



**ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА УНИВЕРЗИТЕТА
У ПРИШТИНИ СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ КОСОВСКОЈ
МИТРОВИЦИ, Косовска Митровица, 2011. године**

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мијал Стојановић

Редакциони одбор

Проф. др Зоран Исаиловић

Проф. др Владимир Вековић

Проф. др Љубица Мандић

Доц. др Сава Аксић

Секретар Редакционог одбора

Мр Здравко Грујић

Технички уредник

Младен Тодоровић

Штампа

Кварк, Жича

Тираж:

100 примерака

Правни факултет Универзитета у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици
38220 Косовска Митровица, ул. Лоле Рибара 29
Тел: (028) 425–336, 425–339, факс: (028) 425–339
pra@pr.ac.rs, <http://www.pra.pr.ac.rs>

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ
У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ЗБОРНИК РАДОВА

Косовска Митровица
2011.

Универзитет у Приштини
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА
У ПРИШТИНИ

Косовска Митровица
2011.

САДРЖАЈ

КАТЕДРА ЗА ГРАЂАНСКО ПРАВНЕ НАУКЕ

Др Марија Крвавац
ВАНУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ
И СУКОБ ЗАКОНА 13

Мр Бранко Милетић
ИМОВИНСКИ ОДНОСИ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА 33

Мр Душко Челић
МИЛОШ Д. ЖИВКОВИЋ, *АКЦЕСОРНОСТ ЗАЛОЖНИХ
ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИ*, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, 2010, 380 49

Гордана Дамјановић, Јелена Беловић
WІРО ЦЕНТАР ЗА АРБИТРАЖУ И МЕДИЈАЦИЈУ 57

КАТЕДРА ЗА КРИВИЧНО ПРАВНЕ НАУКЕ

Др Владимир В. Вековић
ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ
САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У РЕПУБЛИЦИ
СРБИЈИ 77

Др Петар Станојевић, мр Саша Атанасов
ЗНАЧАЈ ПРОАКТИВНЕ ИСТРАГЕ У
СУПРОСТАВЉАЊУ ТРГОВИНИ ЉУДИМА 91

Мр Драган Благић
ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА 109

Мр Здравко Грујић
ПРИЛОГ УТВРЂИВАЊУ СВРХЕ КРИВИЧНИХ
САНКЦИЈА И КАЖЊАВАЊА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ
КРИВИЧНИМ ПРАВОСУДНИМ ИНСТИТУЦИЈАМА 123

Мирјана Ђукић СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ	141
---	-----

КАТЕДРА ЗА ЈАВНО ПРАВНЕ НАУКЕ

Др Владан Михајловић КОНТРОВЕРЗЕ СЛОБОДНОГ (ИЛИ НЕ) ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА	155
--	-----

Др Мијал Стојановић ПОСТУПАК СУДСКОГ РЕШАВАЊА КОЛЕКТИВНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СЛОВЕНИЈИ	173
---	-----

Мр Слободанка Перић СЛОБОДА РАДА	189
--	-----

Мр Бојан Бојанић О ЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ И ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ	199
--	-----

КАТЕДРА ЗА ПРАВНО ЕКОНОМСКЕ НАУКЕ

Др Зоран Исаиловић БУЏЕТ У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА	211
--	-----

Др Љубомир Митровић САВРЕМЕНИ КРЕДИТНО - БАНКАРСКИ СИСТЕМ	231
---	-----

Др Душанка Јововић ПАРАДИГМА ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА И РАСТУЋИ ЗНАЧАЈ ОБРАЗОВАЊА У ЕКОНОМИЈИ БАЗИРАНОЈ НА ЗНАЊУ	243
--	-----

Мр Сузана Димић ОПОРЕЗИВАЊЕ МАЛИХ ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА ПОРЕЗОМ НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ	259
--	-----

**КАТЕДРА ЗА ТЕОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ,
ИСТОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ И СОЦИОЛОГИЈУ**

Др Сава Аксић ОСНОВ ПРАВА	271
-------------------------------------	-----

**РАДОВИ НАСТАВНИКА СА ДРУГИХ
ВИСОКОШКОЛСКИХ УСТАНОВА**

Др Драган Вујисић ВРСТЕ УГОВОРА О ТУРИСТИЧКИМ УСЛУГАМА	289
--	-----

Др Гордана Лажетић – Бужаровска ПРАВНИ ЛЕКОВИ У НОВОМ ЗАКОНУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ	311
---	-----

Др Игор Милинковић ЈАВНОСТ РАДА ОРГАНА ЛОКАЛНЕ ВЛАСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ (ФАКТОР ЈАЧАЊА ЛОКАЛНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ)	335
---	-----

Иван Илић ЗАБРАНА ДВОСТРУКЕ УГРОЖЕНОСТИ И ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА НА ШТЕТУ ОКРИВЉЕНОГ	349
--	-----

КАТЕДРА ЗА ГРАЂАНСКО ПРАВНЕ НАУКЕ



Др Марија Крвавац

ВАНУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ И СУКОБ ЗАКОНА

Апстракт:

Интензивно повећање обима међународне размене добара и услуга условило је појаву све већег броја грађанскоправних деликата правно и чињенично повезаних са две или више држава. Вануговорна одговорност за накнаду штете утврђује се унутрашњим прописима међународног приватног права, одређеним међународним уговорима а у неким правним системима судском праксом. Правне последице противправних радњи из којих је произашла штета у потенцијално меродавним унутрашњим правима су често веома различите тако да се у поступку мериторног одлучивања надлежни органи суочавају са проблемом сукоба закона. Колизiona решења унутрашњег права најчешће се ослањају на примену права места штетне радње и права места настанка штете. Тенденција развоја колизционе регулативе иде у правцу напуштања фиксних решења као што је примена *lex loci delicti commissi* и прихватању правила најближе везе у својству алтернативног или искључивог решења.

Кључне речи: деликтна одговорност, меродавно право, штета, штетна радња, штетна последица, најближа веза

Проф. др Марија Крвавац

ВАНУГОВОРНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ШТЕТУ И СУКОБ ЗАКОНА

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

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

Земље ЕУ јављају се као уговорнице у двостраним и вишестраним међународним правним документима којима су предвиђена посебна колизиона решења у области накнаде штете у саобраћајним удесима и у погледу одговорности произвођача за своје производе. Примена конвенцијских правила у тзв. трећим земљама које нису чланице ЕУ могла би у будућности зависити од резултата процеса придруживања овој регионалној међународној организацији, имајући у виду питање разграничења поља примене извора секундарног и конвенцијског права.

У систему права ЕУ извршена је кодификација колизионих правила за вануговорне обавезе Уредбом Рим II, која је помирила интересе уграђене у колизионо право вануговорних обавеза европских држава, постојеће прописе Уније и национално законодавство.

¹ B. Josseland, L., L' evolution de la responsabilité, 1937, str. 7.

Општа колизиона правила о сукобу закона код деликтне одговорности (упоредноправни преглед)

Питање колизионог решавања у области деликтних односа, почев од средине прошлог века до данашњих дана, налази се у средишту научних расправа.² Избор деликтног статута у ранијем периоду развоја правне науке није представљао проблематику од примарног интереса. Ситуација је данас другачија и ова материја слови за једну од најинтересантнијих у докторинарним расправама. Упоредно међународно приватно право прихвата у решавању сукоба закона код деликтних односа различита колизиона решења. Иако доминира принцип *lex loci delicti commissi*, примењују се и *lex fori*, *lