, да је обавезује без обзира на њен пристанак“ (Исто: 289). Међутим, у пракси није тако. Норме међународног права имплементирају се у одговарајуће документе држава и тако тек постају део правног поретка. При чему, Лукић указује и на један могући изузетак а то су норме обичајног међународног права, при чему и ту подвлачи како многи сматрају да и обичајно право „везују државу само ако (прећутно) пристане на њега“ (Исто).

Овакво Лукићево схватање међународног права чинило се потпуно превазиђеним у периоду напретка идеологије глобализма⁵. Међутим, промена политичких снага и на њима заснованих међународних односа у свету, реафирмисала је Лукићево схватање. Наиме, оно што је називано међународним правом у светлости глобализма, није представљало ништа друго него његову злоупотребу. Није постојала никаква сила међународног права, већ је постојало „право“ насиља у међународним односима. Рат је био тај којим је све решавано. Па чак и када је рат бивао одобрен од стране Савета безбедности, по основу Главе VII Повеље ОУН, „апарат насиља“ оличен у НАТО, САД и њиховим савезницима, је излазио из оквира мандата, намећући сопствене интересе и циљеве. С променом односа снага у свету, долази и до повратка идеји суверености држава. То показују многи примери: од изласка Уједињеног Краљевства из ЕУ, преко одбијања држава-чланица да следе одлуке Европске комисије до неприхватања надлежности Међународног кривичног суда. Тим пре што сада више ни САД, са ступањем на сцену Трампове администрације, не сматрају механизам ОУН најприкладнијим начином да се остварују интереси Америке.

⁵ Чак у тој мери, да су његови сарадници и потоњи наследници на предмету, из убеника „Увод у право“ (Лукић, Кошутић, 2003: 478-481), почев од његовог XIX издања, ревидирали такав став. Износи се став о постојању „тежњи да међународно право постане не само довршени правни поредак, већ и виши у односу на нациоанлне правне поретке“, уз опаску како то не значи „да је та тежња већ остварена“. Кошутић правно-филозофски то посматра као „сапостојање старог и новог модела, Гроциусовог традиционалног модела међународног права и Кантовог модерног модела. Гроциус је исказао потребу свога времена за међународним правом као регулатором односа између суверених држава, док је Кант ставио акценат у међународним односима на `транснационалну солидарност` (*ius cosmopolitanum*)” (Исто: 480). Он закључује да је постало неоправдано постављати питање о постојању међународног права.

Изложено иде у прилог Лукићевом ставу да „нема међународног права као права, него да је само унутрашње право прâво право, и ниједно друго“ (Исто: 288). Ми сматрамо, такође, да у науци, па ни у правној науци, нема нити може да буде неких питања која су коначно решена и затворена, будући да су друштвени процеси живи и да захтевају увек изнова ново промишљање и истраживање. Све наведено, а о скоро сваком од наведених питања су написани томови и томови књига, јасно показује да постоје велике разлике између унутрашњег и међународног права. Можда је довољно задржати се на тој констатацији, не улазећи у то да ли те разлике, односно специфичности међународног права, чине да се то право можда и не може сматрати правом. Јер одговор на то питање зависи од тога шта сматрамо и називамо правом, тј. у основи је условљен претходним појмовним одређењем права. Како у погледу тога шта јесте а шта није право не постоји потпуна сагласност, онда је најбоље изнети чињенице, без коначних закључака о нечему што је ипак, у крајњој линији, појмовно-теоријско питање.

Branko M. RAKIĆ, LL.D.

Full Professor, University of Belgrade, Faculty of Law

Uroš V. ŠUVAKOVIĆ, Ph.D.

Full Professor, Faculty of Philosophy, Department of Sociology,
University of Priština with temporary seat in Kosovska Mitrovica

RELATIVIZATION OF GLOBALISM IDEOLOGY, MULTIPOLARITY AND
REACTUALISATION OF LUKIĆ'S CONCLUSION ON ABSENCE OF
INTERNATIONAL LAW

Summary

Issue of the existence of international law as the “real law” is considered in the paper. Conceptual differences are confronted between authors pleading for one or for the other attitude, with a special review of Lukic’s denial of the international law existence. It is indicated from sociological-judicial and aspect of international relations that although it seemed that advocates of the globalism ideology promoting subordination of national in relation to international law prevailed in real relations, the process of resovereignization of states starting from the end of the first decade of the 21st century again reactualizes the issue of international law existence and leads to the recognition of supremacy of state sovereignty over the norms achieved at the international level. Finally, the authors indicate that the result of the dispute, in theoretical sense, depends on the definition of the idea of the law.

Keywords: *international law, globalism, resovereignization of states, Radomir Lukic*

ЛИТЕРАТУРА

Аврамов, С. (2000). *Трилатерална комисија - светска влада или светска тиранија*. Бања Лука: Институт за међународно право и међународну привредну сарадњу

Анђелковић-Лукић, М. (2008). *Дарови милосрдног анђела: еколошко разматрање НАТО бомбардовања СР Југославије*. Београд: „Никола Пашић“

Austin, J. (1832). *The Province of Law Determined*. London: John Murray, Albemarle Street. Доступно на: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/AustinJohnTheprovinceofjurisprudencedetermined1832.pdf> [01. 04. 2017.]

Бабић, Ј, Бојанић, П. (2008). *Хуманитарне војне интервенције*. Београд: Службени гласник

Bedjaoui, M. (1994), *Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de sécurité*. Bruxelles: Bruylant

Бжежински, З. (2013), *Америка-Кина и судбина света: стратешка визија*. Београд: Факултет безбедности Универзитета у Београду, Албатрос Плус

Гибс, Д. (2010), *Хуманитарно разарање Југославије*. Сремски Карловци-Нови Сад: Издавачка књижарница Зорана Стојановића

Елезовић, Д. (2013), „Глобализација-феномен раног модерног доба“, у В. Вулетић, Ј. Ћирић, У. Шуваковић (прир. и ур.) *Глобализација и десуверенизација*. Београд: Српско социолошко друштво, Институт за упоредно право; Косовска Митровица: Филозофски факултет Универзитета у Приштини

Крећа, М. (2004). *Међународно јавно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Лукић, Р. (1959). *Основи социологије*. Београд: Савез удружења правника Југославије

Лукић, Р. (1974/1995). *Социологија морала*. Београд: САНУ

Лукић, Р. (1995). *Теорија државе и права: теорија права*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства, БИГЗ

Лукић, Р, Кошутић, Б. (2003). *Увод у право*, XIX издање. Београд: Службени лист СЦГ

Митровић, Љ. (2000). *Глобализација и савремена левица*. Београд: Институт за политичке студије, Стручна књига

Манделбаум, М. (2004), *Идеје које су освојиле свет: мир, демократија и слободна тржишта у двадесет и првом веку*, Београд: Филип Вишњић

Маркс, К. (1960), *Манифест комунистичке партије*. Београд: Култура

McLuhan, M. (1968), *War and peace in the global village*, New York: McGraw-Hill

Неш, К. (2006). *Савремена политичка социологија*. Београд: Службени гласник

Nollkaemper, A. (2014). “The Duality of Direct Effect of International Law”, *The European Journal of International Law* Vol. 25 No. 1, 105–125

Попић, С, Шуваковић, У. (2014), „Академик Радомир Д. Лукић - претеча проучавања глобализације у Србији“. *Теме XXXVIII* (1)

Ракић, Б. М. (2009) „Фрагментација међународног права и европско право – на Западу нешто ново“, *Анали Правног факултета у Београду*, 1/2009: 122-147.

Robertson, R. (1992), *Globalization: Social Theory and Global Culture*, London: Sage

Scelle, G. (1933/1969) “Règles generals du droit de la paix”, dans *Academie De Droit International De La Haye, Recueil Des Cours, Collected Courses*, 1933, IV, Tome 46 de la collection, Leyde, A.W. Sijthoff

Scheffer, D. J. (1992), “Toward A Modern Doctrine of Humanitarian Intervention”, *University of Toledo Law Review*, vol. 23, Winter

Fitzmaurice, G. (1956). “The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement”, *Modern Law Review* 19 (1956), 1 et seq, цитирано према: Jutta Brunnee, “Enforcement Mechanisms in International Law and International Environmental Law”. Доступно на: http://pgil.pk/wp-content/uploads/2015/11/BrunneeEnforcementMechanismsInt_ILaw.pdf [01.04. 2017.]

Хатибовић, Џ. (2002), „О глобализацији још једном“. *Међународни проблеми* LIV (1-2)

Chumakov, A.N. (2010), *Philosophy of Globalization*, Moscow: Lomonosov Moscow State University, Faculty of Global Processes; Finance University under the Government of the Russian Federation

Шолте, Ј.А. (2009), *Глобализација – критички увод*, Подгорица: ЦИД

Шуваковић, У. (2004), *Политичке партије и глобални друштвени циљеви*. Београд: Трећи миленијум

Шуваковић, У. (2014). *Транзиција: прилог социолошком проучавању друштвених промена..* Косовска Митровица: Филозофски факултет Универзитета у Приштини

Šuvaković, U, Baljošević, S, Obradović, Ž. (2014), „Smallpox and globalization or the first achieved planetary goal“, *Vojnosanitetski preglad* 71 (3)

И з в о р и:

Закон о сарадњи Србије и Црне Горе са Међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991.

године. „Службени лист СРЈ“ 18/2002, „Службени лист Србије и Црне Горе“ 16/2003.

Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen, Judgement of 5 February 1963, *Case 26/62*

Др Драгана ЂОРИЋ*

ПРОЦЕС ЗАКОНОПИСАЊА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА УПОТРЕБУ ПОСЕБНОГ ПРАВНИЧКОГ ЈЕЗИКА У ОПШТИМ ПРАВНИМ АКТИМА¹

Апстракт: У овом раду представљамо концепте законописца и законописања, које сматрамо другачијима у односу на законодавца и законодавни поступак. Наиме, законописање је, у смислу овог рада, претходни поступак, претходна фаза у којој настаје сам законски текст, а који ће бити предмет одговарајућег законодавног поступка. Само законописање посматрамо као научни и истраживачки пројекат чији је резултат увек неки одређени законски текст. Такође, посебно значајну улогу уопште у процесу писања закона, као и других општих правних аката има језик, посматран уопштено са свим својим граматичким, синтаксичким и лексичким правилима, али и посматран као посебан, правни језик, који у комбинацији са свакодневним, уобичајеним и народним речима чини текст закона довољно стручним и истовремено довољно прихватљивим и разумљивим и за просечног грађанина.

Кључне речи: *законописање, законописац*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Законодавни поступак представља поступак доношења закона. Законодавни поступак у Републици Србији се одвија према тачно одређеним правилима, описаним у Уставу Републике Србије,² Закону о Народној скупштини,³ Пословнику Народне скупштине,⁴ Пословнику Владе⁵ и

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
michelle@pf.uns.ac.rs

¹ Чланак представља резултат рада на пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ који финансира Правни факултет у Новом Саду и део је шире расправе којом ће се аутор бавити током свог петогодишњег истраживачког рада.

² „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006.

³ „Сл. гласник РС“, бр. 9/2010.

описаном као *Пут закона* на самом сајту ове институције.⁶ Сама објашњења пута закона су кратка, сажета, без сувишних речи, непознатих појмова или барем без употребе појмова који претходним објашњењем већ нису довољно разјашњена. Тако, овде налазимо следећа питања:⁷ „Ко може да предложи закон; Шта је нацрт закона; Како изгледа предлог закона; Које елементе образложење предлога закона *обавезно* садржи; Које елементе образложење предлога закона *може* да садржи; Кома се подноси предлог закона; Шта је јавно слушање;“ итд.

Законодавни поступак је у свим својим фазама прецизно и концизно објашњен, што је веома битно када имамо у виду чињеницу да део предлога закона долази „споља“, од самих грађана, а не само и једино „изнутра“ од стране ресорних министарстава и Владе Републике Србије. Транспарентност фаза тог поступка је битна због реализације уставом гарантованог права народне иницијативе,⁸ тј. омогућавања грађанима да самостално предложе доношење новог или измену постојећег закона.

Но, чак и овако представљен и објашњен, законодавни поступак је само „врх леденог брега“ у односу на оно што желимо да обрадимо у овом раду, а то је процес доношења закона. Према нашем схватању, доношење није саставни део законодавног поступка, већ њему претходни поступак. **Доношење закона, или другог општег правног акта, на начин и користећи правила (матерњег) језика и логике, уз употребу одговарајуће правне терминологије, уз уважавање народног духа, историје и других битних друштвених компоненти у држави у којој се припрема предлог закона.**

У том смислу, доношење које се своди само на пуко превођење страног закона и вештачко имплементирање неког решења у други правни систем не сматрамо доношењем, већ својеврсним правним насиљем и плагирањем. Сваки закон који важи, треба да важи и да се примењује, што значи да постоје и реални друштвени, економски, политички и други услови за његову примену, које у контексту процеса доношења посматрамо као предуслове за примену. У супротном, такав закон има улогу украса а његове

⁴ Доступан на сајту: [http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/vazna-dokumenta/poslovnik-\(precisceni-tekst\)/ceo-poslovnik-\(precisceni-tekst\).1423.html](http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/vazna-dokumenta/poslovnik-(precisceni-tekst)/ceo-poslovnik-(precisceni-tekst).1423.html).

Напомена: приступ свим сајтовима је извршен у периоду од 15. фебруара до 30. марта 2017. године.

⁵ Доступан на сајту: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_sekcija.php?id=2432.

⁶ Доступно на сајту: www.parlament.gov.rs/акти/пут-закона.305.html.

⁷ Наведено са самог сајта: www.parlament.gov.rs/акти/пут-закона.305.html.

⁸ Члан 2. Устава Републике Србије: Сувереност потиче од грађана који је врше референдумом, народном иницијативом и преко својих слободно изабраних представника.

ставке су само козметичке природе. Закон у том смислу и није закон, већ ствар у правном систему која заузима безразложно простор и исти треба да уступи неком другом закону, спремнијем за сопствену примену.

Процес законписања посматрамо као **дубоко мисаони, истраживачки и аналитички процес, који подразумева јасно прецизиран циљ који се жели постићи новим општим актом, јасно и прецизно одређене фазе истраживања као и почетне постављене истраживачке хипотезе, јасно одређене методе рада (историјски, компаративни, аналитички, и друге методе), те на крају јасно, прецизно, и сажето изнете резултате истраживања, рада и промишљања, у виду законског текста.**

Такође, у смислу овог рада разликујемо законописца од предлагача закона; Верујемо да су могући случајеви да је предлагач закона непосредно учествовао или писао сам предлог, али опет то, сходно нашој замисли, не чини никакво посебно изједначавање ове две улоге. **Законописац је особа или особе, које непосредно стварају текст предлога закона, на основу претходно изражене жеље наручиоца текста предлога, уз уважавање свих релевантних језичких и логичких правила, хијерархије и важења раније усвојених правних аката свих нивоа правне снаге, те уводећи евентуалну новину у правни систем имају у виду да се тиме не уводи нешто што се противи смислу и суштини правног система матичне земље.**

Законописац⁹ овој улози треба да приступи са дужном пажњом, солидним познавањем правног система државе у којој се бави законписањем, укључујући ту и менталитет, друштвену, социјалну и старосну и сваку другу структуру становништва, као и вредносне ставове становништва у одређеним областима. Законописац треба да поседује посебна знања и квалитете да би приступио оваквом озбиљном послу: „...широко опште правно образовање; познавање нашег друштвеног система, познавање правног система (позитивног, важећег); познавање свих области права, не само одређене области права у којој се спрема иновација, познавање правне и судске праксе; познавање посебне правне терминологије и термина; вештину појмовне апстракције; познавање правних и друштвених чињеница, способност проверавања чињеница, као и напредну писменост .“¹⁰ Овом попису знања и вештина додали бисмо и језичку креативност, посебно

⁹ У даљем тексту ћемо и у облику јединице подразумевати множину, тј. када има више особа у овој улози.

¹⁰ Леон Гершковиц, „Основни проблеми система и метода израде прописа, у зборнику: О изради правних прописа“, Материјали са Семинара о основним проблемима система и метода израде прописа, *Секретаријат Савезног извршног већа за законодавство и организацију*, Београд, 11-22. маја 1959. године, 20-23.

значајну приликом превођења текстова закона са страног језика - јер и буквални превод може умногоме нашкодити самом смислу и циљу норме; као и способност промишљања и унапред тестирања могућих решења и норми на које се односи сам закон.

„Способност апстраховања више појединачних случајева до нивоа општости која је довољно општа да може да обухвати и друге, будуће могуће сличне случајеве, али и довољно јасна и прецизна да не даје пуно простора различитим другачијим схватањима или евентуалним злоупотребама - та и таква способност апстраховања се доводи до савршенства коришћењем исправних, правилних и језичких прихватљивих конструкција. Достићи такав ниво језичког савршенства¹¹ значи проћи дуг пут, поплочан добрим намерама задржавања националног духа, језичког патриотизма, логичког смисла и закључивања и што прецизнијег оживотворења мисли писца норми“¹². То наравно не значи да треба одустати приликом наилаaska на прве потешкоће у овом раду. **У питању је дуготрајан процес константног и активног учења, што чињеница и њихове обраде, што са друге стране и вештина, потребних за својеврсни говор прецизности самог закона.**

2. О ПРОЦЕСУ СТВАРАЊА ПРАВА

Законодавни поступак је процес давања живота и својеврсног рађања закона, или другог општег правног акта, а њему претходи процес законписања. Због одговорности коју носи у свом резултату, тј. тексту (предлога) закона као таквог, процес законписања мора имати следеће фазе:

1. упознавање са намером и идејом наручиоца предлога закона,
2. упознавање са позитивним правом државе у којој се текст (предлога) закона пише (што укључује и упознавање са свим ратификованим међународним уговорима у релевантној или сродним областима права),
3. истраживачки рад- упознавање са ставовима струке и практичара у наведеној области или сродним областима права,

¹¹ Савршен израз законског текста, сматрао је Љ. Јовић, обезбеђује се употребом језика који је чист, правилан и јасан. Да би се то постигло, потребно је савршено познавати граматичка правила у језику, што чешће употребљавати народне речи и увек, увек тражити праву, одговарајућу реч која ће најбоље и најпотпуније описати неку ситуацију. Љубомир Ив. Јовић, „Моћ речи - прилог законодавном изразу“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3-4/1987, 488.

¹² Овај став смо исказали у нашем чланку : Драгана М. Ћорић, “Трагом расправа о унификацији југословенског права у првој половини 20. Века - улога језика и народног духа у номотехници“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016, 1393-1394.

4. упознавање са иностраним правима која имају идентично или слично решење које наручилац захтева,

5. истраживачки рад – упознавање са ставовима струке и практичара у наведеној области или сродним областима права у иностраним законодавствима,

6. процес промишљања и формулисање прве верзије текста,

7. процес језичке провере смислености и разумљивости текста, логичке провере уклапања у остатак правног система те државе

8. процес стварања дефинитивног текста предлога са образложењем, које је подобно за иницирање законодавног поступка.

Свака од наведених фаза представља прави мали истраживачки и научни подухват, који иако делује комплексно, не подразумева истоврсну количину времена утрошену на реализацију те фазе. Лично искуство аутора говори да у питању могу бити месеци, као временски период потребан за реализацију свих наведених фаза, године, а да је најкраћи временски период утрошен на реализацију свих фаза износио - месец дана.

2.1. Упознавање са намером и идејом наручиоца предлога закона

„Наручиоца“ предлога закона не треба схватити строго нити преуско. Под овиме подразумевамо сваку особу као физичко лице или као овлашћеног представника неког правног лица које има намеру и циљ да промену нешто у правном систему. То може дакле бити ресорно министарство, Влада у целини, управа или државна агенција, али и физичка лица, која инспирисана својим личним разлозима, иницирају неке промене у законодавству са циљем бољег и ефикаснијег решавања неког проблема или ситуације, који су већ постојећи или су у неком временском периоду пре иницирања предлога тек настали а постоје индиције да ће, услед нереаговања, постати хронични проблеми. Формално правно гледано, „**нaрyчилац посла**“, схваћен у претходно објашњеном смислу, тражи од законописца да изврши тражени посао и испоручи текст предлога који ће проћи све филтере законодавног поступка. Посао се, у овом смислу, сматра завршеним тек када предлог закона постане - закон, тј. ступи на снагу, јер у свим даљим фазама законодавног поступка, у случају постојања потребе кориговања првобитног текста предлога, посао је још увек активан а законописац још увек у обавези испуњавања траженог посла према наручиоцу.

У овој фази законписања се одвија још један веома битан процес: саопштавања наручиоцу да његова идеја можда већ постоји, могућа је у постојећем законодавству или да уопште није могућа, јер постоје ограничења у оквиру позитивног права која проистичу из суштине и вредносног склопа истог.

Примера ради, свака идеја која укључује увођење смртне казне за било коју врсту тешког кривичног дела је немогућа, јер смо као држава приступањем Савету Европе 2006. године прихватили и њихове смернице да укинемо трајно смртну казну као санкцију¹³. Такву одредбу смо унели и у Устав Републике Србије (2006) у чл. 24.¹⁴

Такође, веома је битно и разјаснити циљ са којим наручилац жели да предузме одређене кораке и промену у законодавству; или ако циљ није довољно јасан, потребно је помоћи наручиоцу да исти прецизира. Тек тада је могуће, са оквирним планом истраживања и унеколико одређеним циљем тражених промена, започети процес писања закона.

Већ у току ове фазе је могуће прекинути цео процес доношења закона, ако се већ приликом упознавања са идејом наручиоца констатује да решење у позитивном законодавству. У супротном, поступак се даље наставља а могуће да у још неколико фаза дође до престанка процеса.

2.2. Упознавање са позитивним правом државе у којој се текст (предлога) закона пише (што укључује и упознавање са свим ратификованим међународним уговорима у релевантној или сродним областима права)

Овај део може трајати релативно кратко, што зависи од степена упућености законодапца у правни систем, или посебно одређену област права. Решење одређеног проблема можда постоји унутар позитивног права, само није толико очигледно, већ је потребно извршити сходну примену права или путем тумачења и повезивања различитих већ постојећих норми доћи до решења. Ако решење већ постоји, поступак се не наставља у смислу писања новог решења, већ се ствара решење на претходно описани начин. Упознавање са ратификованим међународним уговорима је веома битно, јер не постоји обавеза њихове имплементације у правни систем, већ је сам чин ратификације заправо моменат њихове директне примене у неком правном систему. Неки међународни уговори и конвенције су широко познати као акти које је држава прихватила,¹⁵ док неки остају познати само ретким,

¹³ Други факултативни протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима 6. септембар 2003. године, доступан на: <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Drugi-Fakultativni-protokol-uz-Me%C4%91unarodni-pakt-o-gra%C4%91anskim-i-politi%C4%8Dkim-pravima-koji-ima-za-cilj-ukidanje-smrtne-kazne.pdf>, и Протоколи бр. 6 и 13 уз Европску конвенцију о људским правима 3. март 2004, доступно на: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf. Последња смртна казна је иначе изречена 2003. године.

¹⁴ „Људски живот је неприкосновен. У Републици Србији нема смртне казне“. Устав Републике Србије, “Службени гласник РС”, бр. 98/2006

¹⁵ Нпр. Конвенција о правима детета, усвојена на Генералној скупштини УН, 20. новембра 1989, из које происходе бројни други акти и огроман сет дејих права.

добрим познаваоцима одређене области.¹⁶ Ови акти представљају и солидну основу за даљи рад: тако што својим формулацијама дају основ за промену која се жели увести, ограничење или чак и забрану за исту¹⁷. Ако забрана у горњем смислу постоји, поступак се у овој фази обуставља и евентуално наставља са измењеним захтевом наручиоца посла.

2.3. Истраживачки рад - упознавање са ставовима струке и практичара у наведеној области или сродним областима права.

Теоријске конструкције претендују да буду савршене: савршено осмишљене, написане и изводиве у пракси. Веома често иза таквих савршених конструкција стоји и добра намера наручиоца, јер претпостављена тежња за променом је успостављање бољег и битно другачијег стања од постојећег, које због нечега није довољно добро. Међутим, ако се ставови практичара битно разликују у односу на промену која се жели направити законписац је дужан на то скренути пажњу наручиоцу и евентуално поставити нове оквире свог задатка. Примера ради, ако се жели увести доживотни затвор као санкција за најтежа кривична дела, потребно је извршити анализу расположивих затворских капацитета са једне стране и могућег ефекта изрицања такве казне у појединачном и генерално превентивном смислу. С тим у вези је потребно добити и мишљења саме струке и то пре јавне расправе, која могу бити, ако су изнета на самој јавној расправи а поводом већ готовог текста предлога закљона, веома опречне и ићи у дијапазону од потпуног прихватања до потпуног одрицања сврсисходности нових мера. Примери предлога закона који су добили озбиљне замерке, па били повучени, управо због дијаметрално супротних становишта практичара и стручне јавности су довеле до бројних повлачења закона из поступка даље расправе.

Тако је Закон о основама система образовања и васпитања добио озбиљне замерке од стране и просветних синдиката, родитеља, као и других стручних тела већ током јавне расправе која је завршена у јулу 2015. године. Од тада, па до момента писања овог рада, исти још увек није завршен, јер се константно моделују његови делови сходно становиштима стручне јавности и интенцијама наручиоца, тј. министарства просвете. Даље, предлог Грађанског законика је био на јавној расправи у трајању од годину дана, и

Доступна на: [https://www.unicef.org/serbia/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultat_ivnim_protokolima\(1\).pdf](https://www.unicef.org/serbia/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultat_ivnim_protokolima(1).pdf)

¹⁶ Тзв. Ланзарот конвенција, односно Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, доступна на сајту : https://www.coe.int/t/dg3/children/1in5/Source/Lanzarote%20Convention_EN.pdf

¹⁷ Као пример опет наводимо смртну казну.

иста је завршена у мају 2016. године. Непозната је тренутна бројност и садржина коментара као и предлога промена основног текста предлога Грађанског законика, те је самим тим и даљи процес неизвештан.

2.4. Упознавање са иностраним правима која имају идентично или слично решење које наручилац захтева

Када позитивно право и његова суштина дозвољавају жељену промену, пожељно је потражити исте или сличне случајеве праксе у земљама у окружењу и даље; прво, зато што смо деценијама делили исти правни систем и без обзира на улазак у ЕУ неких од бивших југословенских република, суштина правног система је остала иста, слични су нам народни дух, традиција и менталитет, што су битне ставке за имплементирање било ког новог решења. Друго, истраживање других иностраних права пожељно је вршити прво у кругу права која припадају европско-континенталном правном систему, па тек онда оних која припадају англосаксонском правном систему. У таквим ситуацијама, ценимо да је потребно пронаћи и студије случаја или друга истраживања и научне радове, који могу бити додатно образложење прихватања или увођења неког новог решења што према нашем плану законописања представља фазу.

2.5. Истраживачки рад – упознавање са ставовима струке и практичара у наведеној области или сродним областима права у иностраним законодавствима.

Примера ради, у кампањи за смањење границе кривичне одговорности у Мађарској, бројне невладине организације за заштиту деце су се изјасниле управо за смањење границе кривичне одговорности сматрајући да се тиме врши боља генерална превенција. Ставови практичара и стручне кривичноправне јавности су били подељени. Зато је организован у јануару 2014. године и референдум, на коме се већина грађана изашлих на референдум изјаснила за смањење границе кривичне одговорности, са оградом да се ово правило примењује када је починилац старији већ од 12 година а да су у питању тешка кривична дела: убиство, умишљајно убиство, пљачка и друга кривична дела наведена у чл. 16. Кривичног законика Мађарске¹⁸.

¹⁸ https://www.academia.edu/4602286/Criminal_Code_of_Hungary_2012 .

Искуства држава као и њихова правила која се односе на одређивање минималне старосне границе за кривичну одговорност су различита,¹⁹ те је пожељно у овој фази дати предност решењима оних законодавстава која више одговарају по свом систему и унутрашњим карактеристикама домаћем праву (нрп. предност у односу на решења из права англо-саксонске провенијенције треба дати европско-континенталним правима, због основних општих карактеристика коју та права имају).

2.6. Процес промишљања и формулисање прве верзије текста

Представља најкреативнију, најдубокоумнију фазу поступка законписања. Све сазнате информације, сва размишљања и предлози, све језичке конструкције прелазе у писани, језички прихватљив облик. Због посебног значаја ове фазе, посебно поглавље овог рада посвећујемо управо значају језика, језичког формулисања мисли, намера и циљева законписца и/или наручиоца закона.

2.7. Процес језичке провере смислености и разумљивости текста, логичке провере и уклапања у остатак правног система те државе.

У питању је својеврсно тестирање новог правила унутар система и његово уклапање, у смислу избегавања противуречности или понављања већ постојећег.

2.8. Процес стварања дефинитивног текста предлога са образложењем, које је подобно за иницирање законодавног поступка.

У овој последњој фази, најбитније је поступање према Јединственим методолошким правилима за израду прописа,²⁰ у којима је детаљно описана структура прописа који се предлаже, именовање делова тог прописа и друга значајна питања. Предлог који не испуњава минималне техничке, тачније номотехничке услове описане у наведеном акту, упућује се назад законписцу на дораду и исправке.

У САД, све ове фазе су обједињене термином *legislative drafting*-припрема закона и јасно је одвојен од самог законодавног поступка као таквог.²¹ Као посебан проблем у англо-америчкој пракси се издваја

¹⁹ Анализа овог питања доступна на: <https://www.crin.org/en/home/ages/europe>

²⁰ Акт доступан: <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Jedinstvena%20metodoloska%20pravila%20za%20izradu%20propisa.pdf>

²¹ Winston Fisk, „Америчко искуство у припреманју закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1966, 20-21.

компарација са другим правима - у ком обиму и на који начин је могућа. Имајући у виду да права различитих држава припадају и различитим правним усмерењима, као и да иза њиховог стварања и садржине стоје различите друштвено-историјске, економско-политичке и друге околности, амерички законописци овом поступку писања закона приступају веома пажљиво. Уз помоћ *legislative counsel*, тј. законодавног саветника, који поседује заправо све особине које смо до сада навели у раду за законописца (добро познавање правног система, напредна писменост, итд.), као и посебних научно-истраживачких института који пружају додатну стручну помоћ законописцу, као и самим одборима Конгреса у току поступка разматрања прве верзије неког прописа, текст предлога закона као и других општих аката прође дугачак, претходни пут, пун провера, промишљања и исправки. Ценимо да је то једини прави пут, ако претендујемо на исправно, језички разумљиво, систематски написано и усклађено законодавство.

3. МОЋ РЕЧИ У ПРОЦЕСУ ЗАКОНОПИСАЊА

„Јасно је да творац правне норме, поред разноврсног познавања права, мора бити и вешт лингвиста, из више разлога:

- због владања чистотом језика који му је основно средство за рад и исказивање мисли, тј. правних норми;

- ради постизања језичке прецизности и разумљивости а све у циљу предупређивања нејасног, потенцијално манљивог и неразумљивог заповедања адресатима, које у крајњој линији може довести до злоупотреба и непоштовања створених правних норми;

- због оживотворења језика теорије, који већ довољно сувопаран и лишен емоција, мора бити довољно јасан и прилагодљив уобичајеном фонду речи и разумевању језика и просечном читаоцу, а не само школованом правнику;

- због представљања страних добрих концепата домаћем праву, јер тиме повећава потенцијал који имају ти концепти и повећава ефикасност и економичност саме примене норми.²²

Наше мисли су далеко сложеније од језичког и лингвистичког апарата у било ком језику; стога је манљивост изражених мисли увек присутна, некад у мањем или већем обиму. То наравно не значи да од достизања језичког перфекционизма треба одустати, већ да само треба улагати константне напоре у његово усавршавање.

²² Драгана М. Ћорић, „Трагом расправа о унификацији југословенског права у првој половини 20. века“, *Улога језика и народног духа у номотехници*, 1408.

Језик у праву свакако треба да буде прецизнији него у свакодневном говору, а с тим у вези и употреба одређених термина, мора имати једно, јединствено и уобичајено значење, чиме се постиже већа језичка прецизност сама по себи. Зато ова фаза израде закона представља највећи изазов за самог законписца: јер треба створити правни израз, правило које ће бити лишено емоција, сувишних речи и објашњења, довољно круто да се не разуме погрешно, опет довољно флексибилно да се може применити у неограниченом броју будућих случајева. Тај изазов је заправо присутан латентно током целог поступка законписања, али је посебно изражен у овој фази јер сва претходна размишљања и истраживања први пут, у овој фази, добијају свој први облик.

Љубомир Јовић наводи седам заповести кнеза Милоша у изради закона, које и данас могу имати своју примену и значај²³:

- **изоставити из закона све сувишно и опширно** - дуге реченице, употреба сувишних речи само оптерећује основни текст те се тиме смањује и могућност потпуног разумевања текста неке норме. Што је нешто краће, једноставније га је и брже и прочитати, а можда чак и брже схватити;

- **писати разумно и разговетно**, тако да сваки просечан човек може разумети написано, да не остане простора за другачије разумевање нечега написаног;

- **изоставити стране речи**,²⁴ јер закони се обраћају обичном народу, стога морају бити написани уз употребу што већег броја већ познатих, уобичајених, свакодневно употребљаваних речи и појмова;

- **новим речима увек прво одредити значање на почетку самог прописа**, у супротном степен неразумевања основг текста се повећава а самим тим и поступање по тексту саме норме;

- **дати примере ради исправног тумачења**, када се уводи неки нови институт;

- **тестамент да очува слогу између наследника**, специфичан захтев, чија је намера очување породице и као ћелије друштва и њене слоге као једног од кључних темеља одржавања заједнице;

²³ Љубомир Ив. Јовић, *Језик закона*, друго допуњено и проширено издање, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1995, 52-60. Наиме, Милош је имао доста недоумица приликом читања првих верзија грађанског законика, које је, сходно свом духу изрази на следећи начин: „ти који су писали законе или су били пијани или су били луди“, Непознат аутор, „Прилози за историју нашег законодавства“, *Порота*, 19/ 1881, 302.

²⁴ „...да се Владислав Стојадиновић побрине да се то напише смисленије и разговетније, да све стране речи које саме по себи не могу се знати шта значе сасвим изостави и да тражи српске речи“, „Прилози за историју нашег законодавства“, 303.

- **да се из закона не рађају нове парнице** - закон је разум и правда, довољан сам по себи. Како он пресуди, даљих расправа и суђења не може бити, сматрао је кнез Милош.

Валтазар Богишић је приликом израде Општег имовинског законика за Црну Гору у потпуности „ухватио“ народни дух, толико битан за опстанак и прихватање неког прописа међу грађанима. Обратио је прилично пажњу и на обичаје, народна предања и „живе потребе народа“,²⁵ али је уважаио и бројне предлоге „домаћих и иностраних судској струци вјештих људи“.²⁶ Богишић је посебан значај придао тзв. „закоњачким изрекама“, дефинишући их као изреке које треба поштовати у случају недоумице у примени овог прописа, или као виши принцип, уз помоћ којих је могуће спознати циљ, сврху и право и пуно значење неке норме овде наведене. Такође је инсистирао да се формулисање норми води принципом од конкретног до општег, ценећи да је просечном човеку доступније и разумљивије читање и прихватање неког прописа ако се неки правни појам објасни - прво примерима који су му познати из свакодневног живота²⁷.

Михаило Константиновић, творац прво Скице за законик о облигацијама и уговорима, који је касније и постао Закон о облигационим односима, сматрао је да се приступачност и јасноћа законског текста могу остварити следећим методама:²⁸

- **избегавати стручну терминологију**, јер текст се обраћа адресатима, међу којима има и неправника;

- **описивати стручне појмове** уз употребу раније већ познатих појмова;

- **без позива у једном члану на одредбе из других чланова**, јер то претпоставља да адресат мора пред собом имати и други пропис чији се члан спомиње, па да највероватније користи и тумачење смисла свих тих наведених чланова.

- **сваки члан садржи једну мисао потпуно**; пожељно је да сваки члан представља заокружену целину и да не постоји потреба повезивања са другим члановима из истог или других закона.

²⁵ Општи имовински законик за Црну Гору, Државна Штампарија, Цетиње, друго измењено и допуњено издање, 1898. године. Доступно на сајту: http://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/crna-gora/Opsti_imovinski_zakonik_CG.pdf

²⁶ Општи имовински законик за Црну Гору, Одлука Краља Николе од 14. јануара 1898. године о публикавању измењеног текста Општег имовинског законика и његовом ступању на снагу.

²⁷ Таквих примера има у целом законнику.

²⁸ Љ. Јовић: Језик закона, 63-67.

- **сваки став у поједином члану садржи само једну реченицу**, што значи да се мисао нигде не прекида, а у циљу постизања разумљивости текста и неправницима.

- **постојање одреднице за сваки члан**, или ти именовање члана, наслов члана путем којег се даје назнака о чему је реч у одређеном члану;

- **инсистирати на природном току законодавне материје** јер тако је текст закона прегледан, лако га је пратити и применом логичких праила и претпоставити у коме се, рецимо, делу закона, налази тражени члан или чланови о неком одређеном питању.

У свим моделима и захтевима за стварање што бољег и разумљивијег текста Закона, присутно је инсистирање на **проналажењу праве речи за одређени појам**, а која ће задовољити све захтеве: да је позната и просечним грађанима, да се користи у свакодневном говору или је њено значење могуће брзо и лако сазнати, да је довољно одређена и јасна. Тражити ту праву реч је прави авантуристички подухват; проналазак такве речи је круна изражавања и давање живота, облика и гласа нашим мислима.

Јован Ђорђевић и Радомир Лукић су се сложили да краткоћа и јасност реченица којима се изражавају норме морају бити главно обележје закона.²⁹ Лукић посебно истиче потребу дугог, темељног писања закона. Писање закона није и не сме бити само моменат (песничке) инспирације, већ резултат дуготрајног, дубоког промишљања о самој садржини норме као и о њеном језичком изразу. Језички израз је једнако битан као и сама садржина и мисао која се жели изразити - што је језички израз прецизнији, сажетији, неоптерећен сувишним појмовима и речима, описима и примерима, тиме се мисао јасније саопштава и спречава се злоупотреба,³⁰ погрешно разумевање и самим тим непоштовање неке норме услед проблема насталих у преносу поруке. Нужно је, наравно, да и право, као и свака друга стручна и научна област негује свој посебан језик и терминологију, чиме повтрђује своју специфичност и значај. Но, као што ни судске одлуке не треба да буду књижевни огледи³¹, тако ни закони и други општи акти који представљају

²⁹ Чак налазимо и апел за доношење “закона о јасноћи закона“, који ће садржавати јасне казне за прекршиоца, тј. оног писца и ствараоца закона који приликом писања закона не буде поштовао правила и нејасно се изражавао. Драгиша Витошевић, “Нејасно као у закону“, *Адвокатура - часопис адвокатске коморе Србије*, Београд, 2/1982, 12.

³⁰ У том смислу, могуће је да се утврди као воља законодавца нешто што заправо и није била његова воља. Видети: Мелита Дундић, „Језик у праву“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу*, 10/1988, 14-22.

³¹ Бранко Петрић, „Методика, терминологија и језик одлука у кривичном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу*, 10/1980, 29-30.

основ за доношење судских пресуда не могу бити - списак правничких, неразумљивих формула.

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Нормирање друштвених односа није једноставан процес. Свака норма у себи носи истину и идентичност са стварним светом и стварним односима који се дешавају у друштву. Преточити ту стварност, путем најчистијих, најразумљивијих и најједноставнијих речи у неку заповест, обавештење или овлашћење је дуг, изазован и неизвештан процес. Неизвештан, јер не можемо гарантовати да ће тај језик норме и тај циљ норме сви једнако разумети и, као што смо желели приликом стварања норме. Изазован, јер могућност брзе промене друштвених односа, и током самог поступка нормирања постоји, чиме се веома лако може запоставити основни захтев за стварање норме: истинитост, идентичност са стварношћу.

Употреба језика у праву, у смислу употребе правила граматике, лексике и синтаксе, ако и саме интерпункције уопште није једноставна. Подразумева напредну језичку, интерну писменост законописца, поред његовог доброг познавања самог права у које уноси одређену измену. Овим радом смо донекле расветлили фазе законописања као претходног поступка законодавном поступку, који је неправедно стављен у други плану великом броју номотехничких савремених радова. Такође подсетили смо и на основне поставке размишљања двојице највећих, најпознатијих и најбољих законописаца: Валтазара Богишића и Михајла Константиновића, који су, иако их је раздвајао скоро цео век, имали идентичне ставове по питању самог законописања. Довољно, за почетак. И за подсећање какви закони треба да буду и колико нас још номотехничког рада и усавршавања очекује.

Dragana ĆORIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law University of Novi Sad

LEGAL DRAFTING PROCESS IN REPUBLIC OF SERBIA, WITH
SPECIAL EMPHASIS ON THE USE OF LEGAL LANGUAGE IN LEGAL
DRAFTING

Summary

Legal drafting is the special process, that precedes the process of enacting laws. In this article, we tried to set light to the legal drafter, the one who trully writes laws, and the process of legal drafting, with all its researching phases. We also tried to remind about some principles for legal drafting, that were used by two prominent lawyers during the legal drafting processes, Valtazar Bogišić and Mihajlo Konstantinović. We hope that this paper will be the beginning of new kind of professionalization- creating a new profession –professional legal drafts writer.

Keywords: *legislator, law writing*

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Драгиша Витошевић, „Нејасно као у закону“, *Адвокатура- часопис адвокатске коморе Србије*, Београд, 2/1982;

Леон Гершковиц, „Основни проблеми система и метода израде прописа, у зборнику: О изради правних прописа“. Материјали са Семинара о основним проблемима система и метода израде прописа, *Секретаријат Савезног извршног већа за законодавство и организацију*, Београд, 11-22. маја 1959.

Мелита Дундић, „Језик у праву“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу*, 10/1988

Непознат аутор, „Прилози за историју нашег законодавства, „*Порота*, 19/ 1881, 30

Љубомир Ив. Јовић, „Моћ речи - прилог законодавном изразу“, *Архив за правне и друштвене науке*, 3-4/1987

Љубомир Ив. Јовић, *Језик закона*, друго допуњено и проширено издање, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1995;

Бранко Петрић, „Методика, терминологија и језик одлука у кривичном поступку“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу*, 10/1980

Драгана М. Ћорић: Трагом расправа о унификацији југословенског права у првој половини 20. века - улога језика и народног духа у номотехници, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2016;

Winston Fisk, „Америчко искуство у припреманју закона“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1/1966.

Закон о Народној скупштини, "Сл. гласник РС", бр. 9/2010

Други факултативни протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима 6. септембар 2003. године, <http://www.bgcentar.org.rs/bgcentar/wp-content/uploads/2013/02/Drugi-Fakultativni-protokol-uz-Me%C4%91unarnodni-pakt-o-gra%C4%91anskim-i-politi%C4%8Dkim-pravima-koji-ima-za-cilj-ukidanje-smrtne-kazne..pdf>

Јединствена методолошка правила за израду прописа, <http://www.parlament.gov.rs/upload/documents/Jedinstvena%20metodoloska%20pravila%20za%20izradu%20propisa.pdf>

Конвенција о правима детета, усвојена на Генералној скупштини УН, 20. новембра 1989, [https://www.unicef.org/serbia/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultativnim_protokolima\(1\).pdf](https://www.unicef.org/serbia/Konvencija_o_pravima_deteta_sa_fakultativnim_protokolima(1).pdf)

Кривични законик Републике Мађарске, https://www.academia.edu/4602286/Criminal_Code_of_Hungary_2012.

Ланзарот конвенција односно Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања : https://www.coe.int/t/dg3/children/1in5/Source/Lanzarote%20Convention_EN.pdf

Општи имовински законик за Црну Гору, Државна Штампарија, Цетиње, друго измењено и допуњено издање, 1898. године.
http://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/jugoistocna-evropa/privatno-pravo/crna-gora/Opsti_imovinski_zakonik_CG.pdf

Пословник Народне скупштине: [http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/vazna-dokumenta/poslovnik-\(precisceni-tekst\)/ceo-poslovnik-\(precisceni-tekst\).1423.html](http://www.parlament.gov.rs/narodna-skupstina-/vazna-dokumenta/poslovnik-(precisceni-tekst)/ceo-poslovnik-(precisceni-tekst).1423.html)

Пословник Владе Републике Србије ("Сл. гласник РС", бр. 61/2006 - пречишћен текст, 69/2008, 88/2009, 33/2010, 69/2010, 20/2011, 37/2011, 30/2013 и 76/2014

Протоколи бр. 6 и 13 уз Европску конвенцију о људским правима 3. март 2004, http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf.

Устав Републике Србије, "Службени гласник РС" бр. 98/2006
<https://www.crin.org/en/home/ages/europe>

Др Сава АКСИЋ*

НАЈЗНАЧАЈНИЈЕ ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ ДВАДЕСЕТОГ ВЕКА У ЕВРОПИ

Апстракт: У XX веку су се обликовали нормативно (или нормативно – догматичко), социолошко (или фактицистичко, реалистичко) схватање права, и психолошка теорија. Нормативних теорија има неколико варијанти, углавном се деле на нормативно – етатистичке и нормативно – социолошке теорије. Социолошке теорије, исто као и нормативне теорије, имају неколико варијанти у Европи. Социолошке теорије имају децентрализован приступ формалним изворима права. Оне право не посматрају као начин централизованог управљања државом, него управо обрнуто: оне у праву виде форму кроз коју се успостављају односи између различитих субјеката у друштву, као начин социјалне интеракције, а са циљем идентификовања интереса различитих друштвених субјеката. Међу правним теоријама које право изводе на основу психолошких чињеница, најзначајнје место у Европи заузима психолошка теорија професора римског права Лава Петражицког, који је поставио разлику између официјелног права, као права које прописује држава, и интуитивног права, односно права које настаје спонтано у психи сваког човека.

Кључне речи: *правне теорије, нормативизам, фактицизам, психологизам.*

1. УВОД

Од тренутка када је применом научне методологије и логике научног истраживања право почело да се анализира, на начин да се утврђује из чега се састоји и што га чини битним – да ли норма, односно идеја о тома како се треба понашати, или само људско понашање по правним нормама, настале су различите теорије, од којих су се оне, које су овај критеријум узимале као кључни, највише разликовале. Та разлика између ове две групе теорија постоји све време научног изучавања права, највише у Европи, где су и настале прве правне теорије, али је временом та разлика постајала све

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

оштрија, да би у XX в. разлика између теорија о праву постала и на нивоу њихових методолошких основа, што је разлике између теорија чинило непремостивим. Дакле, у XX в. су се дефинитивно обликовали нормативно (или нормативно – догматичко) и социолошко (или фактицистичко, реалистичко) схватање права, као два најважнија схватања о праву. Уз то, настала је и теорија која је имала одређеног утицаја на формирање осталих схватања о права, и која није имала никакве зачетке пре XX в. и која уз све то има можда и најмање присталица, али је у потпуности оригинална. То је психолошка правна теорија, која је заједно са нормативном и социолошком теоријом углавном допринела настанку свих каснијих теорија о праву у Европи, али и ван ње, на северноамеричком континенту посебно.

Суштина нормативне теорије о праву се своди на чињеницу да се правом сматра само правна норма, односно идеја о томе какво треба да буде људско понашање. Дакле, по овој теорији право није само понашање по норми, него само норма, што значи не актуелно понашање, него само актуелна идеја која се односи на хипотетичко људско понашање по норми. Такође, сходно овом схватању, и наука о праву мора да изучава норме, тј. актуелне идеје које имају хипотетички садржај (с обзиром да се садржај односи на понашање, тј нешто што тек треба да настане). Нормативисте, дакле, интересују идеје, тј. правне норме, али не и понашање по правним нормама, односно оно што се у друштву стварно дешава. Правне норме, по овој теорији описују какво треба да буде људско понашање по правним нормама, али не и какво то понашање стварно јесте.

Присталице нормативистичке теорије у прилог става који заступају – да је право норма а не понашање по норми, износе један аргумент, који је тешко оповргнути, а то је да се само захваљујући правној норми, може направити разлика између онога што је правно понашање и онога што није правно понашање. Јер, ако понашање схватимо само као факат који нема везе са правном нормом, и није настао на основу правне норме, онда не би смо имали критеријум на основу којег би смо могли да разликујемо које је понашање правно, а које није, са једне стране, док, са друге стране, држава не би могла да путем правних норми утиче на друштво, и на тај начин не би могла да усмерава људско понашање. Без правне норме се не би могла пронаћи разлика између убиства и извршења смртне казне, између заплене имовине због неплаћеног пореза и крађе.¹

Социологисти на ове аргументе одговарају да је за друштво једино битно људско понашање, и да се норме због тога и доносе. И још, да норме не требају ништа да говоре о томе како људи требају да се понашају, него

¹ Радомир Лукић, *Теорија државе и права, II Теорија права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачки завод, Београд, 1995, 38-39.

норме требају само да описују људско понашање, које већ, и без норми постоји. Тако да је право, по схватању социологиста, посебан систем односа, а не систем норми.²

И, на крају трећи правац је психолошка правна теорија, чија је основа психоанализа Сигмунда Фројда. Откриће психоанализе, да је свако понашање појединца и групе мотивисано одређеним свесним и подсвесним мотивима, као и њиховим међусобним прожимањем, допринела је настанку психоаналитичке јуриспруденције у Европи и то у теорији пољског професора Леона Петражицког (психолошка теорија има своје варијанте и у америчкој јуриспруденцији, и то у теоријама Алберта Еренцвајга (Albert Ehrenzweig), Џереми Франка (Jeremy Frank) и Биненфилда (Bienenfeld)).

Ми ћемо се посебно осврнути на сваку од ових теорија.

2. НОРМАТИВНА (ДОГМАТИЧКА) ТЕОРИЈА

Нормативних теорија има неколико варијанти: углавном се нормативне теорије деле на нормативно – етатистичке, и нормативно – социолошке теорије. Етатистичке теорије у оквиру нормативизма право везују искључиво за државу, али се, зависно од улоге коју држава има у стварању и примени права деле на теорије, од којих се, по једнима, улога државе састоји у примени права, па су с тога правне норме само оне које држава успе да примени, односно норме које држава успе да учини ефикасним у друштву. Међутим, по теорији која је најзначајнија у оквиру ове групе теорија, и која представља типичну нормативну теорију, због чега се и цела група ових теорија назива нормативним или догматичким, држава има право да издаје обавезна наређења. Та чињеница је довољна да би се таква правила сматрала правним нормама. Тако да право представља само скуп оних норми којима држава обезбеђује важење.³

Ова теорија, као типична нормативна теорија, је уједно и најекстремнија варијанта нормативизма, а оличена је у тзв. чистој правној теорији (Reine Rechtslehre) аустријског професора (који је у време нацизма у Европи због свог јеврејског порекла морао да се одсели у Америку) Ханса Келзена.⁴

² *Ibid*, 39.

³ *Ibid*, 41.

⁴ "In Kelzen's the theory was "pure" "because it only describes the law and attempts to eliminate from the object of this description everything that is not strictly 'law'" (Hans Kelsen, *The Pure Theory of Law* (M. Knight trans, Berkeley, Calif.: University of California Press, 1967, 1). Moral judgments, political biases and sociological conclusions were all to be pushed

Ова теорија није у потпуности оригинална. Њени корени се налазе у Римској јуриспруденцији,⁵ и у радовима глосатора и постглосатора, након чега је разрађивана у Аналитичкој теорији Џона Остина (Johna Austin). Преко аналитичке јуриспруденције догматика је стигла до нормативизма "Чисте правне теорије" Ханса Келзена.

Суштина ове теорије се своди на чињеницу да је реалност егзактно подељена на две стварности: стварност требања (Sollen) и стварност бивства, или стварност реалног постојања (Sein), од чега се право у потпуности налази у свету требања, односно у свету идеја, а не стварности. Право је систем заповести, односно идеја. Али правне норме нису идеје које се односе на стварност, односно, правне норме не изражавају нешто што јесте, или нешто што стварно постоји, него нешто што тек треба да настане! Дакле, садржај правних норми није актуелно постојање нечега, него требање у логичком смислу, односно, правне норме се односе на људско понашање које услед претње правном санкцијом треба да настане. По овом схватању систем правних заповести се у потпуности састоји из логичких категорија. Једна норма представља правно правило зато што је у њој садржана санкција, односно логичка санкција, а не зато што држава располаже реалном силом којом може некога присилити да поштује правно правило.⁶ По овој теорији, норма је депсихологизирана заповест! Под важењем подразумева специфичан начин постојања, односно, када се каже да важи, односно да одређена норма постоји, то другим речима значи да она обавезује.⁷

Дакле, принуда јесте битан елеменат права, али правне норме нису осигуране принудом у смислу реалног људског понашања, него принудом у логичком смислу, која је по логичком принципу довољног разлога садржана у санкцији као делу правне норме. Што значи да није свака заповест правно обавезна! По Келзену, заповест је обавезна (Келзен при томе не говори "правно обавезна", мада је јасно из аргумената да има на уму искључиво правну заповест), не када онај ко има заповести има и реалну снагу већу од онога којем издаје заповест, па је може извршити и силом, него само онда ако је онај ко издаје заповест овлашћен да издаје заповести.⁸

Норма је безлична и анонимна заповест. Њом се не исказује ни да ли појединац жели да се понаша по њој, као ни то да ли се неко по њој стварно

aside as improper for a "scientific" description of the social institution of law". Brian Bix, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1996, 56.

⁵ Carl Schmitt, *Die Lage der Europäischen Recht – Wissenschaft*, Internationaler Universitäts – Verlag, Tübingen, 1950, 10-14.

⁶ Ханс Келзен, *Општа теорија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1951, 41.

⁷ *Ibid*, 43.

⁸ *Ibid*, 43-44.

понаша. Заповест само говори о томе да она важи, без обзира да ли неко жели или не жели да се понаша по норми, и да ли се неко заиста и понаша по норми. Између "треба" и "јесте" постоји непремостиви јаз (gap) и то је истовремено основа за описивање права.⁹ Дакле, важење норме означава да је она обавезна, док ефикасност норме, с обзиром да је право логичка идеја, а не описивање реалног људског понашања, нема никакве везе са правном нормом. За разлику од важења, фикасност нам говори о томе да ли се људи стварно понашају онако како су по норми обавезни да се понашају. Међутим, и ако су важење и ефикасност два различита појма, и с тога упућују на различите садржаје њихове, између важења и ефикасности ипак постоји посредна веза, а то је да ће норма важити само ако припада правном систему који је у целини ефикасан, тј. ако се по одређеном правном систему људи више понашају него што га крше. Тако да је ефикасност услов, а не разлог важења. Одређена норма не важи зато што је ефикасна, односно зато што се примењује или крши, него важи зато што је цео правни поредак којем норма припада ефикасан.¹⁰

И на крају, од кључних идеја овог схватања треба навести да је по овом схватању правни поредак систем норми, као скуп норми, при чему се свака нижа норма извести из више норме, и тако све до највише норме, која се више не може извести ни из једне друге више норме. Међутим, трагање за вишом нормом, може отићи у бескрај, па се зато трагање мора завршити код једне норме која ће се претпоставити као највиша, пошто такву норму не би могао да прописује неки ауторитет чија би се компетенција основала на некој још вишој норми. То је основна норма или пра – норма (Grundnorm).¹¹

Дакле, када се ради о овој теорији, основне њене карактеристике су позитивизам, односно важење и формализам.

Важење се односи на чињеницу једног савршеног и затворен круга норми које су донете у одређеном поступку који је прописан вишим нормама. Уколико је норма донета у прописаном поступку и од ауторитета који је за то овлашћен, та се чињеница по овој теорији сматра довољним разлогом да се одређена норма сматра позитивном, односно важећом. При томе се сама садржина норме не испитује. Сходно овој теорији садржина норме никако не може бити разлог од које зависи њено важење. Важење норме је једна потпуно друга категорија у односу на њену садржину. Са овим је у директној вези формализам норме, који се састоји у томе да карактер правних норми имају само заповести које издаје држава у одређеном формалном поступку. Право је важеће само ако испуњава формалне услове,

⁹ *Ibid*, 49.

¹⁰ *Ibid*, 51, 53.

¹¹ Ханс Келзен, *Чиста теорија права*, Гутембергова галаксија, Београд, 2000, 155, 156.

тако да је формализам права у ствари основа на којој целокупно право почива и важи.

Егзактни формализам се огледа, не само у праву посматраном само за себе, него и у односу права и стварности. Када се утврђује значење одређене правне норме, онда по овој теорији треба применити догматички и нормативни метод.

Применити догматички метод значи утврдити значење норме која она има, али на основу саме норме, тј. кроз однос диспозиције и санкције. Догматички метод дакле, значи утврдити значење норме, али посматрајући само норму чије се значење утврђује, независно од значења које имају друге норме у систему.

Са друге стране, применити нормативни метод значи утврдити значење које норма има, али у нормативној вертикали и хоризонтално односа, тј. у односу са вишим и нижим нормама, односно у односу са ширим и ужим нормама. Док се применом догматичког метода утврђује значење норме на основу саме норме, дотле се применом нормативног метода утврђује значење норме у односу са осталим нормама у правном систему.

Али се, ни у ком случају, значење норме не утврђује на основу политике, историје, филозофије, етике и других неправних наука и чињеница. По овој теорији, ако се жели утврдити однос права према другим областима науке и живота, то ће спадати у социологију, не у право. Посебно се наглашава да право никако не може бити категорија чије се значење и смисао може утврђивати на основу политике. Утврђивати значење и смисао права на основу политике, по овој теорији никако не би спадало у област права. Право има своју структуру и формалну логику постојања правних појмова.¹² Оно дакле представља једну логичку целину која је самостална и независна од било наведене области живота и науке.

С обзиром да је право у своме функционисању самостално и засновано на логичким принципима, онда је једини закључак који је ова теорија могла да изведе на питање о пореклу права, а како би могла да буде доследна у својим тврдњама, да право има потпуно одрживе нормативне основе чак и онда када се не може утврдити тачан правни акт на основу којег одређено, конкретно право, потиче. Нормативна основа права чију је конкретну основу немогуће утврдити пронађена је у пра – норми (Grundnorm).

И даље, по овој теорији држава као таква није никаква посебна и самостална организација, независна од права. Друштвено организована сила се претвара у државу управо захваљујући праву. Разлика између државе и

¹² Политика такође представља систем виших и нижих ставова, али систем ставова у политици је успостављен, не као у праву – по логичкој структури у односу на највише појмове, него по принципу државног интереса.

сваке друге организације у друштву која располаже силом, јесте у томе што држава постоји и врши власт на основу овлашћења која су садржана у уставу и законима. Дакле, управо и само захваљујући правним нормама могуће је направити разлику између држава и било које друге друштвене организације. Држава, карактеристику државности има управо захваљујући праву, односно чињеници да је држава настала на основу права, да су односи у држави уређени на основу правних норми. Тако да држава, настаје, постоји и функционише једино на основу права.

3. СОЦИОЛОШКЕ (ФАКТИЦИСТИЧКЕ) ТЕОРИЈЕ

Социолошке теорије, исто као и нормативне теорије, имају неколико варијанти у Европи.

Тако, једни теоретичари фактицизма, сматрају да је право факат као и сваки други природни факат, на који се онда примењују законитости каузалитета, па се онда могу изучавати његови узроци и последице. Пошто по овим теоријама није било могуће направити разлику у односу на било које остале факте, јер је по оваквом схватању права немогуће направити разлику између плаћања пореза или отплате дуга, са једне стране, и давање новца разбојнику, са друге стране, онда је пронађен критеријум легалности аката у односу на оне који то нису, чињеницом везаности аката и односа за државу, па су се правним сматрали само они друштвени односи и она понашања људи која су везана за државу. Тако, совјетски теоретичари (после Октобарске револуције), као Стучка, који право дефинише као систем друштвених односа који одговара интересима владајуће класе, и као такви се налазе под заштитом државе, или Пашуканис који право одређује на сличан начин, али додаје да се суштина права односи на робноновчане односе.¹³

Даље, постоји варијанта, чији је представник Густав Радбрух, по којој право није норма, него такође један факат, чињеница, и то не било каква чињеница, него културна чињеница, па онда у том смислу, правна наука није наука која има задатак да открива узроке и последице људских радњи, односно утврђује каузалитете чињеница различитих људских понашања, него, правна наука треба да као културна наука утврђује смисао и значење људског понашања које право има као културна, односно духовна појава. Правна наука је по овој теорији емпиријска и нормативна наука, с обзиром

¹³ Р. Лукић, *op. cit.*, 44 - 45.

да је задатак правне науке да проучава право као културу одређеног друштва, али и да изучава конкретне прописе, њихове појмове и систематику.¹⁴

Овде би требало још навести и Шведски правни реализам, као теорију владајућу на северу Европе: у Данској, Норвешкој, Шведској и Финској, чији су представници Аксе Хегерштом (Axel Hagerstrom), Вилхел Лундстет (Vilhelm Lundstet), Алф Рос (Alf Ross) и Карл Оливекрона (Karl Olivecrona). Суштина ове теорије је да право представља образце понашања који су изражени у императивном облику. Ово нису заповести јер их нико конкретно не издаје, али једноставно, сматрају исти, да одређене опште идеје увек преовлађују као карактеристичне за сваку земљу, да се такве идеје схватају као обавезујуће, па их и народ поштује захваљујући веровању да је његова обавеза да слуша. Дакле, осећање обавезности је у стварности замишљена правна дужност. Одређене особе које поседују политичку власт, врше притисак на људе да ови поштују своје обавезе. На тај начин стварност, коју чини сила коју примењују званична лица и психолошка основа послушности, је таква да стварна примена силе углавном постаје непотребна.¹⁵

И на крају, као најутицајнију и најзначајнију теорију правца социолошких теорија (термин реализам се, поред скандинавских, најчешће везује за америчке правне теорије) можемо навести теорију француског теоретичара Жоржа Гурвича. По њему правно искуство се састоји од колективних радњи којима се признају одређене духовне вредности отелотворене у друштвеним чињеницама. Правда и правне вредности су најпроменљивији елементи од свих духовних манифестација. Право или правне регулације се разликују од свих осталих врста друштвене контроле, као што су моралне, религиозне, естетске или образовне. Међутим, у односу на остале заповести, посебно у односу на моралне заповести, правне заповести имају ограничени карактер. Правна регулација има билатерални или мултилатерални карактер, и садржај права има императивно – атрибутивну структуру. За разлику од правне регулације, која је увек колективна, морална, религиозна и естетска регулација, може бити и индивидуална и колективна. Да би правна регулација била делотворна, неопходно је да постоје друштвене гаранције. Извршење права није условљено прецизном спољном принудом, али право допушта да га принуда прати, за разлику од моралних или естетских захтева који искључују принуду као такву, док религиозне или моралне заповести искључују било какву могућност да принуда има прецизан или унапред утврђен карактер. На основу свега овога, Гурвич дефинише право као покушај да се у одређеним

¹⁴ Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980, 140-156; Стеван Врачар, *Преиспитивања правне методологије*, Службени лист, Београд, 2000, 192.

¹⁵ Роско Паунд, *Jurisprudencija*, Службени лист СРЈ, ЦИД, Београд – Подгорица, 2000, 153.

друштвеним околностима оствари идеја правде, кроз вишестрану императивно – атрибутивну регулацију коју чини веза између захтева и обавезе. Основа ова врсте регулације су нормативне чињенице, чији захтеви могу бити остварени и путем спољне принуде, али, та принуда се не сматра нужном.¹⁶

Дакле, социолошка теорија Жоржа Гурвича, јасно прави разлику између реалних аката – понашања по правним нормама, и самих правних норми. По овој теорији, за разлику од једног броја америчких правних теорија, правне норме се не свде на акте понашања по нормама. Али, кључна чињеница по којој се ова теорија разликује од нормативно – догматичке теорије се састоји у томе, што је по нормативно – догматичкој теорији једино држава у стању да ствара правне норме, док сви остали субјекти у друштви имају могућност да стварају правне норме само уколико им је правним поретком, који само држава може да створи, то дозвољено. По социолошкој теорији Жоржа Гурвича, у друштву постоје различити субјекти који имају могућност стварања права, па је на тај начин могућ и сукоб различитих правних оквира, односно могућ је сукоб обавезних правила која прописују различите групе, од којих неке могу бити веће или мање, шире или уже, итд. По нормативној концепцији је искључена свака могућност сукоба правних оквира, зато што је државно право једино право које у друштву постоји.

Социолошке теорије имају децентрализовани приступ формалним изворима права. Оне право не посматрају као начин централизованог управљања државом, него управо обрнуто: оне у праву виде форму кроз коју се успостављају односи између различитих субјеката у друштву, као начин социјалне интеракције, а са циљем идентификовања интереса различитих друштвених субјеката. Различити друштвени субјекти се путем права експонирају у друштву, а друштво им путем ширих правних оквира одређује начин на који могу остварити своје интересе.

Право по овој теорији није механизам путем којег држава управља друштвом или начин којим неко изван друштва одређује како се друштво треба понашати, него управо обрнуто: друштво се истиче у први план као субјекат који постоји сам због себе, а не због државе. Овим теоријама се наглашава покретљивост друштва, као медијума у којем сви остали шири и ужи субјекти остварују своје интересе. Држава и по овој теорији неспорно располаже најјачим капацитетом, али она нема начина, да своју супериорност, коју има захваљујући највећој сили којом располаже, искористи у конфликту са друштвом. Једноставно, држава је производ друштва, држава служи друштву, а не обрнуто. Друштво је живи организам

¹⁶ Жорж Гурвич, *Социологија права*, ЦИД, Подгорица, 1997, 61-67.

са свим својим различитостима које се рефлектују и у могућностима различитих субјеката да стварају право, а као последица њихових различитих интереса. Дакле, за разлику од нормативне теорије, по којој је право само идеја, не и понашање, и то идеја коју у форми правних аката издаје држава, по овој теорији право није само идеја, односно правило понашања него и реални акт, односно акт реалног понашања, и уз то, правне норме не ствара само држава него и остали друштвени субјекти.

4. ПСИХОЛОШКЕ ПРАВНЕ ТЕОРИЈЕ

Међу правним теоријама које право изводе на основу психолошких чињеница, психолошка теорија професора римског права Лава Петражицког (који је био пољак, али је живео и ради у Русији, а писао на немачком језику) заузима најзначајније место у Европи, али заузима истакнуто место и у свету. Петражицки истиче да савремена психологија разликује три елемената психичког живота, и то: спознају, осећање и вољу.¹⁷ Међутим, када је реч о психологији и другим наукама које се тичу психичких појава као што су наука о праву, моралу, држави и економији (Петражицки и економију сматра науком која изучава психичке појаве), потребно је извршити поделу на: 1) двостране, пасивно – активне доживљаје, и 2) двостране доживљаје, који се са своје стране деле на: а) једнострано – пасивне, спознајне или осећајне, и б) једнострано – активне, вољне.¹⁸ Односи између две стране, или везе између две стране које се састоје од обавеза које имају једни, а које су осигуране од стране других, по овој теорији су правни односи или правне везе.¹⁹

Према овој теорији, све се норме деле на две групе: моралне и правне. Моралне норме су императивне, код којих на једној страни постоји обавеза, док су правне оне норме код којих на једној страни постоји обавеза, а на другој захтев, и такве норме имају императивно – атрибутивни карактер.²⁰ Однос између императивности и атрибутивности правних појава је такав да императивност нема стални карактер, него је она одраз атрибутивне природе одговарајућих импулзија.²¹ Специфична природа правних, моралних и естетских појава је таква да се ове појаве међусобно и у односу на друге

¹⁷ Лав Јосифович Петражицки, *Теорија права и морала*, Службени лист СРЈ, ЦИД, Издавалка књижарница Зорана Соколовића, Београд, Подгорица, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999, 13.

¹⁸ *Ibid*, 14-15.

¹⁹ *Ibid*, 50-51.

²⁰ *Ibid*, 57.

²¹ *Ibid*, 66.

појаве разликују, не по основу интелектуалног, него по основу емоционалног садржаја.²²

Допринос ове теорији сазнавању феномена права се састоји у томе што је, као прво, њоме научно спознат нови елемент људске психе. Тако су се до тада као елементи психологије у науци наводили нагони, осећаји и воља, док је Петражицки је истакао да постоје и емоције, односно правне емоције које се јављају код људских чинидби (*prestatio*).

Даље, допринос ове теорије је што је њоме експлицитно постављена разлика између две врсте емоција. Прва врста емоција су императивне емоције, као емоције код којих постоји нагон или потреба да се некоме нешто учини или да, а да при томе онај којем се нешто чини или даје не може то захтевати. Овакве емоције су карактеристичне за морал. И друга врста емоције је она која постоји када одређено лице има атрибутивне емоције, односно има овлашћења да захтева одређено понашање, а лице од кога се захтева одређено понашање или давање неке ствари, је обавезно да то учини, односно, лице које је обавезно на неко чињење има императивне емоције. Овакве емоције су карактеристичне за право.

И, на крају, допринос Лава Петражицког је што је поставио разлику између официјелног права, као права које прописује држава, и интуитивног права, односно права које настаје спонтано у психи сваког човека. Поред овога, а као последица различитости друштвених група и структура постоје различита права у друштву, као што су дечије право, гангстерско право, право коцкарских друштава, религијско право итд.²³ Можемо да приметимо да се оваква типологија права касније јавља и код још неких европских теоретичара социолошке оријентације, као што је француски теоретичар Жан Пијеже.

5. ПОКУШАЈ САГЛЕДАВАЊА НАУЧНОГ ДОПРИНОСА НАВЕДЕНИХ ТЕОРИЈА

Без обзира на различите концепција и схватања од којих полазе наведене теорије, чињеница је да се право може на различите начине посматрати: као закон, судска одлука, извршење закона или одлуке итд.²⁴ Може се право посматрати и на начин синтезе сва три, или два елемента – да право обухвата емоције које су реализоване у правним нормама, да норме

²² *Ibid*, 75.

²³ *Ibid*, 618 – 619.

²⁴ Карл Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд, 2003, 5–8.

садрже наређења, која се у задњој фази остварују људским понашањима, или се право може посматрати као јединство идеја и људских радњи.²⁵

Међутим, ако сваки од наведених елемената посматрамо посебно и одвојено, оно што сваки правник зна је да сви ови елементи имају најдиректније везе са правом, без обзира да ли сваки од наведених елемената сматрамо довољним за објашњење права. На питање коме елементу треба дати предност: да ли императивно – атрибутивним емоцијама, правним нормама, или на крају људском понашању по правним нормама, то зависи од нашег личног убеђења, од филозофског става од којег полазимо или од практичних разлога, или од свега овога заједно, при чему може сматрати утицај једног фактора у односу на други већим или мањим.

Неспорно је да формирање правног става почиње са правним емоцијама, односно императивно – атрибутивним емоцијама. Управо због различитих емоција о томе колико и какво треба да буде нечије право и колика и каква треба да буде нечија обавеза, долази до правног спора између различитих субјеката права. Немају сви људи и групе исту представу о томе, док на формирање представе о томе утичу сви фактори који уопште утичу на формирање свих наших ставова у животу, па и правних ставова, а то су порекло, социјално окружење, породица, школа, лична интересовања и још много тога.

Разлика у правним емоцијама много мање долази до изражаја када су правни критеријуми егзактно постављени. Ако неко некоме направи материјалну штету, онда се можемо сложити око тога да штету треба надокнадити у оноликом износу у коликом је штета и причињена, мада и у оваквом случају, не морамо као правници бити једногласни, него висину штете коју треба надокнадити можемо доводити у везу са кривицом онога ко је штету учинио. Дакле и у грађанском праву, где постоје егзактни критеријуми, и који се неспорно могу применити, не постоји јединствен став по питању обима правне одговорности. Али се разлика у правним емоцијама се тек може приметити када се се ради о одговорности за кривично дело. Тада могу постојати битно различити ставови о томе како треба казнити учиниоца кривичног дела: да ли према њему треба применити одмазду, или применити казну која ће према њему да има ефекта социјалног преваспитања. У оба ова случаја правни ставови се могу битно разликовати, као нпр. разликажење по питању колика би била права мера одмазде, или колика би требала да буде казна да би имала ефекте социјалног преваспитања (између осталог и због тога се у Сједињеним америчким држава

²⁵ Како то тврди Стеван Врачар у делу: *Преиститивања правне методологије*, Службени лист, Београд, 2000.

за исто кривично дело казне могу разликовати у различитим савезним државама).

Такође, сви се ми слажемо да норме које издаје држава јесу правне норме, али, да ли можемо рећи да норме које прописује црква, које регулишу њену организацију и надлежност, као и њен однос према верницима, нису правне норме, или да норме разних друштвених организација, или мултинационалних компанија које утичу на светску привреду или путем којих, мултинационалне компаније заједно са државом креирају економију одређеног подручја, или чак и глобалну економију, нису обавезујуће норме. Са друге стране, колико се те организације и компаније морају прилагодити праву одређене државе, са једне стране, а колико оне саме са своје стране утичу на промену државног права, односно колика је мера утицаја једних на друге, то је посебно питање. Свакако да је овај однос двостран, па се не можемо задржати само на формалној анализи тога односа и извести коначну оцену да су сви друштвени субјекти дужни да поштују правне норме државе, када знамо да сви ови друштвени субјекти некада толико могу утичу на државу да у законима може много више бити садржана воља ових, неофицијелних субјеката, него аутентична воља оних који у име државе доносе законе. И на крају, не можемо рећи да право чине само норме, без обзира да ли су питању државне или друштвене норме, а да понашање не спада у област права. Ако то значи да правника треба да интересује само норма, али не и да ли се неко у стварности и заиста понаша по норми, онда се поставља питање колике би такав став имао везе са стварношћу?

Такође, ако говоримо о праву, за које знамо да није једноставна и једнострана појава, никако не можемо понашање одређеног лица објашњавати самим тим понашањем. Мора да постоји неки образац, односно норме, на основу којих би смо могли да утврдимо да ли је понашање некога у складу, или није у складу са правним нормама. Ако немамо правне норме, као што то правилно примећују нормативисти, ми онда не можемо да утврдимо разлику између плаћања пореза и давања новца као последицу изнуде, односно разлику између смртне казне и убиства. И управо та чињеница путем које поједине социолошке теорије одлазе у крајност фактицизма, па правно понашање покушавају да вреднују независно од правних норми, је уједно и највећа слабост крајњег фактицизма.

Дакле, с обзиром да се право не састоји само из једног елемената,²⁶ наго из најмање три, а можда и више, мислимо да је најбитније открити његове саставне и нужне елементе који су присутни у сваком праву, почев од античког, па до савременог права. Међутим, који ћемо његов саставни

²⁶ Право никада не можемо посматрати у једноме сегменту, како то чине традиционалне теорије, него увек у целости. – Stig Jorgenson, *Recht und Gesellschaft*, Göttingen, 1971, 7.

елемнат сматрати кључним и важнијим у односу на други, могуће је да то зависи од конкретних околности свакога друштва. У једном друштву може бити развијеније цивилно друштво, у другом религијске организације, у неком трећем је могућа јака улога државе која не оставља велику слободу друштвеним процесима, па онда таква права дефинисати као системе у којима једни елементи преовлађују у односу на друге. Али, схватање екстремног редукционизма, који иде до екстремизма, на начин да у праву види само један моменат, а остале искључује, не би смо могли да сматрамо научно потпуно основаним.

Sava AKSIĆ, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

THE MOST INFLUENCE THEORY IN EUROPE IN 20th CENTURY

Summary

In 20th century in Europe are established normative and sociology theory of Law, as a theory with many point o views in Europe. Normative theories are divided on normative – etatistic and normative – sociology theories of Law. The most original theory of Law is Psychology theory of law established by polish theorist Law Petrazicki, who set off difference between official and intuitive Law.

Keywords: *legal theories, normativism, facticism, psychologism.*

ЛИТЕРАТУРА

Врачар Стеван, *Преиспитивања правне методологије*, Службени лист, Београд, 2000.

Vix Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, Sweet & Maxwell, London, 1996.

Гурвич Жорж, *Социологија права*, ЦИД, Подгорица, 1997.

Jorgenson Stig, *Recht und Gesellschaft*, Göttingen 1971.

Келзен Ханс, *Чиста теорија права*, Гутембергова галаксија, Београд, 2000.

Лукић Радомир, *Теорија државе и права, II Теорија права*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београдски издавачки завод, Београд, 1995.

Паунд Роско, *Jurisprudencija*, Службени лист СРЈ, ЦИД, Београд – Подгорица, 2000.

Петражицки Лав Јосифович, *Теорија права и морала*, Службени лист СРЈ, ЦИД, Издавачка књижарница Зорана Соколовића, Београд, Подгорица, Сремски Карловци, Нови Сад, 1999.

Густав Радбрух, *Филозофија права*, Нолит, Београд, 1980.

Schmitt Carl, *Die Lage der Europäischen Rechts – Wissenschaft*, Internationaler Universitats-Verlag, Tübingen, 1950.

Карл Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд, 2003.

ПРАВНОЕКОНОМСКА ОБЛАСТ

Др Марко Димитријевић*

УТИЦАЈ СПОРАЗУМА О ЕВРОПСКОМ СТАБИЛИЗАЦИОНОМ МЕХАНИЗМУ НА РЕДЕФИНИСАЊЕ ПРИНЦИПА ЕВРОПСКОГ МОНЕТАРНОГ ПРАВА **

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте сагледавање утицаја Споразума о Европском стабилизационом механизму (ЕСМ) на редефинисање принципа европског монетарног права. У том смислу се у првом делу рада указује на разлоге оснивања ЕСМ, организациону структуру и механизме пружања финансијске подршке државама чланицама еврозоне. Посебно се сагледава поступак за додељивање финансијске помоћи и предуслови које државе чланице Економске монетарне уније морају кумулативно испунити сходно новим монетарним институтима дефинисаним ЕСМ.

У даљем тексту се утврђује правна природа ЕСМ, његова усклађеност са нормама примарног права, релативизовање принципа европског монетарног права у контексту забране колективне одговорности држава чланица за јавни дуг. Како Споразум о ЕСМ представља једну од мера у склопу нових институционалних модела макроекономског управљања у условима глобалне економске и финансијске кризе, његова неусклађеност са одредбама примарног права представља доказ сталне потребе европског законодаваца за дерогирањем монетарних норми, чија диспозиција подједнако мора штитити правну сигурност и економску стабилност, где је у случају ЕСМ, према мишљењу аутора, тренутни примат дат економској стабилности.

Кључне речи: монетарно право, Споразум о Европском стабилизационом механизму, *lex monetae*, *EU*, *no bailout* клаузула.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу
markod1985@prafak.ni.ac.rs

**Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (Д179046), који финансира Министарство просвете и технолошког развоја Републике Србије.

1. УВОД

Релативизовање домашаја базичних монетарних института у монетарном праву Европске уније у условима глобалне економске и финансијске кризе намећу потребу реформисања институционалних оквира монетарног и економског управљања у Економској и монетарној унији (ЕМУ). Институционални оквири новог економског управљања настали су изван оквира примарног права и аката секундарне легислативе и уобличени су одредбама Европског семестра, Споразума о конституисању Европског стабилизационог механизма и Споразума о стабилизацији, управљању и координацији у ЕМУ, који су *de facto* дерогирали чврсте принципе монетарног права у делу који се тиче забране колективне одговорности држава чланица за неуредно вођење јавних финансија и монетизацију јавног дуга као директне последице неефикасне политике управљања јавним дугом. Наиме, глобална дужничка криза указала је на слабости целокупне „међународне финансијске архитектуре“ (eng. *international financial architecture*) као генусног појма за примену финансијских стандарда у циљу избегавања последица великих рецесија (елиминацијом системских ризика) и конституисања посебних органа у националним законодавствима који би подстицали поштовање тих стандарда.¹ Поставка по којој је за очување стабилности евра довољно обезбедити опште услове за координацију економских политика показала се као недовољна. Неуспех у области примене монетарног права, ЕУ је покушала да исправи одређеним правним преседанима којима је пружила финансијску помоћ *Грчкој, Португалу и Ирској* током 2010. године, чиме је директно повредила одредбе примарног права којима се експлицитно забрањује колективно финансирање јавног дуга. Иако су оваква поступања била оправдана очувањем монетарне стабилности, која према нашем мишљењу. Има обележја глобалног јавног добра, правне последице кршења забране се не могу занемарити.

Концепт новог економског и монетарног управљања се заснива на редефинисању функционисања ЕМУ на принципу постизања широких консензуса различите садржине и специфичне правне природе.² Први значајан

¹ Mario Giovanoli, *The International Monetary Law: Issues for the New Millenium*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 3-4.

² У том смислу, поједини аутори предлажу приступ који се базира на *европском федерализму*, где се координација остварује финансијским трансферима од центра ка периферним тачкама. Такав институционални механизам значио би у пракси удаљавање од вредности традиционалних механизма економског управљања и промену нормативне основе за формирање репрезентативних политичких институција Уније. Вид. Vassilis Paliouras, “Why Europe Should Say No to the Proposed Framework of Economic Governance: A Legal and Policy Analysis in Light of the Establishment of the

корак ка успостављању нових институционалних механизма, представља Саопштење Комисије издато након преговора са Парламентом, Европским саветом, Саветом, Европском централном банком, Економским и социјалним комитетом и Комитетом региона, којим се ојачава процес координације.³ Конкретне мере које би требало предузети да би се процес координације ускладио са економским циљевима оснивачких аката обухватају: реформу Пакта о стабилности и расту и продубљену координацију фискалне политике, надзор над макроекономским поремећајима и развој конкурентности, успостављање Европског семестра и менаџмента за излазак из кризе.⁴ Централно место у реформи заузима ојачавање превентивног дела Пакта и потврда функције фискалних правила. У вези са припремом и подношењем програма конвергенције и стабилности, Комисија је предложила измену секундарног права у циљу постављања правног основа за полагање интересних депозита од стране држава које не воде на адекватан начин своје фискалне политике (а који би им био враћен када „поправе“ координацију). У вођењу фискалне политике посебну пажњу је требало посветити коришћењу средстава буџета ЕУ и кохезионој политици не би ли државе лакше могле да се превазиђу слабости структурне политике и друге изазове.

Благовремено уочавање узрока и облика макроекономских поремећаја јесте примарни услов за ефективно делање субјеката монетарног права. Из тог разлога је неопходно инкорпорирати методе финог притиска у постојеће механизме надзора на основу чл. 136. Уговора о функционисању ЕУ. Потребно је развити и квантитативне индикаторе на основу којих ће бити олакшан надзор у случају преласка критичних вредности и формулисања конкретних смерница државама чланицама које су највише погођене последицама кризе. Битан корак у успостављању новог економског система управљања представља и предлог Комисије о дефинисању јасних правила и кредибилних процедура које Унија и државе чланице морају покренути у случају последица кризе. Банкротство које су неке чланице ЕМУ претрпеле потврђује потребу постојања таквих правила која чувају макроекономску стабилност и спречавају наступање последица моралног хазарда. Занимљиво је да је у овом Саопштењу, Комисија по први пут изнела став о допуштености финансијске подршке државама у условима кризе под

European Stability Mechanism and the Euro Plus Pact”, *Touro International Law Review*, 2011, 3-6.

³ *Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, The Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the regions: Reinforcing Economic Policy Coordination*, COM (2010) 250 final, 1-8.

⁴ European Commission, *Mastering Economic Interdependence: Commission Proposes Reinforced Economic Governance in the EU*, Brussels, 12 May 2010, IP/10/561.

условом да је то неопходно ради опстанка ЕМУ. Управо је овај став Комисије о „заобилажењу“ чл.125. оснивачког акта у ванредним околностима, касније постао предмет контроверзног поступања Европског суда правде у случају Европског стабилизационог механизма. О новој архитектури ЕМУ може се говорити у *материјалном* и *формалном* смислу. Материјална димензија обухвата акције које су предузете у циљу пружања финансијске подршке чланицама Еврозоне и мере предузете у области надзора над националним буџетским политикама. Формална димензија обухвата мере које су настале као резултат прилагођавања и деловања норми примарног права и секундарног законодавства. Материјали аспект новог концепта управљања оличен је, по мишљењу Пола Крега (Paul Craig) „у секуларном триптиху код кога су прва два крила усмерена на подршку државама чланицама, док треће крило повезује прва два конкретним садашњим и будућим подстицајима“.⁵ Сходно наведеном, материјални аспекти су одређени одредбама Споразума о Европском стабилизационом механизму и Фискалним споразумом, док су формални аспекти уређени сетом законодавних мера у склопу Пакета шест и Пакета два. У пракси, формална димензија пресеца материјалну димензију нове архитектуре ЕМУ што је савим очекивано.

2. НОВЕ МЕРЕ ФИНАНСИЈСКЕ ПОДРШКЕ У ЕВРОПСКОМ МОНЕТАРНОМ ПРАВУ

Немогућност финансирања доспелих обавеза јавног дуга држава чланица захтевала је озбиљну реакцију Уније зарад очувања стабилности унутар еврозоне. Финансијске криза је утицала на драстично повећање удела јавног дуга у многим земљама чланицама еврозоне (табела 1). Подаци показују да је највеће прекорачење референтне вредности током 2010. године постојало у Грчкој (146.2%), Италији (115.3%), с тим што су висок удео јавног дуга имале и Белгија (99.6%), Ирска (86.8%), Португал (96.2%) и Француска (81.7%). Може се видети да је укупна висина јавног дуга на нивоу ЕУ износила чак 78.4 % БДП-а. У периоду од 2007-2009. године евидентан је пораст краткорочног дуга, јер се учесници на финансијском тржитиу опредељују за краткорочне пласмане, код којих је ризик неиспуњења обавеза (енг. *default risk*) нижи.⁶

⁵ Paul Craig, „Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications“, *The Constitutionalisation of European Budgetary Constraints*, eds. by M. Adams, F. Fabbrin and P. Larouche, Hart Publishing, Oxford, 2014, 20-25.

⁶ Срђан Голубовић, *Фискална правила у Европској монетарној унији*, Ниш, 2012, 143-144.

Табела 1.
Висина јавног дуга у земљама еврозоне (у % од БДП-а)

	005	006	007	008	009	010
Европска унија	1.8	0.4	7.8	1	3	8.4
Еврозона 19 земаља	9.2	7.3	4.9	8.5	8.3	3.8
Белгија	4.6	0.9	6.9	2.4	9.5	9.6
Данска	7.4	1.5	7.3	3.4	0.4	2.9
Немачка	6.9	6.4	3.6	5	2.5	1
Естонија	.5	.4	.7	.5	.6	.6
Ирска	6.1	3.6	3.9	2.4	1.8	6.8
Грчка	07.3	03.5	03.1	09.4	26.7	46.2
Шпанија	2.3	8.9	5.5	9.4	2.7	0.1
Француска	7.2	4.4	4.4	8.1	9	1.7
Италија	01.9	02.5	9.7	02.3	12.5	15.3
Кипар	3.2	9.1	3.9	5.1	3.9	6.3
Литванија	7.6	7.2	5.9	4.6	9	6.2
Малта	0.1	4.6	2.4	2.7	7.8	7.6
Аустрија	8.3	7	4.8	8.5	9.7	2.4
Португал	7.4	9.2	8.4	1.7	3.6	6.2
Словенија	6.3	6	2.7	1.6	4.5	8.2
Словачка	3.9	0.8	9.9	8.2	6	0.8
Финска	0	8.2	4	2.7	1.7	7.1

Извор: Eurostat, <http://europa.eu/eurostat/tom/table>, last update 23.03.2016.

Током маја 2010. године, Грчка је као једна од највише погођених земаља потписала споразум о мерама подршке у форми билатералног зајма

од држава чланица и Међународног монетарног фонда. Новчана помоћ у износу од 110 милијарди евра требала је да омогући реализацију програма економске и финансијске политике у наредном трогодишњем периоду. Предуслов додељивања помоћи је био да влада предузме све неопходне мере утврђене споразумом. Правна природа овог билатералног зајма је изазвала бројне полемике. Иако је формалноправно посматрано реч о билатералном уговору, мора се имати у виду да интересе држава у условима централизоване монетарне политике заступа Комисија. У том смислу је искоришћена правна празнина Уговора о ЕУ који експлицитно не забрањује такве уговорне арнажамане уколико су волунтарног карактера.⁷ У оправдању споразума, заузето је становиште да такав вид финансијске помоћи нема облик кредитирања дуга држава чланица (што је чл. 123. оснивачког акта стриктно забрањено) са образложењем да приликом закључивања зајма ЕЦБ и националне централне банке нису учествовале било посредно или непосредно. Када је у питању забрана колективног финансирања доспелих јавних дугова од стране чланица ЕУ заузет је став да се клаузула забране колективног јемства не односи на пружање финансијске подршке у форми уговора о зајму. Приметно је да пружене правне интерпретације неодољиво подсећају на изигравање суштине правних норми, њиховог циља и садржине. Дато тумачење представља изигравање интенције законодавца приликом регламентирања поменутих правила у вођењу заједничке монетарне политике. Иако је Заједница заузела став да у овом случају није дошло до кршења правних норми комунитарног права, ове еуфемистички назване мере финансијске подршке *de facto* представљају повреду материјалних норми комунитарног монетарног права и забрану начела меког буџетирања.

У оправданости кршења одредби примарног права морају се у обзир узети и *фактори политичке природе*. Наиме, у овом периоду је постојала реална опасност од ширења ефеката преливања, где би се последице лошег стања јавних финансија *Грчке* пренеле и на остале земље чланице. У том погледу, последице би прво осетиле државе које су економски биле мање стабилније од осталих (тада *Белгија, Шпанија, Италија, Португал и Ирска*). Са друге стране, како су повериоци јавног зајма *Грчке* биле реномиране европске банке, могло је доћи до стварања лошег угледа за европско банкарство. Мада изгледа да су првобитни зајмови били оправдани узимајући у обзир поменуте политичке последице, морамо се запитати да ли то значи да је у таквим околностима економска стабилност приоритетнија од правне сигурности која се тешко постиже и још теже одржава? Кршење примарног права у области координације економске политике и то базичних правних принципа из којих је развијена читава категорија општих и

⁷ P. Vassilis, *op.cit.*, 18-19.

посебних механизма координације, показује крхкост процеса и открива озбиљне правне празнине које су у условима глобализације апсолутно недопустиве, јер подривају постигнуте резултате.

2.1. Европски механизам за финансијску стабилност

Механизам за Европску финансијску стабилност конституисан је 11. септембра 2010. године.⁸ Правни основ конституисања овог посебног механизма координације економске политике је садржан у чл. 122. оснивачког акта који предвиђа могућност додељивања финансијске помоћи држави чланици, која се налази у финансијским потешкоћама или постоји реална могућност наступања таквих потешкоћа због околности на које држава не може утицати. Финансијска помоћ Уније може се одобрити у виду *зајма* или *кредитних линија* (што је значи да Комисија у име ЕУ може уговорати такве позајмице на тржиштима капитала или код међународних финансијских институција).

Поступак додељивања помоћи се састоји од *иницијативе* државе чланице за пружање помоћи и израде *програма прилагођавања*. Иницијатива се огледа у подношењу захтева од стране државе чланице за додељивање помоћи (која у сарадњи са Комисијом и ЕЦБ мора урадити детаљну процену финансијских проблема са којима се суочава). Услов додељивања помоћи јесте достављање *нацрта програма привредног и финансијског прилагођавања* Комисији и ЕКОФИНУ. Савет квалификованом већином на предлог Комисије решава о додели помоћи. Одлуком о одобравању зајма одређује се износ позајмице, рок доспелости, формула за одређивање цене, највећи број obroка у којима се врши исплата, период расположивости финансијске помоћи, као и услови опште економске политике повезане са финансијском помоћи Уније ради поновног успостављања здравих јавних финансија.⁹ Посебно значајан сегмент додељивања помоћи јесте закључивање тзв. *Меморандума о разумевању*, којим су детаљно одређивани општи услови економске политике. Овај акт се морао доставити Парламенту и Европском савету на увид. Пре додељивања саме помоћи, Комисија је у сарадњи са ЕЦБ на сваких шест месеци вршила контролу општих услова економске политике, где је Савет на њен предлог могао да донесе одлуку о

⁸ Council Directive 2010/407/EU of 12 May 2010 on European Financial Stability Mechanism, Official Journal of European Union, L118/1.

⁹ Council Directive 2010/407/EU of 12 May 2010 on European Financial Stability Mechanism, art.3. Одлука о одобравању кредитне линије је садржала износ, накнаду за располагање линијом, услове плаћања за ослобађање средстава и временско раздобље располагања финансијском помоћи.

накнадним прилагођавањима првобитних општих услова економске политике или да ревидира програм прилагођавања.¹⁰ Државе су биле у обавези да отворе посебне рачуне за располагање средствима финансијске помоћи код своје централне банке. Контрола у трошењу се вршила од стране *Рачуноводственог суда*, док је представник Комисије обављао технички и финансијски надзор ради заштите начела законитости у располагању позајмљеним средствима.¹¹

2.2. Европска финансијска установа

Европска установа за финансијску стабилност (ЕФУ) настала је у сарадњи Уније са Међународним монетарним фондом као привремени механизам који је формално постављен изнад институција ЕУ и требало је да функционише до 2013. године.¹² Средства Установе су обухватила и средства Европског механизма за финансијску стабилност у износу од 60 милијарди евра.¹³ Ова средства су била располагању само чланицама еврозоне, за разлику од средстава Европског механизма која су могла користити све земље чланице ЕУ.¹⁴ У том смислу је значајно указати на чињеницу да је укупан фонд Европске установе у форми обвезница био несразмеран износу зајмова који се могу одобрити из разлога што је требало гарантовати висок степен сигурности обвезница. Деловање Европске финансијске установе је требало да допринесе стварању уверења код инвеститора да ће државе о доспелости блоговремено испунити своје обавезе на име јавног зајма. Узимајући у обзир *чланове 122. и 125. Уговора о ЕУ* као правне основе настанка поменутих механизма финансијске подршке, тешко је утврдити да ли су се у пракси заиста стекли сви предвиђени услови за

¹⁰ Како би Комисија могла да реализује контролу усклађености општих услова економске политике државе чланице су биле обавезне да доставе све неопходне информације које Комисија затражи у том смислу.

¹¹ Крајем 2010. године, *Ирска* је добила позајмицу у износу од 85 милијарди евра, док су 2011. године помоћ добиле и *Грчка* и *Португал* (у износу од 80 милијарди евра).

¹² *European Financial Stability Facility, societe anonyme, Grand duche de Luxembourg*, Memorial C, June 2010, No.1189, 57026.

¹³ С. Голубовић, *op.cit.*, 154-155.

¹⁴ Укупна средства финансијске подршке обезбеђене од стране ЕМЗФС, ЕФУ и ММФ износила су 750 милијарди евра, од чега је ЕФУ требало да обезбеди 440 милијарди и ММФ 250 милијарди евра. Финансијски капацитет ЕФУ је до оснивања Европског стабилизационог механизма био лимитиран на 500 милијарди евра. Средства ЕФУ су као и у случају ЕМФС обезбеђивале државе чланице еврозоне (с тим што су нове чланице еврозоне то могле учинити на добровољној основи).

асистенцију комунитарног нивоа власти. Наиме, указује се, да иако глобална финансијска криза јесте изванредна околност на коју државе чланице нису могле утицати и имати контролу, остаје нејасно да ли су и финансијске потешкоће са којима су се суочиле последица кризе или последица неодговорног вођења националних економских политика.¹⁵ Члан 122. ст. 2 оснивачког акта односи се на пружање финансијске подршке од стране Уније, а не појединачних држава чланица. Ипак, то не значи да су позајмице од стране држава чланица у попуности искључене, јер клузула непозајмливања то експлицитно не забрањује. Пре потешкоћа са којим се суочила Грчка, *Литванија* која није чланица еврозоне је користила финансијску подршку нордијских земаља уз подршку ЕУ, ММФ-а и Европске банке за обнову и развој.¹⁶ Услед опречних резултата у координацији националних фискалних политика, питање јасног разлучивања поменутих финансијских потешкоћа постаје још комплексније. Фискална неодговорност влада, непоштовање фискалних правила и пренаглашена употреба јавног зајма као инструмента финансирања јавних расхода засигурно јесте допринела настанку финансијских потешкоћа, с тим што их је глобална криза додатно интензивирала. Питање јасног разлучивања у том контексту остаје без једностраног одговора због чега је правна природа настанка поменутих механизма и даље предмет бројних полемика.

3. ПРАВНА ПРИРОДА ЕВРОПСКОГ СТАБИЛИЗАЦИОНОГ МЕХАНИЗМА

Европска финансијска установа је трансформисана у Европски стабилизациони механизам пре предвиђеног рока. Како оснивачким актом није био предвиђен правни основ за конституисање једног таквог координационог механизма, било је потребно приступити одређеној ревизији норми примарног права. Решење је пронађено у допуни *чл.136. Уговора о ЕУ*, којим се сада стипулише да се чланицама еврозоне дозвољава успостављање стабилизационог механизма који се активира зарад очувања монетарне стабилности.¹⁷ Одлука Савета о формирању ЕСМ је ступила на снагу по тзв. поједностављеној процедури ревизије утврђене Лисабонским уговором (*члан 48. став 6. Уговора*). Поједностављена процедура ревизије

¹⁵ P. Vassilis, *op.cit.*, 21.

¹⁶ Jean-Victor Louis, The Non-bailout Clause and Rescue Packages, *Common Market Law Review* 47, 2010, 971-986.

¹⁷ *European Council decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is euro, 2011/1999/EU*, Official Journal of the European Union L91.

подразумева да у одређеним околностима Савет једногласно (након консултовања са Парламентом, Комисијом и ЕЦБ), одлучује о промени свих или појединих одредби утврђеним трећим делом Уговора о ЕУ који се тиче политика Уније и унутрашњих мера. Ступање одлуке Савета којом се значајно ревидирају одредбе примарног права захтевало је и ратификацију од стране представничког тела сваке чланице еврозоне. Европски стабилизациони механизам је коначно конституисан међудржавним споразумом који је закључен изван оквира примарног права ЕУ.¹⁸ Организациону структуру ЕСМ чини управни одбор, извршни одбор и генерални директор.

Управни одбор је састављен од представника које делегирају државе потписнице споразума.¹⁹ Свака држава именује по једног представника који је надлежан за послове јавних финансија и одређује његовог заменика. У раду овог тела учествују и чланови Комисије који су надлежни у сфери економских и монетарних питања, председник ЕЦБ и представници земаља које нису чланице Еврозоне у улози посматрача по позиву. Управни одбор пружа помоћ чланицама у прилагођавању економских политика, емисији акција и укидању хитних резервних фондова (*rainy funds*). *Извршни одбор* је састављен од представника које делегирају државе чланице и стара се о примени одлука управног одбора које морају бити усклађене са комунитарним правилима.²⁰ *Генералног директора* именује управни одбор међу кандидатима који имају националност државе чланице ЕСМ-а и поседују релевантно међународно искуство као и висок ниво стручности у економским и финансијским питањима. Због клаузуле инкомпатибилности интереса, за време трајања мандата, генерални директор не може бити члан управног или извршног одбора, нити обављати функцију њиховог заменика. Генерални директор је надлежан за текуће пословање и обавља функцију правног заступника ЕСМ.

Поступак аплицирања за пружање финансијске помоћи ЕСМ-а је строго формулисан. Држава чланица подноси захтев председнику управног одбора и наводи очекивани облик помоћи. Управни одбор потом поверава Комисији (по потреби и ЕЦБ) да испита да ли постоје претходни услови за додељивање помоћи. Ови услови се односе на: *процену постојања ризика за*

¹⁸ *Treaty establishing European Stability Mechanism, D/12/3*, Brussels, 1 February 2012, OJ L 91, 6.4.2011.

¹⁹ Одлуке у ЕСМ се доносе на основу узајамних споразума, по принципу квалификоване или просте већине у случајевима утврђеним Уговором. Приликом доношења одлука захтева се присуство најмање две трећине чланова са правом гласа како би се обезбедио неопходни легитимитет одлука. Уздржаност приликом гласања не утиче на сам процес доношења одлука, које и без тога ступају на снагу.

²⁰ *Treaty establishing European Stability Mechanism*, art. 5-7.

финансијску стабилност еврозоне у целини или држава чланица; процену одрживости јавног дуга и процену стварне или потенцијалне потребе финансирања конкретне државе чланице.²¹ Уколико су ови услови кумулативно испуњени, управни одбор налаже Комисији да започне преговоре са државом у циљу закључења меморандума о сарадањи (енг. *memorandum of understanding*). Овим актом се детаљно утврђују сви недостаци у сфери јавних финансија који се требају решити финансијском подршком. Упоредо са овим преговорима, генерални директор настоји да стипулише *предлог уговора о финансијској подршци* у коме се експлицитно разрађују сви услови пружања помоћи и обавезе уговорних страна. Поменути меморандум о разумевању мора бити усаглашен са мерама координације економске политике утврђених уговором о функционисању ЕУ, али и свим упозорењима, мишљењима, препорукама или одлукама које су на том плану усвојене. Комисија у име ЕСМ-а потписује споразум, док управни одбор разрађује конкретне услове додељивања помоћи и исплате прве транше помоћи.

Као што смо већ напоменули, финансијска подршка детерминисана је предузимањем јасно одређених услова на терену националне економске политике. Државе које уживају такву помоћ морају радити на имплементацији макроекономских планова стабилизације над којима надзор врши Комисија. Државе кориснице помоћи су обавезне да смање буџетски дефицит за довољно дуг период потребан за генерисање прихода за убрзавање привредног раста.²² Финансијска подршка се може одобрити у виду: директних кредита; куповине обвезница на примарном финансијском тржишту; подршке за докапитализацију финансијских институција; интервенције на секундарном финансијском тржишту и; програма предострожних мера.²³

Поред поменутих облика финансијске подршке, Споразумом о ЕСМ је предвиђена и *клаузула колективне акције* (енг. *collective action clauses*). Државе чланице морају од 1. јануара 2013. укључити ову клаузулу у новоemitоване хартије од вредности чији је рок доспелости дужи од једне године. Ratio ове клаузуле је да омогући повериоцима са највећим уделом да промене услове обвезница (у смислу реструктурирања дуга), при чему ова

²¹ *Ibid*, art. 12.

²² С. Голубовић, *op.cit.*, 156. ЕСМ може применом тзв. *стимулативних мера* спречити акумулацију јавног дуга. Ове мере подразумевају ниже каматне стопе као елемент поверења који уживају макроекономски програми стабилизације одређених држава, па самим тим утврђују адекватнију вредност обвезница те државе на финансијском тржишту.

²³ *Treaty establishing European Stability Mechanism*, art. 13-18.

клаузула обавезује и све мањинске повериоце.²⁴ Ова клаузула је конзистентна са клаузулама које постоје у англосаксонском и англоамеричком праву, преваходно *клаузули агрегације (aggregation clause)* која подразумева да се свим државним обвезницима посвећује подједнака пажња приликом закључивања споразума о јавном зајму.²⁵ Клаузула агрегације се налази у функцији омогућавања постојања квалификоване већине за праву промену услова отплате јавног дуга у околностима када је дужник инсолвентан. Механизам клаузуле колективне акције је практично омогућио партиципацију приватног сектора у политици управљања јавним зајмом, у околностима када држава доживи фискални мораторијум или се налази на прагу банкротства. Идеја о учешћу приватног сектора се први пут прожима у одредбама Европског семестра, али је правно конкретизована споразумом о ЕСМ као допунски инструмент постизања одрживости фискалног система Уније.

Значајно питање у вези са применом ЕСМ-а везује се за одсуство димензија транспарентности и демократске одговорности у поступку доношења одлука које представљају унутрашње вредности комунитарног метода. Највише нејасноћа је постојало у погледу природе разлога који су захтевали да се ЕСМ конституише посебним споразумом и у погледу његовог односа са Уговором о ЕУ. Овај координациони механизам настао је у циљу превазилажења правних, политичких и других препрека за пуно примену превентивних механизма у условима кризе. Уклањање препрека подразумева да се улога Комисије и ЕЦБ не сме свести на улогу пасивног посматрача у примени финансијске подршке, а да се улога Европског суда правде резервише само за случајеве предвиђење чл. 273. Уговора о ЕУ. Циљ ЕСМ јесте да закружи напоре у новим моделима економског управљања еврозоном и као такав он има несумљиву вредност, и поред чињенице да самом начину његовог настанка недостаје правни кредибилитет у пуном значењу те речи.²⁶

Услед правне неусаглашености Споразума о ЕСМ са одредбама оснивачких аката, представник ирског парламента, *Томас Прингл (Thomas Pringle)* је поставио питање да ли се одлуком Савета о промени чл. 136. Уговора о ЕУ државама чланицама намећу обавезе које су противуречне принципима функционисања и очувања ЕМУ. Врховни суд Ирске је ово

²⁴ С. Голубовић, *op.cit.*, 157.

²⁵ Марко Димитријевић, Управљање јавним зајмом: правно-економске последице по положај државе као дужника, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Бр. (63), Вол. 3, 2015, 110-112.

²⁶ D'Sa M. Rose, The Legal and Constitutional Nature of New International Treaties on Economic and Monetary Union from the Perspective of EU Law, *European Current Law*, Issue 5, 2012, 20-21.

питање проследио Европском суду правде, који је приликом решавања заседао у пуном саставу. Суд је у овом предмету заузео став да не постоји експлицитна одредба Уговора о ЕУ и Уговора о функционисању ЕУ, којом се забрањује било посредно или непосредно закључивање и ратификација споразума о ЕСМ.²⁷ Такође, Суд је стао на становиште Споразумом о ЕСМ нису повређене одредбе првог дела Уговора о функционисању ЕУ, који утврђује надлежност Заједнице у области монетарне политике. Циљ заједничке монетарне политике јесте постизање ценовне стабилности, док је је *ratio* ЕСМ финансијска стабилност еврозоне у целини. ЕСМ је координациони инструмент који се примењује у области опште економске политике коју воде државе чланице и њиме се не задире у домен централизоване монетарне политике. Суд је био мишљења да ЕСМ у начелу обухвата скуп инструмената и мера којима се постиже ближа координација и надзор у сфери економске и фискалне политике и да његови ефекти на монетарну политику остају посредни и секундарног значаја.²⁸

Суд је, истовремено, заузео јасан став у погледу питања промене надлежности институција у процесу координације, наглашавајући да споразум о ЕСМ не доводи у питање њихове раније утврђене ингеренције. Строго формализовани поступак додељивања финансијске помоћи је постављен у функцији очувања права ЕУ у делу који се тиче координације економских политика држава чланица. Занимљиво је образложење Суда у вези са изградом макроекономских програма стабилизације, при чему се наводи да се њима не конституише нов механизам координације, већ се само гарантује да сви задаци ЕСМ-а буду компактибилни са *non-bailout* клаузулом.

Суд правде је, такође, сматрао да примена Споразума о ЕСМ не може угрозити имплементацију или садржину правила комунитарног права. У погледу кршења забране меког буџетирања, Суд је нагласио да се та правила односе на банке, не и на државе чланице. Посматрано са аспекта општег принципа ефективне судске заштите, Суд је утврдио да државе чланице приликом закључења Споразума о ЕСМ нису примениле право ЕУ (већ национално право) због чега се нема места тврдњи да је ЕСМ угрозио имплементацију поменутог принципа.

Примена ЕСМ-а је била условљена ратификацијом немачком парламенту. *Немачка* је као водећа земља ЕУ имала највећи удео у фонду

²⁷ *Thomas Pringle vs. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General, Judgment in Case C-3370-12, Court of Justice of European Union, Press release No 154/12, Luxembourg, 27 November 2012.*

²⁸ *Ibid.*

ЕСМ који је износио 27% (односно 192 милијарди евра).²⁹ Уколико се присетимо да се управо Немачка залагала за строгу забрану колективног финансирања дугова, није изненађујуће зашто се појавила бојазан да би чланице са незадовољавајућим резултатима у координацији могле уживати на рачун фискално одговорних држава. Иако је Бундестаг касније усвојио законе о ратификацији Споразума о ЕСМ, ова одлука је иницирала подношење колективне тужбе (40 000 грађана) Уставном суду услед доживљавања дужности плаћања пореза за финансирање ЕСМ као неуставне и противзаконите. Овај захтев је био допуњен саопштењем немачке централне банке да се делатност ЕСМ-а у виду куповине обвезница може третирати као облик монетизације јавног дуга. Уставни суд Немачке је потврдио закон о ратификацији уз одређене модификације дате ради заштите интереса грађана Немачке. Ови услови се односе на строго ограничавање финансијског терета Немачке на њен удео у фонду ЕСМ и одлучивање савезног парламента о евентуалним додатним средствима, као и релативизовање дужности чувања пословне тајне запослених у ЕСМ (која не сме бити у супротности са савезним представничким телом) и клаузулу неучествовања у раду ЕСМ, уколико то угрожава националне привредне интересе.³⁰ Такође, Уставни суд је модификовао закон о ратификацији на начин да исплату новца ЕСМ мора претходно одобрити стални немачки представник у ЕСМ не би ли све било у складу са нормама међународног монетарног права. Стални немачки представник је превходно обавезан да делује у складу са интересима немачког парламента, али у самој пресуди није јасно прецизирано да ли је неопходна сагласност савезног парламента или је довољна сагласност парламентарног одбора надлежног за питања буџета.

Поједини аутори су схватања како је Споразумом о ЕСМ створена својеврсна *трансферна унија* која се базира на редистрибуцији економског богатства између чланица еврозоне и као таква подрива успех које су земаље постигле у координацији економске политике. Настанак ЕСМ, у ширем смислу посматрано, своје оправдање налази у начелу супсидијарности као темељном принципу координације економске политике. Принцип солидарности се као допунски принцип у концепту економске политике реализује кроз кохезиону политику, формирање структурних фондова, међурегионалне пројекте и унутар заједничких политика (примарно пољопривредне политике). У ЕМУ не постоји правни основ за даље

²⁹ Немачки удео се састоји од 22 милијарди евра обезбеђених из сопствених средстава и 170 милијарди позајмљених средстава.

³⁰ *BVefG, Case No. 2 BvR 1390/12 (partly separated as 2 BvR 2728/13), judgment on Septembre 12 2012.*

трансфере капитала, због чега комунитарни органи приликом обликовања мера за излазак из кризе морају поштовати чл. 122. ст. 2 Уговора о ЕУ.³¹

4. ЗАКЉУЧАК

Утицај Споразума о ЕСМ на дерогирање норми европског монетарног права, према нашем мишљењу, представља значајан преседан који се може оправдати потребом за очувањем јавних добара у условима кризе, али без опасности по урушавање идеологије и главних монетарних таргета на којима почива монетарни систем Уније у условима централизоване монетарне политике. Услов опстанка економске и монетарне уније јесте да се управљање и одлучивање врати под „*окриље*“ демократских процеса и надлежност заједничких органа. Става смо да то је могуће искључиво усклађивањем нових институционалних механизма економског управљања са одредбама примарног права и актима секундарне легислативе уз подједнако респектовање принципа проистеклих из обичајног права и јудикатуре, како Европског суда праве, тако и праксе националних судова држава чланица. Спорни легитимитет ЕСМ-а произилази и из неучествовања Европског парламента у процесу његовог доношења. Сматрамо да је тиме озбиљно угрожен напредак процеса деловања и примене европског монетарног права у коме наднационално представничко тело мора имати кључну улогу ради обезбеђивања транспарентности и демократског легитимитета целом поступку.

³¹ Mathias Ruffert, „The European Debt Crisis and European Union Law“, *Common Market Law Review*, Number 48, 2011, 1791-1793.

Marko DIMITRIJEVIĆ, LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

IMPACT OF THE EUROPEAN STABILITY MECHANISM ON REDEFINING THE EUROPEAN MONETARY LAW PRINCIPLES

Summary

The subject of analysis in this paper is to review the impact of the European Stability Mechanism (ESM) on redefining the principles of European Monetary Law. In this regard, in the first part of the paper, it points out the reasons for the establishment of the ESM, the organizational structure and mechanisms for providing financial support to member states of the eurozone. Specifically, it considers the procedure for granting financial assistance, the preconditions, which Member States of the Economic Monetary Union should cumulatively fulfilled in accordance with new monetary institutions defined by ESM. Hereinafter, it determining the legal nature of ESM, its compliance with the norms of primary law and prohibition of collective responsibility for public debt (no bailout clause). How ESM represents one of the measures within the new institutional model of economic governance in terms of the debt crisis, its non-compliance with the provisions of primary law constitutes a proof of the continuing needs of European lawmakers for derogation monetary standards, whose dispositions must protect both legal certainty and economic stability, which in the case of ESM, according to the author, the current primacy is given to economic stability.

Key words: monetary law, European Stability Mechanism, lex monetae, EU, bail-out clause.

ЛИТЕРАТУРА

BVefG, Case No. 2 BvR 1390/12 (partly separated as 2 BvR 2728/13), judgment on Septembre 12 2012.

Giovanoli Mario (eds), *The International Monetary Law: Issues for the New Millenium*, Oxford University Press, 2000.

Голубовић Срђан, *Фискална правила у Европској монетарној унији*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2012.

Димитријевић Марко, „Управљање јавним зајмом: правно-економске последице по положај државе као дужника“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Бр. (63), 2015, 110-112.

European Commission, *Mastering Economic Interpendance: Commission Proposes Reinforced Economic Governance in the EU*, Brussels, 12 May 2010, IP/10/561.

European Council decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is euro, 2011/1999/EU, Official Journal of the European Union L91.

European Financial Stability Facility, *societe anonyme*, Grand duche de Luxembourg, Memorial C, June 2010, No.1189, p 57026.

Louis Victor-Jean, “The Non-bailout Clause and Rescue Packages”, *Common Market Law Review* 47, 2010, 971-986.

Paliouras Vassilis, “Why Europe Should Say No to the Proposed Framework of Economic Governance: A Legal and Policy Analysis in Light of the Establishment of the European Stability Mechanism and the Euro Plus Pact”, *Touro International Law Review*, 2011, 3-6.

Rose M. D'Sa M., “The Legal and Constitutional Nature of New International Treaties on Economic and Momentary Union from the Perspective of EU Law”, *European Current Law*, Issue 5, 2012, 20-21.

Ruffert Matthias, *The European Debt Crisis and European Union Law*, *Common Market Law Review*, Number 48, 2011, 1791-1793.

Treaty on Forming and Functioning European Union (Treaty on Amsterdam) of 02.10.1997, OJ C 340 of 10.11.1997.

Treaty establishing European Stability Mechanism, D/12/3, Brussels, 1 February 2012, OJ L 91, 6.4.2011.

Thomas Pringle vs. Government of Ireland, Ireland, The Attorney General, Judgment in Case C-3370-12, Court of Justice of European Union, Press release No 154/12, Luxembourg, 27 November 2012.

Craig Paul, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in „The Constitutinalisation of European Budgetary Constraints“, eds. by M. Adams, F. Fabbrin and P. Larouche, Oxford: Hart Publishing, 2014.

Communication from the Commission to the European parliament, the European Council, The Council, the European Central Bank, the Economic and Social Committee and the Committee of the regions: Reinforcing Economic Policy Coordination, COM (2010) 250 final.

Council Directive 2010/407/EU of 12 May 2010 on European Financial Stability Mechanism, Official Journal of European Union, L118/1.

Др Сузана ДИМИЋ*

ФИСКАЛНА ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА У ЗЕМЉАМА СУКЦЕСОРИМА СФРЈ

Апстракт: Са развијањем демократских процеса, чији је циљ да се ојача аутономија локалних власт, главни тренд у области јавних финансија је децентрализација фискалних функција. Процес фискалне децентрализације би требало да омогући остваривање аутономије нижих нивоа власти - регионалне и локалне у домену јавних прихода и јавних расхода.

Циљ фискалне децентрализације је да се постигне финансијска и политичка равнотежа у односима између фискалних органа централне и субцентралне власти како би се обезбедило оптимално вршење функција које су им уставом и законом поверене, што претпоставља одговарајућу расподелу неопходних средстава.

Кључне речи: фискална децентрализација, пореска аутономија, јединице локалне самоуправе

1. ОСВРТ НА ОСНОВНА ПИТАЊА ФИСКАЛНЕ ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈЕ

Јачање финансијске аутономије локалних јединица у земљама са европских простора добило је одраз у доношењу **Европске повеље о локалној самоуправи**¹ (акт Савета Европе, ступио на снагу 1988. године, ратификовао га највећи број земаља чланица). Члан 9. Европске повеље, који се односи на локално финансирање, у складу са основним постулатима савремене фискалне теорије, препоручује да би јединице локалне самоуправе требало да имају право на адекватна *сопствена финансијска средства* којима слободно располажу. На приходној страни посматрано, како је улога пореза у обезбеђивању средстава за финансирање свих, па и нижих нивоа власти незаобилазна, велики значај у фискалној теорији се даје **пореској аутономији**.² У првом реду, пореска аутономија зависи од расподеле пореских овлашћења.

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

¹ Поред Европске повеље, други значај документ је Светска декларација о локалној самоуправи (из исте године).

² Пореска аутономија је показатељ самосталности (аутономности) нижих нивоа власти у регулисању материје опорезивања, у припадности пореских прихода и у

Заснивање фискалне децентрализације на сопственим приходима је изузетно важно јер омогућава **остваривање принципа корисности опорезивања**, који подразумева да за већи обим пружених локалних јавних добара локално становништво плаћа веће порезе.³ Фискална децентрализација одсликава савремене тенденције где, са развојем демократског друштва, држава не наступа само као носилац *jus imperium*-а, већ све више постаје пружалац јавних услуга грађанима. Отуда начело еквиваленције, које подразумева плаћање јавних прихода према корисности (*benefit principle*), долази до изражаја на локалном нивоу, јер као најближи грађанима је у могућности да открије њихове преференције. Удео појединца у трошковима пружања јавних услуга, тзв. *индивидуалне пореске цене* (*Линдалове цене*)⁴ подразумева успостављање одређеног односа између опорезивања и корисности од употребе јавних добара по принципу *do ut des*. Наравно, код пореза се не може говорити о конкретној противуслугу,⁵ али на локалном нивоу долази до изражаја потреба за успостављањем оптималне комбинације пореза и расхода. Свака локална јединица се труди да обезбеди такву комбинацију пореза и јавних добара која даје највиши могући фискални резидуал (*fiscal residuum*), који представља разлику између користи и трошкова државних активности.⁶ Фискална аутономија локалних власти је добра база за остваривање њихове одговорности за прикупљање и трошење прихода. Препуштање одређених овлашћења у погледу регулисања елемената појединих пореза пружа се могућност локалном нивоу да преузме одговорност, чиме се постиже ефикасније трошење расположивих средстава. Кроз могућност да контролишу висину пореског терета (путем одређивања висине пореске стопе), на приходној страни, и висину трошкова пружања јавних услуга, на расходној страни, настаје пореска конкуренција између различитих локалних јединица. Према Тајбаутовој хипотези (*Tiebout 1956*), уз претпоставку мобилности грађана и производних фактора и њиховом

располагању њима. Нав. према: Воžидар Јелчић et al., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002, 538.

³ Милева Анђелковић, „Фискална децентрализација у Републици Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 51, 2008, 49.

⁴ У *Линдаловом моделу* (Lindahl 1919), који полази од претпоставке да привредни субјекти на основу одређене расподеле пореза планирају укупну количину јавног добра, пореска цена означава граничну спремност пореских обвезника да плате јавно добро. Нав. према: Dieter Brummerhoff, *Javne financije*, Mate, Zagreb, 2000, 80-81.

⁵ Порезима се финансирају конкретне користи, као што су одбрана територијалног интегритета државе, унутрашња сигурност, правосуђе, али су у односу на кориснике појединачно неодређене користи. Порези јесу цена одређеним услугама, али пружање тих услуга није везано за конкретног појединца. Види: В. Јелчић et al., *op. cit.*, 550.

⁶ D. Brummerhoff, *op. cit.*, 494.

располагању информацијама о локалном буџету, разлике у висини локалних буџета утичу на понашање домаћинстава и привредних субјеката. Они могу "гласати ногама", односно, одлучити да промене пребивалиште или седиште привредне активности у складу са својим преференцијама према јавним добрима и према пореском оптерећењу повезаном са тим јавним добрима.⁷

Основу за локално финансирање, поред пореза на имовину, чине **други непорески приходи**, попут разних врста такси, разних облика накнада.⁸ Код таксе се сради о противнакнади за јавну услугу, нематеријалне природе која се пружа по захтеву појединца или правног лица. Основ за плаћање таксе лежи у тој посебној користи коју појединац има од конкретне радње државног органа. Таксе служе за измирење трошкова или дела трошкова проузрокованих том радњом.⁹ Висина различитих врста накнада се утврђује у еквивалентном износу према трошковима одржавања и унапређивања употребних својстава тих добара и по правилу не постоји могућност за индивидуализовање степена коришћења тих добара.¹⁰ Међутим, без обзира на различитост ове групе локалних јавних прихода, њихова општа карактеристика је у израженијем присуству принципа корисности у односу на порезе. Свакако, код пореза постоји корисност плаћања, али не појединачна, него "општа". Непорески приходи представљају цену за појединачне користи које од обављања јавних функција имају одређени појединци или групе.¹¹ Код ових прихода управо постоји тај непосреднији однос према користи од пружених локалних јавних услуга, због чега их модерна теорија локалних финансија и препоручује.¹² Модел корисности локалних финансија (*Benefit model*) подразумева да локалне власти треба да обезбеде пружање оних јавних услуга за које су грађани спремни да плате.¹³

⁷ *Ibid*, 495.

⁸ За ову групу тих различитих врста непореских јавних прихода често се користи заједнички назив - корисничке накнаде; нпр. В. Јелчић, *op.cit.*, 549-552; Richard M. Bird, „Threading the Fiscal labyrinth: Some Issues in Fiscal Decentralization“, *National Tax Journal*, Vol. 44, No 2, 1993, 211-221.

⁹ Јован Ловчевић, Институције јавних финансија, Београд, 1991, 63.

¹⁰ Божидар Раичевић, *Јавне финансије*, Београд, 2008, 277.

¹¹ В. Јелчић et al., *op.cit.*, 552.

¹² R. M. Bird, *op.cit.*, 221.

¹³ *Ibid*, 211.

2. ФИСКАЛНА ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈА У ЗЕМЉАМА СУКЦЕСОРИМА СФРЈ

За разлику од осталих земаља у транзицији, које карактерише висок степен централизације у периоду социјализма, у СФРЈ је постојала децентрализација. У тадашњем, тзв. систему друштвених прихода, за који се може рећи да је представљао праву "џунглу" пореза и доприноса, јер је велики број субјеката имао овлашћење да уводи приходе, фискални суверенитет су имали сви нивои власти (федерација, републике, покрајине и локалне јединице самоуправе). У оквиру привредних реформи, до које је дошло након распада СФРЈ и стварања сопствених држава, бивше републике су кренуле у самостално стварање својих фискалних система. У погледу расподеле фискалних овлашћења, доминантну улогу су добили централни нивои власти.

Попут осталих држава сукцесора СФРЈ, Хрватска је у процесу стварања своје државности имала централизован систем државне управе. Тек 2001. године, започета је децентрализација променама у систему локалне и регионалне самоуправе, када су поједине функције (образовање, здравство, социјална заштита, ватрогаство) прешле на ниже нивое власти. Општи институти и начела финансирања локалне и регионалне самоуправе садржани у ратификованој Европској повељи и Уставу Хрватске, детаљно су регулисана посебним законом.¹⁴ Јединице локалне и регионалне самоуправе се финансирају из изворних и заједничких прихода и дотација из државног и жупанијског буџета.

Табела 1. Приходи јединица локалне и регионалне самоуправе у Хрватској

изворни приходи жупаније	изворни приходи општине и града
<i>жупанијски порези:</i>	<i>општински, одн.градски порези:</i>
- порез на наслеђе и поклон	- прирез порезу на доходак
- порез на моторна возила	- порез на потрошњу *
- порез на пловила	- порез на куће за одмор
- порез на аутомате за забавне игре	- порез на фирму
	- порез на коришћење јавних површина
<i>остали приходи жупаније</i>	<i>остали приходи општине и града</i>
- приходи од сопствене имовине	- приходи од сопствене имовине
- новчане казне и одузета имовинска корист за прекршаје које сами пропису	- новчане казне и одузета имовинска корист за прекршаје које сами пропису
	- административне и боравишне таксе
	- комуналне накнаде, доприноси и друге накнаде

¹⁴ Закон о financiranju jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave, „NN“ 117/93, 69/97, 33/00, 73/00, 127/00, 59/01, 107/01, 117/01, 150/02, 147/03, 132/06, 26/07, 73/08, 25/12.

- други приходи утврђени посебним законом	- други приходи утврђени посебним законом
уступљени приходи жупаније удео у приходима од пореза на доходак**	уступљени приходи општине и града удео у приходима од пореза на доходак** 60% пореза на промет непокретности

* Порез на потрошњу који могу увести јединице локалне самоуправе у Хрватској се плаћа на потрошњу алкохолних пића, вина, пива и безалкохолних пића у угоститељским објектима и плаћају га физичка и правна лица власници ових објеката (чл. 31. Закона о финансирању јединица локалне и подручне (regionalne) самоуправе).

** Јединицама локалне и регионалне самоуправе припадају приходи од пореза на доходак у процентима који су детаљно регулисани законом (чл. 45. ст. 4-7. Закона о финансирању јединица локалне и подручне (regionalne) самоуправе).

Извор: Чл. 4, 5, 29. и 30. Закона о финансирању јединица локалне и подручне (regionalne) самоуправе; систематизација аутора.

Општине и градови имају право да уводе прирез порезу на доходак обезвницима пореза на доходак са свог подручја. Приходи прикупљени наплатом приреза су изворни приходи јединица локалне самоуправе, јер припадају општини или граду на чијој се територији налази пребивалиште или боравиште обезвника приреза. Стопе утврђују јединице локалне самоуправе до висине горње границе које су прописане законом у следећим износима:

- за општину - стопа до 10%
- за град испод 30.000 становника - стопа до 12%
- за град изнад 30.000 становника - стопа до 15%
- за град Загреб - стопа до 30%.¹⁵

Посматрајући у табели приказане приходе јединица локалне и регионалне самоуправе може се начелно закључити да постоји адекватан нормативни оквир локалног и регионалног финансирања у Хрватској. У првом реду кроз обезбеђивање изворних прихода стварају се претпоставке за остваривање фискалне аутономије нижих нивоа власти. Такође, давање овлашћења за увођење сопствених пореза (жупанијских, градских и општинских) представља одговарајућу основу за успостављање пореске аутономије. Анализе којима се литература бавила у протеклом периоду, који је претходио постојећим законским решењима, нису упућивале на позитивне

¹⁵ Чл. 30а. Закона о финансирању јединица локалне и подручне (regionalne) самоуправе

закључке у погледу фискалне децентрализације у Хрватској.¹⁶ По свим, уобичајено коришћеним показатељима, фискална децентрализација у Хрватској се налазила испод просека ЕУ и земаља у транзицији.¹⁷ У структури локалних прихода, показатељем коришћеног уобичајено за мерење степена фискалне децентрализације, доминирали су сопствени приходи. То се на први поглед чинило позитивним, имајући у виду низак удео трансфера. Међутим, главни разлог високог удела сопствених прихода било је велико учешће непореских прихода а не "квалитетнији" порески приходи.¹⁸ Упоређивањем новијих података може се закључити да су измене законских решења у погледу финансирања јединица локалне и регионалне самоуправе имале позитивног помака у обезбеђивању фискалне децентрализације. Према подацима из 2012. године,¹⁹ у укупним приходима јединица локалне самоуправе пореским приходима припада највећи удео у износу од 62,7%. Доминантно место у структури локалних пореских прихода има учешће прихода од пореза и приреза порезу на доходак од 91,3%.

Због различитих административних, фискалних и других капацитета општина, централна власт у **Македонији** је постепено преносила надлежности и фискална овлашћења на ниже нивое власти. У првој фази фискалне децентрализације, започете 2005. године, општинама је поверено вршење неких функција и обезбеђена одређена средства. Посебна комисија, Комисија за праћење развоја система финансирања општина, прати напредак сваке општине појединачно у испуњавању услова за прелазак у другу фазу децентрализације, са којом је започето 2007. године. Само општине које испуњавају услове прописане законом²⁰ прелазе у другу, последњу фазу децентрализације, где им се, поред проширења функција, обезбеђују додатни извори прихода. За успешно остваривање реформе у преношењу финансијских права и фискалних овлашћења потребно је успостављање

¹⁶ Вид. Helena Blažić, „Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj: usporedna analiza s Europskom unijom i zemljama u tranziciji“ *Ekonomska decentralizacija i lokalna samouprava*, Ekonomski fakultet Rijeka, 2004, 255-259; Tereza Rogić Lugarić, Aleksandra Maksimovska Veljanovski, „Samoporezivanje kao izvor financiranja lokalnih jedinica - hrvatska i makedonska iskustva“, *Zbornik Pravnog fakulteta*, Zagreb, 61(2), 2011, 396-397.

¹⁷ H. Blažić, *op.cit.*, 259.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Godišnje izvješće 2012, Ministarstvo financija, Republika Hrvatska, 50.

²⁰ Услови које општина треба да испуни да пређе у другу фазу фискалне децентрализације су: да испуњава услове из прве фазе, да има сопствени кадровски капацитет за финансијско управљање, да показује добре финансијске резултате у периоду последња 24 месеца, да правилно и правремено извештава Министарство финансија и нема неизмирених обавеза према повериоцима, чл. 46. ст. 2. Закона за финансирање на единиците на локалната самоуправа, „Сл. весник на Република Македонија“, бр. 61/04.

система контроле и мониторинга од стране централних органа. У спровођењу процеса фискалне децентрализације држава треба да пружи неопходну подршку и помоћ локалним органима, која се састоји од финансијске, техничке и стручне помоћи, као и да обезбеди координацију активности локалних органа.²¹

Табела 2. Приходи јединица локалне самоуправе у Македонији

изворни приходи
локални порези - порез на имовину - порез на наслеђе и поклон - порез на промет непокретности и права
остали приходи - локалне таксе - локалне накнаде - приходи од властништва - приходи од донација - приходи од новчаних казни - приходи од самодоприноса
уступљени приходи - приходи од пореза на доходак *
дотације - дотације из прихода од пореза на додату вредност ** - наменске дотације - блок дотације*** - капиталне дотације - дотације за делегиране надлежности

* Јединицама локалне самоуправе припада део пореза на доходак у следећим процентима:

- 3% од пореза на доходак на лична примања физичких лица припада општини на чијој територији се налази њихово пребивалиште или боравиште;

- 100% од пореза на доходак физичких лица која обављају занатску делатност припада општини на чијој територији је регистрована та делатност.

** Дотације из прихода од пореза на додату вредност се расподељује у износу од 3% од укупно наплаћеног ПДВ у држави у прошлој

²¹ Александра Максимовска Вељановски, „Правила за фискална децентрализација“, *Ренесанса финансија, Зборник радова у спомен проф. др Миодрагу Матејићу* (уред. М. Јовановић, М. Анђелковић), Правни факултет у Нишу, 2004, 131.

фискалној години, према броју становништва и другим критеријумима прописаним посебном уредбом.

*** Блок дотације добијају јединице локалне самоуправе за надлежности у области основног и средњег образовања, здравствене заштите (јавне здравствене заштите и примарне неге), културе и социјалне заштите и заштите деце, под условом да су успешно завршиле прву фазу децентрализације (вид.: чл. 46. ст. 1. Закона за финансирање на единиците на локалната самоуправа).

Извор: чл. 4; 5. ст. 2; 8. ст. 2; 9. ст. 2. и 3. Закона за финансирање на единиците на локалната самоуправа; систематизација аутора.

У првој фази, која је означила пренос појединих функција у локалну надлежност, општине су имале право на приходе од имовине, донације од ПДВ, донације од пореза на доходак и наменске дотације. Тек уласком у другу фазу фискалне децентрализације, стичу право и на остале приходе који су прописани законом. Највећи напредак у погледу нових финансијских овлашћења представља право скупштине општине да утврди висину стопе локалних пореза - пореза на имовину у границама предвиђеним законом.²² Као последица остваривања по фазама, фискална децентрализација се није одвијала једнаким темпом у свим општинама.²³ Постојање различитих степена фискалне аутономије појединих општина, познатих у теорији као *асиметрична фискална децентрализација*, омогућио је прилагођавање фискалне децентрализације финансијским и административним капацитетима општина. Неразвијене општине остварују право на наменске трансфере и налазе се под сталном контролом централне власти. Само општине које су показале напредак имају већи степен фискалне аутономије, стичу право на друге сопствене приходе (локалне порезе, локалне таксе, локалне накнаде) и на трансфере опште намене. Асиметрични приступ се показао успешним у Македонији, јер је уочен значајан напредак у финансирању локалног нивоа у односу на претходни период. Постепени пренос надлежности у складу са општинским капацитетима и уступање прихода за правилно и ефикасно финансирање, сматра се адекватним моделом фискалне децентрализације у земљи, каква је Македонија, у којој постоје велике економске и мултиетничке разлике између општина.²⁴

²² Александра Максимовска Вељановска, „Унапредување на локалниот буџетски процес“, *Годишник на Правниот факултет "Јустинијан Први" во Скопје*, том 42, 2006, 614.

²³ *Ibid*, 623.

²⁴ Aleksandra Maksimovska Veljanovski, „The model of the asymmetric fiscal decentralisation in the theory and the case of Republic of Macedonia“, *Justinianus Primus Law review*, Vol.1, 2010, 10-11.

Јединице локалне самоуправе у Црној Гори се финансирају из прихода приказаних у табели.

Табела 3. Приходи општина у Црној Гори

сопствени извори прихода
локални порези - порез на непокретност - прирез порезу на доходак физичких лица
остали приходи - локалне (комуналне и административне) таксе - накнаде за комунално опремање грађ.земљишта - накнаде за коришћење општинских путева - приходи од продаје и давања у закуп имовине - приходи од капитала - приходи од новч. казни, одузета имов.корист - приходи од концесионих послова - приходи по основу донација у субвенција
уступљени извори приходи - приходи од пореза на доходак - приходи од пореза на промет непокретности
трансфери - егализациони фонд* - условне дотације**

* Егализациони фонд служи за фискално уједначавање општина.

** Условне дотације су дотације из државног буџета за финансирање инвестиционих пројеката који су од посебног интереса за општину или више општина.

Извор: Одредбе чл. 5; чл. 25; чл. 29. ст. 1. и чл. 36 ст. 1. Закона о финансирању локалне самоуправе ("Сл. лист РЦГ" бр. 42/03, 44/03 и "Сл. лист ЦГ", бр. 5/08, 74/10); систематизација аутора.

Важећим законом којим се регулише локално финансирање дата је могућност општинама да уведе прирез порезу на доходак физичких лица по стопи од 13%. Прирез се плаћа на порез на приходе од личних примања, порез на доходак од самосталних делатности, порез на приходе од имовине и имовинских права и порез на приходе од капитала.²⁵

Нормативни оквир локалног финансирања у Црној Гори дао је добру основу за пореску аутономију јединица локалне самоуправе. Од земаља у

²⁵ Чл. 7. ст. 1. Закона о финансирању локалне самоуправе ЦГ, у ст. 2. овог члана висина стопе приреза за Подгорицу померена на 15%.

окружењу, поред Хрватске, Црна Гора је пошла путем савремених тенденција у погледу пореза на доходак физичких лица. Увођење приреза порезу на доходак, као једног од сопствених извора прихода, свакако је допринело јачању фискалног капацитета јединица локалне самоуправе. Међутим, наплата локалних пореза у појединим јединицама локалне самоуправе се показала слабом, те се даља реформа система финансирања локалне самоуправе очекује у правцу јачања наплате локалних прихода.²⁶

У **Словенији** значајан напредак у јачању фискалне аутономије јединица локалне самоуправе учињен је новијим изменама закона, мада је она врло брзо, по осамостаљењу и стварању државности кренула путем фискалне децентрализације.

Табела 4. Приходи општина у Словенији

сопствени извори прихода
<i>сопствени порези</i>
<i>- порез на непокретност</i>
<i>- порез на пловила</i>
<i>- порез на промет непокретности</i>
<i>- порез на наслеђе и поклон</i>
<i>- порез на добитке од игара на срећу</i>
<i>остали приходи</i>
<i>- таксе</i>
<i>- казне</i>
<i>- концесионе накнаде</i>
<i>- приходи од финансијских и физичких средстава</i>
<i>- плаћање јавних услуга</i>
заједнички порези
<i>- порез на доходак</i>
<i>- други порези</i>
донације и трансфери
<i>- донације</i>
<i>- трансфери из државног буџета и фондова ЕУ</i>

Извор: Ћл. 6; ѓл. 7; ѓл. 8. Zakon financiranja obćin ("Uradni list RS", Ńt. 32/06, 123/06 in 57/08); систематизација аутора.

За финансирање општина важна је формула за израчунавање релевантних расхода и паушални износ по становнику за финансирање тих

²⁶ Детаљ.о томе видети у: Strategija reforme javne uprave u Crnoj Gori za period 2011-2016, Vlada Crne Gore, Podgorica, 2011, 40.

расхода, који су детаљно регулисани важећим законом. Износ релевантних расхода се користи код расподеле прихода од пореза на доходак и других пореза који се сматрају сопственим приходима општине и утврђују се за сваку буџетску годину. Поред тога, ова методологија се користи и код фискалног изједначавања. Наиме, општине, која није у стању да од сопствених извора финансира расходе, из државног буџета се додељују средства у висини разлике између релевантних расхода општине и сопствених извора прихода.²⁷ Изменама формуле за израчунавање релевантних расхода и увођењем паушалног износа по становнику за финансирање тих расхода постигнут је значајан напредак у повећању удела сопствених пореза и смањењу фискалног изједначавања, а тиме и смањењу зависности општине од помоћи из државног буџета.²⁸

У складу са специфичном политичко-територијалном структуром која је успостављена Оквирним мировним споразумом, потписаном у Дејтону 1995. године, на територији **Босне и Херцеговине** постоји више носилаца фискалног суверенитета. Формирањем два ентитета: Федерације БиХ и Републике Српске, као и Брчко дистрикта, као посебне јединице аутономије, настала је велика фискална аутономија ових територија. Заједничке институције на нивоу територије БиХ финансиране су приходима два ентитета и то: 2/3 из буџета Федерације БиХ и 1/3 из буџета Републике Српске. Међутим, увођењем јединственог система посредног опорезивања²⁹, долази до радикалне промене у фискалним односима између различитих нивоа власти у БиХ. Тиме БиХ улази у фазу тзв. кооперативног федерализма, који функционише на основу сарадње свих нивоа власти.³⁰ У условима постојања различитих нивоа власти са различитим структурама и фискалним овлашћењима, уочена је потреба успостављања извесне координације између различитих нивоа власти у погледу фискалних односа. Управо су у овом закону и наведени циљеви успостављања институционалног и организационог основа за јединствени систем посредног опорезивања, а то су: макроекономска стабилност и фискална одрживост државе и ентитета, као и функционисање јединствене економске територије БиХ.³¹

²⁷ Вид.: чл. 12. и чл. 15. *Zakon financiranju občin RS*.

²⁸ Franci Žohar, „Reforma financiranja općina u Sloveniji“, *Financijska teorija i praksa* 32(2), 2008, 177.

²⁹ Доношењем Закона о систему индиректног опорезивања, "Sl. glasnik BiH", br. 44/03, 52/04, 34/07, 49/09, 32/13.

³⁰ Dinka Antić, „Višerazinski fiskalni sustav u Bosni: razvoj i suočavanje s gospodarskom krizom“, *Financijska teorija i praksa* 37(3), 279-310, Institut za javne finansije, Zagreb, 2013, 8.

³¹ Вид.: чл. 1.

Табела 5. Припадност прихода на територији Босне и Херцеговине

<p>држава БиХ индиректни порези увозне и извозне дажбине ПДВ акцизе др.порези зарачунати на робу и услуге, укључујући и путарину</p>		
<p>Федерација БиХ</p>	<p>Република Српска</p>	<p>Брчко Дистрикт</p>
<p>приходи федерације удео у прих. са једин.рачуна* порез на добит накнаде и таксе новч.казне приходи од добара донације</p> <p>приходи кантона удео у прих.са једин.рачуна* порез на добит осталих предузећа удео у порезу на плате накнаде и таксе новч.накнаде приходи од добара донације</p> <p>приходи јед.лок.сам. удео у прих.са једин.рачуна* удео у порезу на плате накнаде за коришћ.и уређ.земљ. накнаде и таксе новч.накнаде приходи од имовине донације</p>	<p>приходи Републике приходи од индирект.пореза* порез на добит порез на доходак -приходе од ауторских права, патената и техн.унапређ. - приходе од капитала - приходе од капит.добитака</p> <p>порез на употребу, држање и ношење добара таксе(админ.,судске, посебне) накнаде за коришћ.добрара од опи.интереса, концесионе накнаде, накнаде за заштиту околине новчане казне</p> <p>приходи општине порез на имовину порез на добит. од игара на срећу новчане казне таксе накнаде за зашт.од вода, накнаде за коришћ.доб. од опи.интереса остали приходи(донације и сл.)</p>	<p>приходи од индирект.пореза* порези - порез на доходак - порез на непокретности - порез на добит - на доб.од игара на срећу - од приређ.игара на срећу непорески приходи (од предузећа, имовине) админ.и судске накнаде таксе, новч.казне приходи од обављ.делатн.</p>

	<p><i>заједнички приходи приходи од индирект.пореза порез на приходе од сам.делатн. порез на лична примања** конц.накнаде за коришћ.минер.соли, посебне водне накнаде</i></p>	
--	---	--

* Приходи од индиректних пореза који се уплаћују са јединственог рачуна Управе за индиректно опорезивање.

** Приходи од пореза на лична примања у Републици Српској се деле између Републике и општине у размери 75:25.

Извор: Чл. 7; 8. и 10. Закона о буџетском систему Републике Српске ("Сл. гласник РСрпске", бр. 96/03, 14/04, 67/05, 34/06, 128/00 и 117/07); чл. 4, 9, 10, 12. и 13. Закона о припадности јавних прихода у Федерацији БиХ ("Сл. новине Федерације БиХ", 22/06); чл.1. Закона о систему индиректног опорезивања; чл. 8. Закона о буџету Брчко Distrikt Bosne i Hercegovine ("Сл. гласник Брчко distrikt БиХ", 17/08); систематизација аутора.

Држава БиХ располаже фискалним суверенитетом у погледу посредних пореза, јер је доношењем поменутог закона од стране Парламентарне скупштине успостављен јединствени систем опорезивања на целој територији БиХ. Такође, приходи који се прикупљају од ових пореза сливају се на јединствен рачун који се води код Управе за индиректне порезе, чија се надлежност простире на територији целе БиХ. Међутим, они не припадају у потпуности државном нивоу, већ се расподела врши између државног буџета, буџета Федерације БиХ, буџета Републике Српске и буџета Брчко дистрикт према законом прописаним критеријумима.

Брчко дистрикт, мада по величини територији више одговара јединици локалне самоуправе, уживајући посебан статус има велику фискалну аутономију. У погледу читаве групе непосредних пореза (пореза на доходак, пореза на добит, пореза на некретнине и пореза на добитак од игара на срећу и пореза од приређивања игара на срећу) има потпуни порески суверенитет. Скупштина Брчко дистрикта је донела законе којима се уводе и уређују основни елементи ових пореза. Такође, приходи прибављени њиховом наплатом припадају буџету Брчко дистрикта.

Република **Србија**, попут осталих земаља које су своју државност стварале након распада СФРЈ, је била централизована држава са доминантном улогом централне власти у расподели фискалних овлашћења. Корак у правцу фискалне децентрализације је учињен *Законом о*

финансирању локалне самоуправе³², који је ступио на снагу 2007. године и Законом о потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи³³ из исте године. У процесу усклађивања са основним постулатима савремене теорије фискалног федерализма, као и реализације основних принципа из чл. 9. Европске повеље, новим законским решењима јединице локалне самоуправе добијају изворни приход - порез на имовину. Мада део фискалних овлашћења у погледу овог пореза и даље задржава Република, напредак је учињен давањем овлашћења јединицама локалне самоуправе у погледу одређивања висине стопа пореза на имовину до висине прописане законом којим се уређује овај порез. Поред тога, формиране су и локалне пореске администрације за утврђивање и наплату пореза на имовину.

Табела 6. Приходи јединица локалне самоуправе у Србији

<i>изворни приходи</i>
<i>локални порез</i> <i>- порез на имовину</i>
<i>остали приходи</i> <i>- локалне (комуналне, административне и комуналне) таксе</i> <i>- накнаде за коришћење јавних добара, концесионе и др. накнаде</i> <i>- приходи од новч. казни, одузета имов.корист</i> <i>- камате, донације</i> <i>- самодопринос</i>
<i>уступљени приходи</i>
<i>уступљени порези</i> <i>порез на доходак и то на приходе од:</i> <i>- самосталне делатности,</i> <i>- непокретности,</i> <i>- давања у закуп покретне ствари,</i> <i>- осигурања лица</i> <i>- 80% (70% за град Београд) од пореза на зараде који се плаћа према пребивалишту запосленог</i> <i>порез на наслеђе и поклон</i> <i>порез на пренос апсолутних права</i> <i>остали уступљени приходи</i> <i>уступљене накнаде (накнаде које Република уступа, које су остварене на територији локалне самоуправе)</i>
<i>трансфери</i>

³² „Сл. гласник РС“, бр. 62/2006, 47/2011, 93/2012, 99/2013 - усклађ. дин. изн.

³³ „Сл. гласник РС - Међународни уговори“, бр. 70/2007.

Извор: Чл. 6; чл. 35. и чл. 36. Закона о финансирању јединица локалне самоуправе РС; систематизација аутора.

Напредак у јачању фискалног капацитета јединица локалне самоуправе постигнут је крајем 2011. године, када су ступиле на снагу измене Закона о финансирању јединица локалне самоуправе, по којима се порез на зараде дели у односу 80:20 у корист локалне самоуправе, уместо дотадашњих 60:40 у корист републичког буџета.

3. ЗАКЉУЧАК

Тренд децентрализације у вршењу државних послова, присутан на европском простору, праћен је јачањем фискалне аутономије нижих нивоа власти.

Сагледавањем ефикасности спровођења фискалне децентрализације у Србији уочава се недостатак који се састоји у превеликом ослањању финансирања локалних јединица на приходе од пореза на доходак од рада са малим, готово занемарљивим, учешћем прихода од пореза на имовину, традиционално локалним порезом. Постојећи систем заједнице прихода у коме је деоба прихода од пореза на доходак између Републике Србије и општина извршена у корист општина, мада обезбеђује значајни финансијски капацитет, не пружа потребну гаранцију за остваривање фискалне аутономије општина. У оквиру реформе пореза на доходак требало би изменити постојећа законска решења, јер се њихова примена у пракси показала лошом зато што не доприноси уклањању привредних и социјалних разлика између општина него их повећава.

Suzana DIMIĆ, LL.D.

Proffesor Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

FISCAL DECENTRALIZATION IN THE STATES SUCCESSORS OF EX SFRJ

Summary

Trend of fiscal decentralization, prezent in the member States of the European Union and countries in transition current in the Republic of Serbia. The first major step in this direction was done by passing a law regulating the financing of local government.

Looking at international tax practice, the observed assigment of tax powers to local and regional governments seems only to partially agree with the recommendations of theory: although almost everywhere local governments get property taxed and central governments most income taxes, in some countries income taxes are a considerable source of revenue for local governments, given the large financial resourecs for devolution of public functions they can provide.

Comparing the current legal solutions, it can be concluded that in principle achieved harmonization with the principles contained in the Eoropean Charter of Local Self-Government. However, only the alignment with the principles of European law does not automatically providing the goals to be achieved by fiscal decentralization.

Keywords: *fiscal decentralization, harmonization, local government.*

ЛИТЕРАТУРА

Анђелковић, М., *Фискална децентрализација у Републици Србији*, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр.51/2008,

Antić, D., *Višerazinski fiskalni sustav u Bosni: razvoj i suočavanje s gospodarskom krizom*, *Financijska teorija i praksa* 37(3),279-310(2013), Institut za javne finansije, Zagreb,

Blažić, H., *Fiskalna decentralizacija u Hrvatskoj: usporedna analiza s Europskom unijom i zemljama u tranziciji* (u: *Ekonomska decentralizacija i lokalna samouprava*), Ekonomski fakultet Rijeka, 2004

Bird, M.R., Zolt, M.E., "Redistribution via Taxation: The limited Role of the Personal Income Tax in Developing countries", *Annals of Economics and Finance*, Forthcoming Article;

Brummerhoff, D., *Javne finansije*, Mate, Zagreb, 2000,

Jelčić, B. et al., *Financijsko pravo i financijska znanost*, Narodne novine, Zagreb, 2002,

Ловчевић, Ј., *Институције јавних финансија*, Београд, 1997,

Rogić Lugarić, T., Maksimovska Veljanovski, A., *Samooporezivanje kao izvor financiranja lokalnih jedinica - hrvatska i makedonska iskustva*, Zbornik Pravnog fakulteta, Zagreb, 61(2), 2011,

Максимовска Вељановски, А., *Правила за фискална децентрализација*, Ренесанса финансија (зборник радова у спомен проф. др Миодрагу Матејићу (уред. Јовановић, М., Анђелковић, М.)), Правни факултет у Нишу, 2004,

Максимовска Вељановска, А., *Унапредување на локалниот буџетски процес*, Годишник на Правниот факултет "Јустинијан Први" во Скопје, том 42, 2006,

Maksimovska Veljanovski, A., *The model of the asymmetric fiscal decentralisation in the theory and the case of Republic of macedonia*, *Justinianus Primus Law review* Vol.1:1/2010,

Žohar, F., *Reforma financiranja općina u Sloveniji*, *Financijska teorija i praksa* 32(2)(2008),

Правни прописи и документациони материјал:

Закон о финансирању јединица локалне и подручне (regionalne) samouprave (NN 117/93, 69/97, 33/00, 73/00, 127/00, 59/01, 107/01, 117/01, 150/02, 147/03, 132/06, 26/07, 73/08, 25/12).

Закон за финансирање на единиците на локалната самоуправа ("С. Весник на Р Македонија" бр. 61/04).

Закон о финансирању локалне самоуправе ("Сл. лист РЦГ" бр. 42/03, 44/03 и "Сл. лист ЦГ", бр. 5/08, 74/10);

Zakon financiranju obćin ("Uradni list RS", št. 32/06, 123/06 in 57/08);

Zakon o sistemu indirektnog опорезивања ("Sl. glasnik BiH", br. 44/03, 52/04, 34/07, 49/09, 32/13).

Zakona o буџетском систему Републике Српске ("Сл. гласник РСрпске", бр. 96/03, 14/04, 67/05, 34/06, 128/00 и 117/07);

Zakon o pripadnosti javnih prihoda u Federaciji BiH ("Sl. novine Federacije BiH", 22/06); * Zakon o budžetu Brčko Distrikt Bosne i Hercegovine ("Sl. glasnik Brčko distrikt BiH", 17/08);

Zakon o финансирању локалне самоуправе, "Сл.гласник РС", бр.62/2006, 47/2011,93/2012,99/2013-усклађ.дин.изн.

Zakon o потврђивању Европске повеље о локалној самоуправи, "Сл.гласник РС - Међународни уговори", бр.70/2007

Strategija reforme javne uprave u Crnoj Gori za period 2011-2016, Vlada Crne Gore, Podgorica, 2011, 40.

Godišnje izvješće 2012, Ministarstvo financija, Republika Hrvatska

Данијела ПЕТРОВИЋ*

ЕКОНОМСКА РЕГУЛАЦИЈА МОНОПОЛА

Апстракт: Значај конкуренције и ефекат који има на друштвено благостање указује на потребу њене заштите и подстицања, односно на неопходност регулисања монопола као најдрастичнијег облика нарушавања конкуренције. Економска наука је у циљу регулације монополског понашања дефинисала имплицитну регулацију, регулацију засновану на контроли профитне стопе и регулацију засновану на подстицајима. Приликом утврђивања и дефинисања регулације и циљева који њеном применом треба да се постигну, неопходно је имати у виду да регулација мора равномерно да испуњава дужности како према потрошачима, тако и према регулисаним компанијама, као и да балансира између трошкова и добити самог регулаторног система. Обзиром на то да регулација није бесплатна и да је веома тешко утврдити и измерити ефекте њене примене, дефинисање и њено спровођење није ни лако ни једноставно.

Кључне речи: конкуренција, монопол, регулација, друштвено благостање.

1. УВОД

Питање конкуренције и елемената њеног нарушавања датира још из античког доба. Бројни су примери ометања трговине, стварања несташица или ограничавања зарада трговаца. Појам конкуренције, какав се данас среће, питање заштите и њеног законског регулисања, новијег је датума. Канадски закон о превенцији ограничавања трговине из 1889. године, као и Шерманов закон¹ (*Sherman Act*) из 1890. године, сматрају се најзначајнијим актима у стварању модерне и обухватне политике конкуренције. Данас разликујемо два система регулације конкуренције – закони против трустова (*antitrust law*) у САД и право конкуренције (*competition law*) у земљама Европске уније.

* Асистент, Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици, danijela.petrovic@pr.ac.rs

¹ Познат је и под називом Закон за заштиту промета и трговне од незаконитих ограничења и монопола - U.S. Code, Title 15, https://en.wikipedia.org/wiki/Sherman_Act

Чињеница да се све више инсистира на слободној трговини у процесима глобализације и либерализације, као и то да је слободна трговина и конкуренција регулисана бројним међународним споразумима, указује на значај који конкуренција данас има. Управо је ниво развијености тржишта условљен конкуренцијом и њеним функционисањем, а о њеном значају говори и то што је још Лењин истакао да се тржишни систем може уништити ако му се елиминише конкуренција и уништи новац. Из тог разлога се конкуренција мора подстицати и штитити механизмима и стандардима који су својствени економији, а који ће кроз правно уобличење у форми закона бити основ пораста друштвеног благостања.

Важно је нагласити да регулисање конкуренције односно њеног нарушавања представља мешање државе у привредне токове који су функционисали и пре него се држава укључила, односно врло често нарушавање конкуренције настаје управо неадекватним мерама које држава у овој области предузима. Наиме, политиком конкуренције држава настоји да исправи грешку коју је стварајући монополе и повлашћена предузећа већ направила. Најдрастичнији облик нарушавања конкуренције представља монопол, кога је због ефекта на друштвено благостање неопходно регулисати.

2. ТРЖИШНЕ СТРУКТУРЕ

Функционисање тржишне привреде у условима потпуног испољавања карактеристика понуде и тражње представља *тржиште савршене конкуренције*. Чињеница да је тржиште² савршене конкуренције више теоријски концепт него стање са којим се у привреди можемо срести, указује на ситуације у којима се јавља парцијална несавршеност тржишта, која подразумева постојање олигопола, олигопсона, монопола и монопсона. Постојање несавршеног тржишта ствара услове за државну интервенцију³ са циљем побољшања алокације ресурса како би друштвено благостање било максимизирано.

² Тржиште је механизам путем кога се повезују продавци и купци, с намером да размењују робе и услуге, Љубиша Николић, Александар Мојашевић, *Економија за правнике*, Медивест, Ниш, 2015, 131.

³ Интервенција (лат. *interventio*) означава мешање, посредовање, улазак трећег лица у неки спор у улози судије или посредника, мешање једне државе у послове друге; *фин.* посредовање на берзи у сврху одржавања курса хартија од вредности; *трг.* примање туђе менице на себе; *вој.* улажење у рат; *мед.* захват (најчешће хируршки) ради лечења, Милан Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 2006, 345.

Иако изгледа да је потпуно јасно шта представља појам конкуренције, ипак постоје и извесне заблуде. Један од најбољих познавалаца ове проблематике, нобеловац Џорџ Стиглер (George Stigler) упоредио је конкуренцију са јутарњом гимнастиком за коју нико не спори да је здрава за оног ко вежба, али се (готово) сви труде да је избегну.⁴

Етимолошки, конкуренција⁵ води порекло од латинске речи *concurrentia* и значи супарништво, такмичење, надметање. Посматрана са правног аспекта⁶, конкуренција је систем у коме сваки привредни субјект наступа на тржишту својом привредном иницијативом, тако да међу њима настаје привредно такмичење. Са економског аспекта⁷, у ужем смислу, конкуренција је низ услова за понашање и односе привредних субјеката у сфери размене, приликом формирања тржишне цене, па се с обзиром на различитост услова и понашања формирају различити типови конкуренције. У ширем смислу, конкуренција је укупност продукционих односа који се изражавају разменом и прометом. Појава конкуренције условљена је (поред постојања тржишта) постојањем два тржишна субјекта која производе, продају или нуде исте или сличне производе и услуге истим клијентима.

Насупрот савршеној конкуренцији код које постоји велики број малих предузећа, гранска структура коју чини једно предузеће представља **монопол**.⁸ Монопол представља тржишну структуру у којој један субјекат располаже целокупном понудом на тржишту и суочава се са атомизираном тражњом на нивоу гране.

Постојање монопола подразумева испуњење следећих услова:

- производ који нуди монополиста је хомоген и нема супституте (постојање супститута купцима даје могућност избора, па предузеће и није једино на релевантном тржишту);⁹
- постоје баријере уласку у грану.

Значајно питање везано за монопол јесте: који узроци доводе до његовог настајања, односно шта и који механизми омогућавају одржавање

⁴ Борис Беговић, Владимир Павић, *Шта је то конкуренција и како се штити*, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2010, 5.

⁵ Конкуренција је борба робних произвођача за реализацију робе, М. Вујаклија, *op. cit.*, 439.

⁶ *Правна енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1979, 563.

⁷ *Економска енциклопедија*, Савремена администрација, Београд, 1984, 525.

⁸ *Монопол* је ситуација у којој на страни понуде постоји само један привредни субјекат – само један произвођач, односно продавац. У том погледу, економска теорија савршено је јасна: уколико постоји више привредних субјеката на страни понуде, не може бити реч о монополу, Б. Беговић, В. Павић, *op. cit.*, 27.

⁹ Релевантно тржиште може се посматрати као релевантно географско тржиште и релевантно тржиште производа.

монопола? Разлози који доводе до појаве монопола су бројни, а у значајније се убрајају:

- а) апсолутне предности у погледу висине трошкова једног произвођача услед супериорније технологије или производа;
- б) контрола кључног инпута за одређену производњу;
- в) правне баријере уласку на тржиште, укључујући и патентну заштиту, и
- г) постојање економије обима која конкуренцију чини неодрживом, тј. случај природног монопола.¹⁰

Тржишна структура у којој независно од броја привредних субјеката на страни понуде, не постоје баријере уласку, назива се *контестибилним* тржиштем и равнотежа на том тржишту је по свом исходу једнака савршеном тржишту.¹¹

Чињеница да на тржишту постоји само једно предузеће, као и то да свака пословна одлука монополисте утиче на промену стања на тржишту указује на то да је цена за то предузеће није параметарска величина. Свестан свога утицаја монополиста бира цену и количину којом максимизује свој профит. Међутим, формирање цене није потпуно независно јер монополиста може да прода само ону количину коју је тржиште спремно да купи, па избором више цене може да реализује мању количину. Исто тако, са повећањем произведене количине долази до формирања цена на нижем нивоу.¹²

За разлику од предузећа која послују у условима савршене конкуренције (за које је цена дата величина на коју они ни на који начин не могу да утичу), и које се срећу са хоризонталном кривом тражње, монополиста се сусреће са кривом опадајуће тражње. Максимизовање профита монополиста остварује тако што бира обим производње при коме су гранични приходи једнаки граничним трошковима. Гранични приход монополисте је нижи од просечног прихода, односно од продајне цене. Успостављање монополске равнотеже остварује се формирањем равнотежне цене која је виша од граничних трошкова. Обим производње који се формира као равнотежан у условима када је цена виша од граничних трошкова није економски ефикасан.

Способност неког учесника да утиче на тржишну цену када доноси одлуку о количини производа коју ће понудити тржишту представља

¹⁰ Борис Беговић, Миролуб Лабус, Александра Јовановић, *Економија за правнике*, Правни факултет, Београд, 2008, 235-238.

¹¹ *Ibid*, 230.

¹² Хал Р. Варијан, *Микроекономија*, Економски факултет, Београд, 2010, 419.

тржишну моћ.¹³ Основни извор тржишне моћи су баријере уласку, а сама мера тржишне моћи може се утврдити као разлика између цене и граничних трошкова. „Ову меру монополске моћи увео је 1934. Економиста Аба Ларнер (Abba Lerner) и назива се Ларнеров индекс монополске моћи¹⁴“. Стављањем у однос апсолутне разлике између цена и граничних трошкова и цене добија се индекс тржишне моћи, познат као *Ларнеров индекс*¹⁵:

$$Z = p - GT/p.$$

Ако је вредност Ларнеровог индекса једанка нули, нема тржишне моћи, што је он већи од нуле, монополска моћ је израженија.

Иако се као узрок настанка монопола најчешће наводи концентрација и централизација капитала, монополски положај ипак није условљен величином предузећа. Бројни разлози настајања монопола условили су и постојање више врста монопола од којих су значајнији: економски, правни, природни, итд.

3. (НЕ)ЕФИКАСНОСТ МОНОПОЛА

У условима савршене конкуренције предузећа послују у тачки у којој је цена једнака граничном трошку, док је у монополској производњи цена изнад граничног трошка, што доводи до неповољнијег положаја потрошача, али бољег положаја монополисте. Из односа губитка потрошача и пораста профита монополисте утврђује се ефекат монополског понашања на друштвено благостање.

Ефикасност економских аранжмана утврђује се у смислу Парето¹⁶ ефикасности, стања у коме не постоји начин да неко буде у бољој ситуацији,

¹³ Способност неког учесника да утиче на тржишну цену када доноси одлуку о количини производа коју ће понудити тржишту представља *тржишну моћ*.

¹⁴ Видети: Robert S. Pindyck, Daniel L. Rubinfeld, *Микроекономија*, Мате, Загреб, 2005, 341.

¹⁵ Пре појаве Ларнеровог индекса у употреби је био израз монополска моћ, примена израза тржишна моћ интензивнија је након одлуке суда из 1950. године. у случају ALCOA. ALCOA је компанија која је до 30-их година имала монополски положај на америчком тржишту алуминијума. Како је у раним фазама развоја антимонополског права у Америци процена тржишне моћи вршена искључиво на тржишном уделу, ALCOA је проглашена кривом за кршење антitrustовског статута, иако суд није пресудио да је крива за нефер пословање. У случају ALCOA структура тржишта а не начин пословања фирме била је основа за утврђивање да ли је или није прекршен анатitrustовски закон. Видети више: *Тржишна моћ и њено мерење*, доступно на сајту: web.efyg.hr/ETE/Iskuflic/industrijska, приступ: 15. март 2017. године

¹⁶ Vilfredo Pareto је поставио аналитичке критеријуме за упоређивање економских система на основу којих је могуће процењивати да ли је један економски систем супериорнији у односу на остале економске системе а да при том није потребно

а да нико не буде у горој. Како у условима монопола постоји простор између више цене коју су потрошачи спремни да плате и граничног трошка произвођача, јасно је да постоје услови за Парето побољшање. Чињеница да монополиста производи мање од конкурентске количине аутпута, указује да је неефикасан у Парето¹⁷ смислу и поставља се питање колика је та неефикасност, као и како извршити њено мерење.

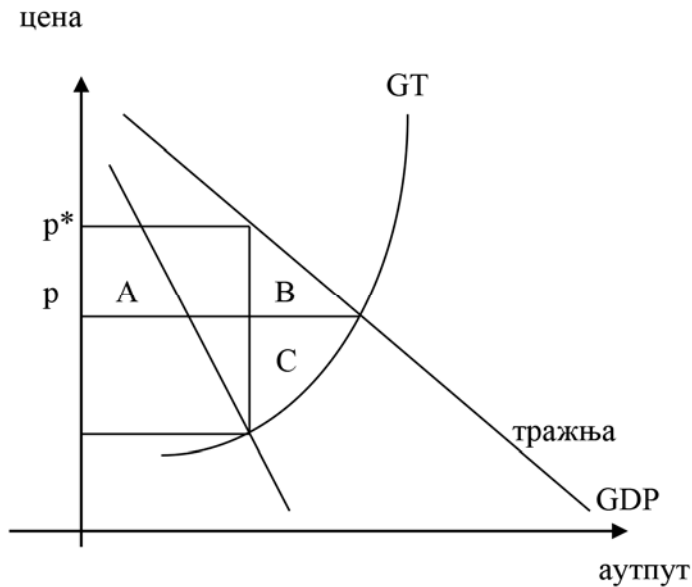
Прикладан начин мерења неефикасности монопола може се остварити управо мерењем произвођачевог вишка – промена профита предузећа која мери колико би власници били спремни да плате да би добили вишу цену под монополистичким условима и промени потрошачевог вишка која мери колико би потрошачи морали да буду плаћени да би били обештећени за вишу цену.¹⁸

Вишак монополисте опада за А због продаје производа по нижој цени, а расте за С услед профита од додатних јединица које продаје. Потрошачев вишак се повећава за А, јер потрошачи сада добијају све јединице које су раније куповали по нижој цени, али и расте за В, јер добијају вишак од јединица које се сада продају. Површина А представља трансферно плаћање од произвођача ка потрошачу, вишак остаје не промењен само је извршена прерасподела. Поред ове трансферне вредности, остварује се и чист губитак услед монопола који је представљен површином В и С, као мера колико су људи у лошијем положају у условима монопола него што би били у условима слободне конкуренције.

уводити вредносне или идеолошке судове о њиховој оправданости, Vilfredo Pareto: *Manuale di economia politica*, 1906. у *Основи економије*, М. Лабус, Правни факултет, Београд, 2006, 24.

¹⁷ Парето ефикасност је усвојена као неутрални критеријум на основу кога се може утврђивати какви су ефекти промена у правној регулативи (и/или политичких одлука) на положај свих индивидуа у једном друштву, Александра Јовановић, *Увод у економску анализу права*, Правни факултет, Београд, 1998, 21.

¹⁸ Видети: Х. Р. Варијан, (2010), 427.



Графикон 1. Монополски губитак.

Извор: Х. Р. Варијан, *Микроекономија*, модеран приступ, Београд, 2010, 428.

Чист губитак који се у условима монопола појављује представља у ствари економски профит, односно *ренту* чије постојање само по себи није губитак. Постојање ренте представља подстицај монополисте да улаже у активности којима се ствара монополска структура тржишта, то јест у активности којима ће се себе довести у положај монополисте и тиме остарити ренту. Понашајући се рационално, монополиста улаже средства пропорционално ренти која се може очекивати. Управо та средства имају опортунитетне трошкове и представљају губитак. Износ који је изгубљен једнак је износу губитка потрошачевог вишка и за вредност тог вишка долази до смањења друштвеног благостања.

Поред ефекта који монопол има на привредне субјекте у истим или различитим привредним гранама и потрошаче, не сме се занемарити ни ефекат који погађа и запослене јер „за раднике монопол значи мањи обим производње, мању тражњу за радном снагом, мању запосленост уз притисак ради снижења најамнина“.¹⁹

¹⁹ Зоран Пјанић, *Теорија цена*, Савремена администрација, Београд, 1975, 295.

4. ЕКОНОМСКА РЕГУЛАЦИЈА МОНОПОЛА

Област која привлачи пажњу и врло често бива узрок полемика и расправа, у смислу начина на који треба да се регулише или дерегулише, јесте област *заштите конкуренције*, односно област регулисања монополског понашања.

У циљу очувања конкуренције и заштите потрошача монополског производа и потенцијалних конкурената, врло често се као решење препоручује државна својина на монополу или државна регулација монопола у приватној својини. Интервенција државе у овој области односи се на доношење и спровођење антимонополских прописа, као и оснивања антимонополске комисије која прати понашање привредних субјеката који су у могућности да се понашају монополски. Антимонополским прописима забрањују се понашања која нарушавају конкуренцију, у смислу забране спајања предузећа, ограничавања профита и сл. У областима у којима је уведен систем дозвола (нпр. област телекомуникација) држава може да креира монополе уместо да се бори против њих. У осталим делатностима у циљу заштите конкуренције пословање монопола регулисано *антимонополском политиком*.²⁰

Регулација²¹ монопола као и свака друга државна регулација значи да су својинска права на регулисаном предузећу подељена између државе (агенције коју је држава основала) и власника предузећа²². Регулисање монополског понашања остварује се применом **економске регулације**, која укључује надзор цена, улазних и излазних услова и **друштвене регулације** којом се регулише сигурност радника и потрошача као и заштитита околине. Економска регулација најчешће се посматра као процес који треба да надомести имперфектности тржишта. Другим речима, несавршеност

²⁰ Назив антимонополска политика не значи да се он спроводи искључиво против монопола већ је предмет њеног интересовања свако значајније нарушавање конкуренције. Основни циљ антимонополске политике је максимизација економске ефикасности, а самим тим и максимизација економског благостања потрошача.

²¹ „*Регулација* је резултат односа тражње интересних група (произвођача и потрошача) за регулацијом и понуде коју формира држава/политичари на регулаторном тржишту. Чикашка школа премешта фокус размишљања са некадашњег схватања да се антимонополско законодавство бори против редистрибуције и да зато треба стриктно да буде регулисано и забрањено, на схватање да је улога антимонополског законодавства да подржава ефикасност јер се тиме подржавају интереси и произвођача и потрошача. Монопол се види као резултат процеса конкуренције који захтева снаге конкуренције које га могу неутралисати, Александра Јовановић, *Теоријске основе економске анализе права*, Правни факултет, Београд, 2008, 89.

²² А. Јовановић, (1998), 88.

тржишта решава се заменом тржишног механизма у посматраној грани. Основна идеја економске регулације је да цену одреди на нивоу који би одредило и тржиште савршене конкуренције, како би се негативни ефекти монопола на друштвено благостање елиминисали. Несавршеност тржишта се поред економске регулације може вршити и правом конкуренције којим се настоји да се исправе недостаци тржишта и створе услови за деловање конкуренције као процеса надметања. Врло често се поставља питање да ли су ови начини решавања несавршености тржишта супститути или комплементари, да ли се искључују међусобно и који даје боље резултате у примени.

Држава у оквиру своје политике конкуренције и њене заштите одређује цене и количине производа, обавезе снабдевања потрошача који је спреман да плати дату цену као и квалитет производа. Економском регулацијом се по утврђеним процедурама у ствари ограничава слобода монополисте у погледу формирања цена, а предузима се са циљем минимизовања губитака друштвеног благостања које монопол узрокује. Наиме, монопол без обзира на то да ли се ради о природном или не, доводи до алокативне, производне и динамичке неефикасности, што је довољан разлог да држава интервенише како би се оскудни ресурси користили на најбољи могући начин.

За утврђивање положаја појединог предузећа или групе предузећа, неопходно је дефинисати доминантан положај и утврдити њихово **тржишно учешће или удео**²³ који се одређује „као однос између обима понуде или продаје производа произвођача чија се тржишна моћ одређује према укупном обиму понуде или продаје тог производа на релевантном тржишту“.²⁴ Утврђивање тржишног удела није *a priori* довољно за доношење закључка о постојању доминантног положаја предузећа, али се антимонополски органи врло често ослањају управо на овај критеријум.

Доминантан положај има учесник на тржишту који, због своје тржишне снаге, може да послује на релевантном тржишту у значајној мери независно у односу на стварне или потенцијалне конкуренте, купце, добављаче или потрошаче.²⁵ Доминантан положај није забрањен ни кажњив, забрањена је његова злоупотреба.²⁶ Сама злоупотреба може бити усмерена према конкурентима или према потрошачима. У првом случају стварају се

²³ За израчунавање степена концентрисаности тржишта у антимонополском праву користи се Herfindal/Hirshman Index као показатељ величине предузећа у односу на грану, али и као показатељ конкуренције међу њима.

²⁴ Дијана Марковић-Бајаловић, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, Службени гласник, Београд, 2000, 98.

²⁵ Чл.15. Закон о заштити конкуренције.

²⁶ *Ibid.*

барјере уласку на тржиште или се конкуренти доводе у неповољан положај, а у другом случају формирају се превисоке цене и сл. Тржишна снага учесника на тржишту утврђује се у односу на релевантне економске и друге показатеље, а нарочито у односу на релевантно тржиште.

Пре него се приступи утврђивању злоупотребе доминантног положаја, неопходно је да се дефинише доминантан положај који може да се успостави само на *релевантном тржишту*, које се може посматрати као **релевантно географско тржиште** и **релевантно тржиште производа**. Релевантно географско тржиште односи се на подручје на којем одређени произвођачи конкуренти једни другима. Релевантно тржиште производа је скуп производа блиских супститута (заменљивих под купцу прихватљивим условима). У националним правима појединих земаља постоје значајне разлике у одређивању *прага* доминантног положаја.²⁷

Примена и спровођење економске регулације захтева да се утврди да ли је монопол који се регулише природни, да ли постоје супститути производа које монополско предузеће производи, као и то да ли постоје услови за успостављање конкуренције за стицање монопола на тржишту на коме се регулација спроводи. Да би регулација имала смисла и могла да се спроведе, неопходно је да се изврше детаљна испитивања у наведеним областима, како се не би по инерцији или без анализе трошкова и тражње дошло до закључка да се ради о монополу.

Могућности у погледу *метода* економске регулације јесу²⁸:

1. јавно предузеће (имплицитна регулација),
2. регулација заснована на контроли профитне стопе,
3. регулација заснована на постицајима.

4.1. Имплицитна регулација

Имплицитна регулација претпоставља да се регулаторне одлуке доносе у самом предузећу. На те одлуке држава утиче контролом самог предузећа, што најчешће подразумева успостављање јавних предузећа и државног утицаја на њихово пословање. Претпоставка је да су трошкови капитала у јавном власништву једнаки нули, односно да се цена одређује на нивоу оперативних трошкова. Механизам спровођења имплицитне регулације као и начин одлучивања не доприносе ефикасности, а сам поступак формирања цена није довољно јасан ни дефинисан процедурама, па

²⁷ У већим и развијеним земљама, је од 25% и 30% тржишног учешћа, у мање развијеним, од 25% до чак 50% тржишног учешћа. У Европској унији и Великој Британији износи 1/4 релевантног тржишта, док у Немачкој 1/3 релевантног тржишта. У Србији тај праг износи 40%.

²⁸ Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, (2008), 285.

је самим тим подложен променама услед деловања дневно политичких дешавања и интереса. Чињеница да су критеријуми имплицитне регулације нејасни, недовољно транспарентни, као и то да се цене производа формирају ниско и доводе до губитака јавних предузећа, показују да се овај метод регулације све ређе примењује. Ако томе додамо и искуства у вези са управљањем колективном својином и трошкове администрације, као и неделотворне механизме за контролу трошкова, јасно је да је овакав начин економске регулације монопола превазиђен.

Из наведених разлога могуће решење представља **експлицитна регулација** која се може јавити као:

1. **Неформална регулација** која нема ограничења и јавља се у домену цена. Доношење одлука је и у овом случају мотивисано интересима државе, због чега се овај вид регулације не сматра пожељним.

2. **Уговорна регулација** природних монопола представља регулацију која се најчешће јавља приликом приватизације природних монопола. Уговорима држава настоји да повећа контролу менаџера у јавним предузећима. Овај вид регулације афирмише развој предузећа и обједињује регулацију перформанси и регулацију цена, али се сматра краткорочним решењем до успостављања дугорочног регулаторног режима.

3. Као дугорочно решење у области регулације наводи се **иницијална регулација** која подразумева успостављање регулаторних институција и дефинисање њихових овлашћења и одговорности. Регулаторне институције морају имати јасно дефинисане задатке, одвојену оперативну од контролне функције, морају бити одвојене од дневно политичких дешавања, што подразумева њихову аутономију.

Експлицитна економска регулација најчешће се своди на регулацију цена. Цене монополских предузећа могу се регулисати на директан начин путем контроле профитне стопе, или на индиректан начин у виду плафонирања цена.

4.2. Регулација која је заснована на контроли профитне стопе

Регулација која је заснована на контроли профитне стопе представља регулацију код које регулатор монополском предузећу омогућава да присвоји нормалан профит тако што одређује цену коју предузеће може да наплати. Наиме, цена по којој предузеће продаје производе се услед интервенције регулатора формира на нивоу цене која би се формирала у условима савршене конкуренције. Регулацијом се на тај начин настоји да спречи могућност монополисте да присвоји монополски профит. Пред регулаторне органе и институције се поставља задатак одређивања профитне

стопе, а свака грешка у смислу одређивања профитне стопе ниже или више од цене капитала доводи до алокативне неефикасности а тиме и до смањења друштвеног благостања. Примена контроле профитне стопе отвара могућност преваљивања свих трошкова на потрошаче, а да при том то не доводи до промене профита који монополиста присваја. То доводи до могућности раста статичне производне неефикасности²⁹ јер монополиста нема подстицај да смањује трошкове.

Као посебан проблем код метода контроле профитне стопе јавља се асиметрија информација. Наиме, да би донео исправну одлуку о висини профитне стопе регулатор мора да установи параметре пословања монополисте, како укупан приход тако и трошкове, вредност капитала и цену по којој се капитал прибавља. Чињеница да монополиста располаже овим информацијама, а да регулатору прибављање ових информација може да буде проблем или да узрокује знатне трошкове, уз остале трошкове регулације, указује да је примена овог метода регулације сложена и скупа због чега се њена примена може остварити у привредама великих административних капацитета и могућности.

4.3. Регулација заснована на подстицајима

Регулација заснована на подстицајима, или плафонирање цена како се често назива овај метод регулације, уведена је са циљем да се проблем асиметрије информација између регулатора и монополисте превазиђе. Први пут се примењује у Великој Британији 80-их година прошлог века у процесу приватизације природних монопола.

Регулација цена овом методом дата је формулом за израчунавање максимално дозвољеног раста цена производа или услуга монополисте:

$$P_t = P_0 * ICM - X$$

при чему је P_0 - почетна цена, ICM - индекс цена на мало, X - корективни фактор исказан у процентима. При одређивању вредности стопе X регулатор строго одређује време за које тај регулаторни режим важи, током тог периода не постоји могућност замене вредности стопе X .

Сама корекција иницијалне цене врши се, с једне стране, индексом цена на мало, а с друге стране тако коригована цена се повећава или смањује

²⁹ Статичка производна неефикасност представља неефикасност у производњи са датом технологијом. Одсуство конкуренције и статичка производна неефикасност смањују подстицаје произвођача-монополисте да инвестира у истраживање и развој. Улагање у истраживање и развој генерише динамичку производну ефикасност која уз оптимално трајање патентне заштите може довести до пораста друштвеног благостања. Више о томе у Б. Беговић, М. Лабус, А. Јовановић, (2008), 246-247.

зависно од политике и циљева регулатора. Применом овог метода монополиста присваја остварен целокупан профит у току регулаторног периода, чиме се стварају подстицаји да се повећање профита оствари смањењем трошкова и рационализације производње што доводи до статичке производне ефикасности. У довољно дугом регулаторном периоду то би довело и до динамичке производне ефикасности услед примене нових технологија.

Примена метода подстицаја цена као регулаторног метода једноставнија је у односу на остале методе, што је и мотив да се методи засновани на подстицајима све више развијају. Монополисти се нуди подстицај да ефикасније послује и тако достигне постављену цену и тиме присвоји целокупан профит.

Важно је нагласити да економска регулација није бесплатна и да је веома тешко утврдити и измерити ефекте њене примене.

Приликом утврђивања и дефинисања регулације и циљева који се њоме треба да постигну мора се имати у виду да регулација мора равномерно да испуњава дужности како према потрошачима тако и регулисаним компанијама, као и да балансира између трошкова и добити самог регулаторног система.

Јасно је да су тржиште и држава неопходан услов функционисања привреде, као и то да њихова међусобна дејства и условљавања детерминишу успех тог функционисања. Који је то оптималан однос у релацији држава-тржиште, имајући у виду значај тржишта и конкуренције уопште, као и неопходност државне интервенције, можда најбоље одсликава став либерала, који гласи: „Тржишта колико је могуће, државе колико мора.“³⁰

5. ЗАКЉУЧАК

Једна од значајнијих области у оквиру економске политике земље у којој је интервенција неопходна је сигурно област заштите конкуренције. Имајући у виду значај конкуренције и њене ефекат на друштвено благостање, али и неефикасност и трошкове које њено кршење условљава, јасно је да се конкуренција мора штитити, односно да се мерама и активностима државе морају отклањати недостаци у функционисању тржишта.

У проналажењу оптималног односа између регулације и конкуренције (државе и тржишта), са становишта максимизовања ефикасности, мора се

³⁰ Марко Секулић, „О држави и тржишту“, *Економске идеје и пракса*, Економски факултет, Београд, 2015, бр. 16-17, 314.

поћи од тржишних услова, односно у зависности од стања на тржишту решење се може јавити као регулација или дерегулација.

Од регулације до дерегулације постоји велика сива зона у којој већина данашњих економија егзистира у нади да ће пронаћи најбољи модел за олакшавање пословања корпорација, али и заштите интереса потрошача и укупног државног интереса.

Регулација монопола подразумева да је између монопола и државе дошло до поделе својински права. Пре приступања регулацији неопходно је да се утврди да ли је монопол који се регулише природни, постоје ли супститути монополском производу, али и да се изврши анализа трошкова и тражње. Након тога доноси се одлука о потреби за регулацијом као и методом који се примењује. Економска наука је дефинисала имплицитну регулацију, регулацију засновану на подстицајима и регулацију засновану на контроли профитне стопе. Свака од метода има своје предности и недостатке, а примена зависи од услова и стања на тржишту.

Danijela PETROVIĆ, LL.M.

Teaching Assistant, Faculty of Law,

University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica

ECONOMIC REGULATION OF MONOPOLY

Summary

One of the most important areas within the country's economic policy where intervention is necessary is certainly the competition area. Taking into account the importance of the competition and its effect on social welfare, as well as inefficiency and costs that its violation causes, it is clear that the competition shall be protected, and also the state with its measures and actions shall eliminate deficiencies in the functioning of the market.

In finding of the optimal relationship between regulation and competition (of the state and the market), from the standpoint of maximizing efficiency, the start point must be the market conditions, and depending on the market conditions, the certain solution can occur as a regulation or deregulation.

From regulation to deregulation there is a large gray area where the most of today's economy exists and hope that it could find the best model to facilitate business corporations, and also to protect the interests of consumers and the overall national interest.

Regulation of the monopoly means that division of the ownership rights between the country and the monopoly has happened. Prior to accession to the regulation it is necessary to determine whether the monopoly that shall be regulated is natural, are there substitutes to the certain monopoly product, but also it is needed to analyze the costs and demand. Thereafter, decision is made about the need for regulation as well as the method which should be applied. The economic science has defined implicit regulation, that regulation is based on incentives and on controlling the profit rate. Each method has its advantages and its shortcomings, and implementation depends on the terms and conditions of the market itself.

Key words: *competition, monopoly, regulation, social welfare.*

ЛИТЕРАТУРА

Беговић Борис, Лабус Мирољуб, Јовановић Александра, *Економија за правнике*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008;

Беговић Борис, Павић Владимир, *Шта је то конкуренција и како се штити*, Центар за либерално демократске студије, Београд, 2010;

Вујаклија Милан, *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 2006;

Економска енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1984;

Закон о заштити конкуренције, Службени гласник РС, бр.51/2009 и 95/2013;

Јовановић Александра, *Увод у економску анализу права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1998;

Јовановић Александра, *Теоријске основе економске анализе права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008;

Лабус Мирољуб, *Основи економије*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2008;

Марковић–Бајловић, Дијана, *Тржишна моћ предузећа и антимонополско право*, Службени гласник, Београд, 2000;

Николић Љубица, Мојашевић Александар, *Економија за правнике*, Медивест, Ниш, 2015;

Пјанић, Зоран, *Теорија цена*, Савремена администрација, Београд, 1975;

Pindyck S. Robert, Rubinfeld L. Daniel, *Микроекономија*, Мате, Загреб, 2005;

Правна енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1979;

Секулић Марко, „О држави и тржишту“, *Економске идеје и пракса*, Економски факултет, Београд, 2015, бр. 16-17;

Хал Р. Варијан, *Микроекономија*, Економски факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.

Стефан РАДОЈЧИЋ*
Др Лука БАТУРАН*

КАКО ПОБОЉШАТИ УСЛОВЕ ЗА СПОЉНОТРГОВИНСКУ РАЗМЕНУ У ПОДРУЧЈУ ЦЕФТА

Апстракт: У раду се разматрају изазови који стоје пред земљама чланицама ЦЕФТА. Као полазна тачка анализе је ЦЕФТА споразум који је специфичан мултилатерални међународни уговор. Након тога се покушавају сагледати правни инструменти којима земаља чланица ЦЕФТА усклађују своје интересе и превазилаже спорне ситуације. Разматра се и могућност приступања Лугано конвенцији, ради снижавања трансакционих трошкова приликом размене. Разматра се и могућност прилагођавања ЦЕФТА Споразума променама до којих ће доћи услед сукцесивног приступа земаља чланица Европској унији. На крају се разматра предлог замене постојећег Споразума новим споразумом којим би се на истој територији формирала царинска унија.

Кључне речи: *ЦЕФТА, царинска унија, Лугано конвенција*

1. УВОД

Србија је од 2007. године чланица Централноевропског споразума о слободној трговини (енг. *Central European Free Trade Association*, скр. ЦЕФТА). ЦЕФТА је основана 1992. године у Кракову. Замишљено је да окупља државе кандидате за чланство у Европској унији. Пошто су поједине чланице ЦЕФТА приступиле Унији, у чланству су поред Србије преостале још Босна и Херцеговина, Македонија, Црна Гора, Албанија, Молдавија и УНМИК/Косово као царинска територија у сладу са Резолуцијом СБ УН 1244. Увоз роба из земаља ЦЕФТА је 2016. године чинио 4% од укупног српског увоза, док је извоз роба из Србије у земље ЦЕФТА износио 18%

* Демонстратор, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
sradojcic@pf.uns.ac.rs

* Асистент са докторатом, Правни факултет Универзитета у Новом Саду
lbaturan@pf.uns.ac.rs

укупног извоза. Укупан суфицит Србије у размени са земљама ЦЕФТА износи око 1,7 милијарде евра.¹

Сам процес приступања Унији је релативно дуг, и у том смислу јављају се бројни изазови који стоје пред земљама кандидатима. Циљ рада је да се испитају неки изазови који се односе на примену ЦЕФТА Споразума, како би се омогућила ефикасна спољнотрговинска размена између држава чланица Споразума.

Прво питање које је разматрано односи се на начин превазилажења спорова између земаља чланица Уније. Механизам који је предвиђен може се постићи одређени резултат, али то није могуће брзо учинити.

Додатно снижавање трансакционих трошкова приликом међусобне размене земаља чланица ЦЕФТА споразума могуће је постићи прихватањем Лугано конвенција о надлежности и признању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима.

Државе чланице ЦЕФТА споразума морају се припремити за случај sukcesивног приступа појединих држава Унији. Приступ једне од ових земаља Унији значиће да ће се у размени између економских субјеката те земље и економских субјеката у земљама које остану у простору ЦЕФТА примењивати неповољнији царински режим, као што је то нпр. било последњи пут када је Хрватска приступила Унији. Ово је питање које треба што пре решити, док је још неизвесно којим ће редоследом земље кандидати напуштати ЦЕФТА споразум због придружења Унији.

Четврто питање које је разматрано тиче се предлога за замену ЦЕФТА споразума новим споразумом о Царинској унији, ради подстицања размене између економских субјеката на овом економском простору. Иако је либерализација спољнотрговинског режима сама по себи добра, она се може постићи и у оквиру ЦЕФТА споразума, када би за њу постојала политичка воља.

У анализи су коришћени методи неокласичне и неоинституционалне економске теорије и теорије трансакционих трошкова, како би се сагледале предности међународне размене. Такође, коришћен је и нормативни правни метод како би се дефинисао оптималан правни оквир који ће се регулисати спољнотрговинска размена између садашњих чланица ЦЕФТА, сада и у будућности након sukcesивног приступања појединих садашњих чланица Унији.

¹ Републички завод за статистику, Саопштење бр. 24, год. LXVII, 31.01.2017, *Статистика спољне трговине СТ13*, 8.

2. КАРАКТЕРИСТИКЕ ЦЕФТА СПОРАЗУМА

ЦЕФТА Споразум иницијално је закључен између држава тзв. Вишеградске четворке, а касније су му приступале и друге државе. Споразум настаје у контексту економских интеграција у Европи након завршетка Хладног рата. Његов циљ је био да либерализује спољнотрговински режим у државама кандидатима за чланство, како би се економски субјекти у овим државама припремили за приступ Европској унији која представља јединствено царинско подручје.

Земље Централне и Источне Европе које су прве приступиле ЦЕФТА Споразуму, завршиле су процес транзиције и својинске трансформације много брже од земаља Западног Балкана. Већина ових земаља успешно је прилагодила своју привредну захтевима глобалног тржишта, тако да им је каснији приступ царинској унији (у оквиру ЕУ) донео очекиване бенефите.

Искуства земаља Централне и Источне Европе које су успешно приступиле Европској унији представљају позитиван пример државама Западног Балкана, које због ратних дејстава процес транзиције и својинске трансформацију спроводе са закашњењем. Оне су тек 2006. године приступиле ЦЕФТА Споразуму. Због процене да крајњи циљ неће бити остварен у релативно кратком временском периоду, ЦЕФТА 2006 закључен је на неодређен временски период.

3. ОДНОС ЦЕФТА СА ДРУГИМ МЕЂУНАРОДНИМ СПОРАЗУМИМА

Однос са другим међународним уговорима је често неопходно експлицитно одредити при закључењу новог уговора. Разлози за то могу се тицати међусобне дерогације због регулисања исте материје новим уговором, парцијалног подударња предмета уговора итд. Такође, може да се ради о одређењу новог уговора према раније постојећим који садрже одредбе о сродним питањима од непосредног значаја за примену новонасталог уговора. Тако се из пуног наслова ЦЕФТА 2006 јасно наслућује однос према претходно важећем Уговору из 1992.

Ипак, једно упућивање је потпуно трајног карактера и има шири домашај за ове земље и од самог ЦЕФТА споразума. Постојећи нормативни, али и правностваралачки оквир СТО од непосредног је утицаја на ЦЕФТА режим. Ради се о решености ових држава „да спроводе међусобне трговинске односе у складу са правилима и дисциплинама СТО без обзира на то да ли су чланице СТО, или нису“. Поред тога наведено је да „се ниједна одредба овог Споразума не сме тумачити тако да ослобађа стране од њихових обавеза по другим међународним споразумима, а нарочито према СТО“. Следствено томе, елиминисање царинских и других баријера за трговину и

дискриминаторног третмана у међународним трговинским односима², чине идејни оквир сваког нормирања и сарадње наведених земаља у релеватним областима.

Разлози за овај вид уређивања царинског режима међу поменутиим државама несумњиво упућују на жељу за приближавањем стандардима земљама ЕУ, која са друге стране настоји да путем преговора са својим партнерима додје до либералнијег промета роба и услуга.³

Свест о неопходним корацима на том путу, као и његовом потенцијалном трајању, била је мотивишући фактор за склапање ЦЕФТА 2006. Стога је позитивно искуство на темељу ЦЕФТА из 1992. године истакнуто у Уводу Споразума, а нарочито „за побољшање припремљености Страна за чланство у Европској Унији, за шта је доказ приступање Чешке Републике, Мађарске, Пољске, Словачке и Словеније 1. маја 2004. године и предстојеће приступање Републике Бугарске и Румуније.“ Оно што би такође требало нагласити јесте да је „потреба за изменом ЦЕФТА, у намери да се допринесе процесу интеграција у Европи путем отварања ЦЕФТА“⁴, одређење које је уједно веома битно при тумачењу Уговора. Изрази коришћени у ЦЕФТА тумаче се према њиховом уобичајеном значењу у њиховом контексту у светлости предмета и циља Уговора.⁵ Дакле, знајући да је циљ уговора интеграција земаља ЦЕФТА у ЕУ, афирмативан приступ компромисним и прелазним решењима у међусобним односима чини се као једини оправдан. Међутим, прелазни период није тако кратак, нити су спорна питања од споредног значаја за државе чланице ЦЕФТА.

Рецимо кад се ради о забрани извозних субвенција, она није била експлицитно предвиђена претходно важећим великим бројем билатералних уговора, те је долазило до различитих тумачења овог питања. У чл. 11(3) ЦЕФТА споразума укинута је ова могућност државне интервенције у спољнотрговинске односе са земљама ЦЕФТА.

² Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154, The Preamble.

³ Емилија Петровић, *Европска унија и светско тржиште*, Нови Сад, 2016, 40.

⁴ Закон о потврђивању споразума о измени и приступању споразуму о слободној трговини у централној Европи – ЦЕФТА 2006, „Службени гласник РС“, бр. 88/2007

⁵ Бечка конвенција о уговорном праву, „Службени лист СФРЈ“, Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/1972, чл. 31(1).

4. РЕШАВАЊЕ СПОРНИХ ПИТАЊА ИЗМЕЂУ ЗЕМАЉА ЧЛАНИЦА ЦЕФТА

С обзиром на широк круг питања тј. области регулисаних овим Споразумом, као и значајне економске ефекте који се његовом применом остварују, предвиђен је Заједнички комитет као орган контроле активности држава и испуњавања обавеза превиђених Споразумом. Између осталог Комитет је задужен за оцењивање резултате сарадње држава чланица Споразума. У оквиру Комитета се врши размена информација о релевантним законима и прописима, променама пољопривредних политика итд. Комитет је такође овлашћен да промени правила о пореклу у сврху примене одредаба Споразума. Надаље, уколико нека од чланица Споразума сматра да постоји потреба за применом антидампинг мера или општих заштитних мера, дужна је да без одлагања о томе обавести другу страну као и Комитет, те да о томе достави све релевантне информације. У том смислу, у надлежности Комитета је доношење било које потребне одлуке у циљу превазилажења спорне ситуације. Све претходно наведено сведочи о институционалном механизму као начину регулисања спорних питања међу кругом земаља ЦЕФТА. Неизбежна је појава таквих ситуација с обзиром на динамичне, понекад нестабилне економске односе, како на регионалном такои на глобалном и националном нивоу.

Коначно, најважнија последица рада овог органа огледа се у потенцијалном арбитражном решавању спорова. У случају да по истеку рока од 90 календарских дана, у оквиру Комитета, не дође до решења спора, било која страна стиче право да спор изнесе пред арбитражу. Одлука донета на тај начин је коначна и обавезујућа. Међутим и код овог аспекта Споразума вођено је рачуна о усклађености са принципима и организацијом Светске трговинске организације. Стога је у чл. 43(4) наведено да механизми решавања спорова у оквиру ове организације неће бити коришћени у вези са споровима насталим у претходно поменутих консултацијама или арбитражи. Обрнуто, спорна питања која би по природи ствари била предмет одлучивања у оквиру СТО, неће с бити разматрана на неки од предвиђених начина у ЦЕФТА.

На основу претходно описаног поступка решавања спорова можемо констатовати да предвиђена процедура не доприноси пуној ефикасности у проналажењу решења. Као илустрацију овог става наводимо пример понашања БЈР Македоније. Неколико година у низу усвајана су правила којима је ограничен увоз пшенице и брашна (овом је пре свега погођена Србија као нето-извозник). Примера ради, такво правило усвојено је 1. јуна 2013. године (почетак жетве пшенице), а седница Комитета одржана је 22. јуна. Коначно, спорно правило која се односи на пшеницу престало је да важи 2. септембра, а правило која се односи на брашно 15. септембра.

Међутим, проблем није трајно решен. Током 2015. године извоз брашна је био отежан јер Македонија није имала довољан број контролних маркица. У лето 2016. године ова држава поново уводи ванцаринске баријере на увоз пшенице. Овог пута, повећане су цене фитосанитарних уверења за увоз за чак 833%. И ова баријера је била привременог карактера, са циљем да се постигну ефекти само док траје сезона. Интересантно је да је и у Србији током 2011. године разматрано увођење привременог ограничења за извоз пшенице којим би се такође драстично прекршио ЦЕФТА Споразум, али до тога ипак није дошло.⁶

5. СНИЖАВАЊЕ ТРАНСАКЦИОНИХ ТРОШКОВА РАЗМЕНЕ ПРИХВАТАЊЕМ ЛУГАНО КОНВЕНИЈЕ

Кад се ради о решавању спорова, пажњу би требало усмерити не само на међудржавне спорове о питањима примене ЦЕФТА, него и споровима појединаца због следећих разлога. Као што је поменуто циљеви Споразума су непосредно усмерени на економску сарадњу њених чланица и приближавање ЕУ, као што је то био случај са државама Вишеградске четворке. Ова сарадња се одвија свакодневно на појединачном нивоу међу привредним субјектима земаља ЦЕФТА и чланица ЕУ. Неминовност привредних односа јесу судски поступци у којима се одлучује спорним питањима која се тичу међусобних права и обавеза учесника у производње и пормета роба и услуга. Правна сигурност је можда и најважнија чињеница која охрабрује субјекте из читаве Европе да ступају у пословне односе. Један аспект овог стања којем нарочито теже државе нечланице ЕУ био је предмет посебне пажње Министарства прадве и стручне јавности у Србији.

Као начин да се трговинска сарадња учини ефикаснијом и постигне већи степен предвидивости у спољнотрговинском пословању, сугестије упућују на потребу приступања Лугано конвенцији⁷. Модел приступања био би истоветан приступању ЦЕФТА споразуму, тј. колективно од стране земаља Западног Балкана. Подсећамо да више од 500 милиона становника живи у правосудном простору ЕУ, те на географску близину и традиционалну оријентацију земаља ЦЕФТА ка њима. За државе нечланице ЕУ једини начин да избегну негативне последице постојања Европског

⁶ Лука Батуран, „Оправданост увођења привременог ограничења слободног извоза пшенице у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. 45, бр. 1, Нови Сад, 2011, 535-548.

⁷ Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano), 28 ILM 620 (1989).

правосудног простора јесте приступање Лугано конвенцији.⁸ Осим што би ова Конвенција заменила примену 10 билатералних споразума, омогућила би ефикасније пословање, инвестиције и трговину са ЕУ, путем поваћане ефикасности судских одлука донетих у оквиру нашег правног система.⁹ Самим тим одшло би до побољшања сарадње између земаља ЦЕФТА и ЕУ у ширем правноекономском смислу. Уже посматрано, након очекиваног приступања ЕУ, одредбе ове Конвенције ће постати свакакои обавезујуће за западнобалканске земље. Несумњиво да би се сугерисаним приступањем учинио правовремен корак усклађивања правног оквира са непосредним утицајем на привредну активност. С једне стране, домаћи привредници би били додатно охрабрени да повећају извоз у ЕУ, знајући да ће судска пресуда донета у Србији којом се утврђују повреде њихових права, бити аутоматски призната и извршна у ЕУ. С друге стране, претпостављамо да би инвеститори из ЕУ, који су свесни реформских процеса у српском правном систему, поздравили сваки вид уједначавања и хармонизације два правна система.

6. ПРИСТУПАЊЕ ЗЕМАЉА ЦЕФТА ЕУ И ПОСЛЕДИЦЕ НА ЦАРИНСКИ РЕЖИМ

Након што нека од држава чланица ЦЕФТА постане држава чланица ЕУ, долази до промена у правном оквиру међусобног царинског режима. У односу између нове чланице ЕУ и чланице ЦЕФТА ови односи регулисани су ССП између ЕУ и земље кандидате за чланство у овој организацији. Најважнији аспект новонасталог односатице се губитка права на бесарински извоз нове чланице ЕУ у економски простор на којем се примењује ЦЕФТА. Овај сценарио представљао је камен спотицања у спољнотрговинским односима између Хрватске и БиХ, након што је 2013. Хрватска постала чланица ЕУ. Захтев хрватске стране тицао се амандирања важећег ССП за БиХ ради успостављања претходно важећег режима безцаринског извоза у БиХ.

Споразумом о стабилизацији и придруживању између ЕУ и БиХ, предвиђено је одржавање консултација у случају приступања неке земље ЕУ

⁸ Vladimir Pavić, „European Judicial Area“ in Civil and Commercial Matters and CEFTA Countries“, *VII Private International Law Conference – Enlargement of the European Judicial Area to Cefsta Countries*, Novi Sad, 2010, 40.

⁹ Министарство правде Републике Србије, Подршка иницијативи Министарства правосуђа Републике Словеније за приступање држава региона Западни Балкан конвенцији „Лугано“ и друге регионалне иницијативе, 2.

уз посвећивање посебне пажње обостраним интересима ЕУ и БиХ.¹⁰ Након што је Хрватска постала чланица ЕУ, те након што су одржане консултације и преговори, дошло је до закључења Протокола уз Споразум о стабилизацији и придруживању између БиХ, с једне стране, и Европских заједница и њихових држава чланица, с друге стране, како би се узело у обзир приступање Републике Хрватске ЕУ. Протоколом је усвојен прилагођени текст ССП укључујући Протоколе и Анексе. Прилагођавање се односи на пољопривредне производе, рибе и рибље производе као и прерађени пољопривредни производи.

Компромис је постигнут тако што су у Анексу III(ф) означени конкретни пољопривредни производи и царинске квоте које се на њих односе и у погледу којих су укинуте царине приликом увоза у БиХ. Питање утицаја процеса придруживања ЕУ земаља из круга ЦЕФТА, те ССП као механизма уређења њихових односа на том путу, није остало нерегулисано ни у самом ЦЕФТА споразуму. Напротив, учињено је директно повезивање ЦЕФТА са процесом стабилизације и придруживања.¹¹ Наиме, чл. 4 Протокола о пореклу насловљен је „Кумулација порекла у оквиру процеса стабилизације и придруживања“. Управо се овом одредбом препознаје чест пут једног производа, који подразумева више корака који се одвијају у различитим државама, чланицама ЕУ или чланице ЦЕФТА укључене у процес стабилизације и придруживања.

Једини начин да се избегне претходно описана спорна ситуација између БиХ и Хрватске је да преостале чланице ЦЕФТА истовремено постану чланице ЕУ. Ипак нису велики изгледи да ће се то и догодити, као што је био случај са чланицама изворног ЦЕФТА споразума. Осим тога, у међувремену Бугарска и Румунија су постале чланице ЕУ, пре осталих чланица ЦЕФТА. Имајући у виду да ће највероватније доћи до сукцесивног приступања земаља ЦЕФТА ЕУ, сматрамо да би тиме узроковану неусклађеност раније важећег и новонасталог царинског режима требало правремено решити путем преговора. Тиме би се отклонила могућност настанка спорне ситуације попут наведеног спора између БиХ и Хрватске. Избегле би се потенцијалне негативне последице које би се осим смањења извоза из нове чланице ЕУ, могле огледати у увођењу реципрочних мера, блокади граничних прелаза, кризи дипломатских односа итд.

¹⁰ Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране и Босне и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори, бр. 10/08, чл. 37 (3).

¹¹ Тихомир Богићевић, *ЦЕФТА 2006 - Примена правила о пореклу робе*, Институт за дипломатску економију, Београд, 2007, 39.

7. ЦЕФТА ИЛИ ЦАРИНСКА УНИЈА

Последњих месеци све су гласнији предлози да се Споразум ЦЕФТА замени споразумом којим ће земље чланице успоставити царинску унију. Као најчешћи разлози наводи се чињеница да се међународна размена између земаља чланица одвија отежано због компликованих и дуготрајних царинских процедура.¹²

Успостављање царинске уније (енг. *customs union*) представља облик економске (а често паралелно са тим и политичке) интеграције суверених земаља. Царинска унија подразумева брисање трговинских баријера између држава чланица уније, уз истовремено успостављање јединственог царинског режима према трећим земљама. Дакле у питању је дискриминаторна либерализација спољне трговине. Елиминисањем царина као једног од основних облика трговинских ограничења, стварају се претпоставке за интеграцију унутрашњих тржишта земаља чланица царинске уније у једно јединствено тржиште. Треће земље су „дискриминисане“, у смислу да је за њихов увоз у зону царинске уније задржан царински режим.

Основни ефекти царинске уније су креирање трговине (енг. *trade creation*) и скретање или одвраћање трговине (енг. *trade diversion*). Пошто су баријере размени уклоњене унутар уније, роба из земаља чланица уније постаје јефтинија него роба из трећих земаља на коју се и даље плаћа царина. Креирање трговине значи да ће доћи до повећања обима размене унутар царинске уније, јер ће се увозници из једне чланице уније окренути робама из других чланица. Скретање или одвраћање трговине значи да ће доћи до смањења увоза из трећих земаља, које су дискриминисане постојањем царинске уније.

Међутим, ту је потребно решити бројне политичке, правне и организационе проблеме. Први је да ли садашње чланице ЦЕФТА уопште желе да изврше либерализацију режима међусобне спољнотрговинске размене. Чињеница је да оне то још увек нису у потпуности учиниле, те да се за бројне производе још увек наплаћује царина, говори томе у прилог. Штавише, између чланица ЦЕФТА долази до криза узрокованих различитим облицима кршења ЦЕФТА споразума.¹³ За либерализацију овог режима

¹² Царинска унија Балкана: 18 милиона људи и 244 милијарде долара БДП, <http://www.dnevnik.rs/ekonomija/carinska-unija-balkana-18-miliona-ljudi-i-244-milijarde-dolara-bdp>, приступ: 20. марта 2017. године; Вучићев пројекат за Западни Балкан, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/ekonomija/2635896/vucicev-projekat-za-zapadni-balkan.html>, приступ: 20. марта 2017. године

¹³ Државе чланице често доносе мере које имају протекционистички карактер, односно представљају средство ванцаринске заштите домаћих произвођача. На пример,

државама није уопште потребно стварање царинске уније – оне то могу учинити одмах у оквиру Споразума ЦЕФТА.

Други проблем се тиче нивоа на коме се жели успоставити царинска заштита према трећим земљама. Примера ради, Србија је у највећој мери либерализовала трговински режим са ЕУ, док БиХ то још увек није у тој мери учинила, и питање је да ли постоји политичка воља да то учини.

Не постоји само проблем у односу на Европску унију. Србија и Црна Гора примењују споразум о слободној трговини са Руском Федерацијом.¹⁴ Значај овог споразума посебно долази до изражаја у време напетости између Русије и Западних земаља због догађаја везаних за грађански рат у Украјини.¹⁵ Успостављање Царинске уније значио би или проширење овог споразума на остале земље које улазе у царинску унију, или отказивање овог споразума између Србије, Црне Горе и Русије.¹⁶

Потребно је решити и проблем расподеле царинских прихода, како се не би десило да највеће приходе убирају државе чланице будуће царинске уније преко којих се одвија увоз. У том смислу је у најгорој позицији Косово-УНМИК који би могао да убира царинске приходе једино од увоза који се врши ваздушним путем директно на ту територију. Посебан проблем је и организација заједничке царинске службе, итд.

Процене су и да би стварање царинске уније допринело томе да у ЕУ превлада став да све државе чланице царинске уније буду примљене истовремено, а то ће наравно бити у моменту кад најлошија од њих испуни све критеријуме. Са друге стране, што је рок у ком државе чланице имају намеру да испуне критеријуме за приступ Унији краћи, то је мањи интерес тих држава да се овим питањем баве.

Македонија годинама увози различите баријере за увоз пшенице из Србије, и та мера траје и по неколико месеци годишње.

¹⁴Споразум је закључен у августу 2000. године, још у време постојања СР Југославије. Србија и Црна Гора су једине две државе са којима Русија има овакав споразум, а које нису биле у саставу бившег СССР-а. Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Југославије и Владе Руске Федерације о слободној трговини између СРЈ и РФ. „Сл. Лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 1/2001; Закон о потврђивању протокола између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о изузецима из режима слободне трговине и правилима о одређивању земље порекла робе уз Споразум између Савезне владе Југославије и Владе Руске Федерације о слободној трговини између СРЈ и РФ од 28. августа 2000. године, „Сл. гласник РС – Међународни уговори“, бр. 8/2011.

¹⁵ Вид. Лука Батуран, „Трговина између Србије и Русије у светлу царинских преференција и међусобних санкција Русије и Западних земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2014, 431-445.

¹⁶Увоз из Русије је 2016. године чинио 8% укупног српског увоза, док је извоз у Русију чинио 5,3% укупног српског увоза. Републички завод за статистику, Саопштење бр. 24, год. LXVII, 31.01.2017, *Статистика спољне трговине СТ13*, 8.

Све ово говори у прилог тези да је стварање царинске уније непотребно, а вероватно и неискрено. Позитивни резултати могу се остварити даљом либерализацијом спољнотрговинског режима у оквиру Споразума ЦЕФТА. Међутим, поједине чланице Споразума то не желе, а доказ за то су управо компликоване царинске процедуре и шиканозни царински поступак, компликована ветеринарска или санитарна контрола, захтевање различитих уверења и потврда ради поскупљења увозне процедуре итд.

Прича о стварању Западнобалканске царинске уније представља не представља озбиљан предлог, већ се њома желе постићи неки политички поени, али то није предмет овог рада.

8. ЗАКЉУЧАК

Применом економске и правне анализе потврђене су хипотезе постављене у уводном делу рада.

Запажа се да је предвиђени механизам решавања спорова насталих поводом примене и тумачења ЦЕФТА споразума недовољно ефикасан. Из наведеног примераповремених и привремених македонских баријера за увоз пшеницејасно се види да су штетне економске последице увелико наступилепре стављања спорних одредаба ван снаге.

Различите административне дозволе које се морају два пута вадити приликом увоза стварају произвођачима трансакциони трошак који је сам по себи баријера спољнотрговинској размени. Прихватањем Лугано конвенције од стране земаља чланица ЦЕФТА Споразума, створила би се правна претпоставка да се ове баријере умање.

У ситуацији када земље кандидати сукцесивно приступају Европској унији и напуштају ЦЕФТА Споразум, долази до негативних последица када је у питању њихов извоз у земље које остају у ЦЕФТА. У том смислу предлажемо да се ово питање превентивно регулише како би се негативне последице напуштања ЦЕФТА споразума ублажиле. У зависности од изабране легислативне технике могло би доћи до амандирања појединачних ССП, или до уношења клаузуле у ЦЕФТА споразум којом би се регулисао раније описани однос чије наступање се оправдано очекује у будућности. Принцип легитимних очекивања би тиме био потпуно инкорпорисан у ЦЕФТА Споразум, али и у сам процес европских интеграција.

На основу анализе наведених спорних питања насталих у примени ЦЕФТА Споразума, мишљења смо да је за свако од њих могуће наћи одговарајуће решење у оквиру ЦЕФТА споразума. Проширена либерализација спољнотрговинског режима западнобалканских земаља у виду успостављања нове царинске уније отворила би бројне проблеме. То су

пре свега однос будуће царинске уније према трећим земљама којима данашње државе чланице ЦЕФТА имају закључене споразуме о слободној трговини (Србија и Црна Гора са Русијом, Босна и Херцеговина са Турском). Није извесно да би Русија и Турска пружиле једнаке погодности и осталим чланицама ЦЕФТА, нити с друге стране, а питање је и да ли би се Србија или БиХ одрекле тих повластица у циљу изједначавања положаја свих чланица новоформиране царинске уније. Питање је и колико су поједине државе чланице ЦЕФТА уопште спремне за ту врсту либерализације спољнотрговинског режима какву захтева царинска унија.

Уз адекватну политичку вољу може се доћи до складног и ефикасног нормативног и институционалног оквира спољнотрговинске размене у оквиру ЦЕФТА Споразума. Основана је претпоставка да ће значај овог Споразума бити велики у предстојећем временском периоду који води ка интеграцији његових шест чланица у ЕУ. Најпре јер је, у постојећим политичким приликама у Европи незахвално прогнозировать када ће проширење чланства ЕУ догодити. Коначно, циљ приступања Споразуму јесте да се оствари успешно усклађивање правноекономског оквира са земљама ЕУ, те је несумњиво потребно отклонити правне несавршености које не доприносе остваривању доминантне одреднице спољнополитичког курса балканских земаља.

Stefan RADOJČIĆ

Demonstrator, Law Faculty of the University of Novi Sad

Luka BATURAN, LL.D.

Assistant, Faculty of Law, University of Novi Sad

HOW TO IMPROVE FOREIGN TRADE EXCHANGE IN THE CEFTA REGION

Summary

In this paper are analyzed challenges standing before the state members of the CEFTA. Starting point of this topic is the CEFTA agreement which is a specific multilateral treaty. Afterwards there is a try to observe legal instruments by which state members to the CEFTA harmonize its interests and overcome disputable situations. Also, a possibility of accessing to the Lugano Convention is considered for the purpose of reducing transactional costs. Emphasis are put on the need of adapting CEFTA agreement to the changes which will happen due to the successive access of the CEFTA state members to the EU. Final consideration is related to a possibility of replacement the exiting Agreement with a new one which would establish a customs union in the same area.

Keywords: *CEFTA, customs union, Lugano Convention*

ЛИТЕРАТУРА

Радио телевизија Србије: Вучићев пројекат за Западни Балкан, <http://www.rts.rs/page/stories/sr/story/13/ekonomija/2635896/vucicev-projekat-za-zapadni-balkan.html>, приступ: 20. марта 2017. године.

Емилија Петровић, *Европска унија и светско тржиште*, Нови Сад, 2016.

Лука Батуран, „Оправданост увођења привременог ограничења слободног извоза пшенице у Србији“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, год. 45, бр. 1, Нови Сад, 2011, 535-548.

Лука Батуран, „Трговина између Србије и Русије у светлу царинских преференција и међусобних санкција Русије и Западних земаља“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Нови Сад, 2014, 431-445.

Министарство правде Републике Србије, Подршка иницијативи Министарства правосуђа Републике Словеније за приступање држава региона Западни Балкан конвенцији „Лугано“ и друге регионалне иницијативе.

Тихомир Богићевић, *ЦЕФТА 2006 - Примена правила о пореклу робе*, Институт за дипломатску економију, Београд, 2007.

Дневник: Царинска унија Балкана: 18 милиона људи и 244 милијарде долара БДП, <http://www.dnevnik.rs/ekonomija/carinska-unija-balkana-18-miliona-ljudi-i-244-milijarde-dolara-bdp>, приступ: 20. марта 2017. године.

ПРАВНИ ИЗВОРИ

Бечка конвенција о уговорном праву, „Службени лист СФРЈ“, Међународни уговори и други споразуми, бр. 30/1972;

Закон о потврђивању протокола између Владе Републике Србије и Владе Руске Федерације о изузецима из режима слободне трговине и правилима о одређивању земље порекла робе уз Споразум између Савезне владе Југославије и Владе Руске Федерације о слободној трговини између СРЈ и РФ од 28. августа 2000. године, „Сл. Гласник РС – Међународни уговори“, бр. 8/2011;

Закон о потврђивању Споразума између Савезне владе Југославије и Владе Руске Федерације о слободној трговини између СРЈ и РФ. „Сл. Лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 1/2001;

Закон о потврђивању споразума о измени и приступању споразуму о слободној трговини у централној Европи – ЦЕФТА 2006, „Службени гласник РС“, бр. 88/2007;

Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Apr. 15, 1994, 1867 U.N.T.S. 154;

Републички завод за статистику, Саопштење бр. 24, год. LXVII, 31.01.2017, *Статистика спољне трговине СТ13*;

Републички завод за статистику, Саопштење бр. 24, год. LXVII, 31.01.2017, *Статистика спољне трговине СТ13*;

Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, с једне стране и Босне и Херцеговине, с друге стране, „Службени гласник БиХ – Међународни уговори, бр. 10/08;

Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (Lugano), 28 ILM 620 (1989);

УПУТСТВО АУТОРИМА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Рукопис рада мора бити компјутерски обрађен коришћењем програма **WORD**, на формату странице **A4**, у фонту **Times New Roman** (величина фонта **12pt**, размак између редова **1,5**), писан на **српском** језику, ћириличним писмом (**Serbian, Cyrillic Serbia**). Уколико је рад писан на неком од страних језика у широј употреби у међународној комуникацији, потребно је да садржи резиме и кључне речи на српском језику и писму.

Обим рада је **један ауторски табак**, који, према претходним упутствима износи **до 16 страна** компјутерски обрађеног текста, са 28 редова и 66 знакова у реду.

Рад се предаје у електронском облику и подлеже обавезној анонимној рецензији два рецензента којима није познат идентитет аутора, као што ни аутору није познат идентитет рецензената.

2. ФОРМА И СТРУКТУРА

У горњем левом углу, пре наслова рада, наводе се **подаци о аутору** (ауторима): **академска титула, име и презиме, звање, афилијација** (у фусноти и електронска адреса). Ови подаци се достављају и на енглеском језику, уз резиме.

НАСЛОВ рада се пише на **средини**, великим словима, **фонт 14**, након чега следе **апстракт** обима до 20 редова и **кључне речи** (максимум пет).

ПОДНАСЛОВИ се пишу на **средини**, великим словима, **фонт 12**, и **нумеришу се арапским бројевима**. Уколико поднаслов садржи више целина, оне са такође означавају арапским бројевима, и то: **1.1. малим обичним** словима, фонт 12, **1.1.1.** – малим **италик** словима, фонт 12, итд.

Након **интегралног текста рада**, следе резиме (**Summary**) обима до једне стране, са подациома о аутору, насловом рада и кључним речима на енглеском језику, као и **попис коришћене литературе** (редослед: азбучни ред према почетном слову презимена аутора).

3. ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

3.1. Књиге

Књиге се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив (*италик*), место издања, година издања (курентом – обично). **Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.** Ако се наводи и број стране, он се пише без икаквих додатака (попут стр., р., рр. и слично). Уколико се наводи и издавач, пише се курентом пре места издања. Навођење назива издавача није обавезно, али је пожељно.

Пример (прво цитирање):

Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2010, 254;

Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Београд, 2010, 254.

Уколико се упућује на фусноту, после броја стране пише се скраћеница „фн.“.

Пример: Зоран Стојановић, *Кривично право – општи део*, Правна књига, Београд, 2010, 265, фн. 22.

Уколико се у раду цитира текст одређеног аутора, **код поновљеног цитирања** тог текста, после првог слова имена и презимена аутора, следи ознака *op. cit* и број стране.

Пример (наредно цитирање): З. Стојановић, *op. cit.*, 265.

Уколико се цитира **више радова истог аутора**, а пошто је први пут назив сваког рада наведен у пуном облику, после првог слова имена и презимена аутора, ставља се у загради година издања књиге или чланка. Уколико исте године аутор има више објављених радова који се цитирају, уз годину се додају ћирилична слова а, б, в, г, итд., после чега следи само број стране.

Пример (наредно цитирање): З. Стојановић (2010), 265; З. Стојановић (2010а), 222; З. Стојановић (2010б), 223.

Уколико постоји **више аутора** књиге или чланка (**до три**) раздвајају се зарезом.

Пример: Слободанка Константиновић-Вилић, Весна Николић-Ристановић, Миомира Костић, *Криминологија*, Прометеј, Београд, 2010;

Пример (наредно цитирање): С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, *op. cit.*, 56; или С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић, (2010а), 56.

Уколико се цитира књига (чланак) са **више од три аутора**, наводи се прво слово имена и презиме само првог од њих, уз додавање скраћенице *et al.*

Пример: Marcelo F. Aebi *et al.*, *European Sourcebook of Crime and Criminal Justice Statistics*, Fifth Edition, HEUNI, Den Haag, 2010.;

Пример (наредно цитирање): M. F. Aebi *et al.*, (2010), 254.

Уколико се цитира податак с исте стране из истог дела као у претходној фусноти, користи се латинична скраћеница *Ibid*, с тачком на крају (без навођења презимена и имена аутора): *Ibid.*

Уколико се цитира податак из истог дела као у претходној фусноти, али с различите стране, користи се латинична скраћеница *Ibid*, наводи се одговарајућа страна и ставља тачка на крају; *Ibid*, 69.

3.2. Чланци

Чланци се наводе на следећи начин: прво слово имена (са тачком) и презиме аутора, назив чланка под наводницима, назив часописа (*италик*), број и годиште, место и година издања, број стране (све курентом - обично). **Само приликом првог цитирања наводи се пуно име аутора.**

Пример: Слободан Перовић, „Право на слободу и природно право“, *Правни живот*, бр. 7-8, Београд, 2004, 9.

Пример: В. Михајловић, „Законодавство као основна функција и услов постојања и деловања парламента као представничке институције власти“, *Зборник радова Правног факултета у Приштини*, Косовска Митровица, 2014, 65.

3.3. Правни прописи

Прописи се наводе пуним називом, потом се **под наводницима** наводи гласило у коме је пропис објављен, а после зареза број и година објављивања. Уколико ће се поменути закон цитирати и касније, приликом првог помињања после црте наводи се скраћеница под којом ће се пропис даље појављивати. Уколико је било измена и допуна прописа, наводе се sukcesивно бројеви и године објављивања измена и допуна.

Пример: Закон о облигационим односима – ЗОО, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78.

Пример: Закон о основама система васпитања и образовања, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 62/03, 64/03, 58/04 и 62/04.

3.4. Судске одлуке

Навођење судских одлука треба да садржи што потпуније податке (врста и број одлуке, датум када је донесена, публикација у којој је евентуално објављена).

3.5. Интернет извори

Цитирање текстова с интернета треба да садржи назив цитираног текста, адресу интернет странице и датум приступа страници.

Пример: Recommendation No. R (99)4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning The Legal Protection Of Incapable Adults, [http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(99\)4E.pdf](http://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(99)4E.pdf), приступ: 15. децембар 2015. године

3.6. Скраћенице

За „видети“ користи се скраћеница „Вид.“, а за „упоредити“ се користи скраћеница „Упор.“ Члан, став и тачка прописа означава се скраћеницама чл., ст. и тач.

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

341(082)
340.137(082)

НАУЧНИ скуп са међународним учешћем Национално и међународно право -
актуелна питања и теме (2017 ; Приштина [тј.] Косовска Митровица)
Зборник радова "Национално и међународно право - актуелна питања и
теме" = Collection of Papers "National and International Law - Current
Issues and Topics". Том 2 / [главни и одговорни уредник Олга
Јовић-Прлаиновић]. - Приштина [тј.] Косовска Митровица : Правни факултет
Универзитета, 2017 (Краљево : Кварк). - VII, 520 стр. ; 25 cm

"Научни скуп са међународним учешћем одржан је 26. маја 2017. године на
Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у
Косовкој Митровици" --> насл. стр. - Тираж 100. - Напомене и библиографске
референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад.

ISBN 978-86-6083-048-9

1. Јовић-Прлаиновић, Олга [главни и одговорни уредник]

а) Међународно право - Зборници б) Право - Хармонизација - Зборници

COBISS.SR-ID 234648076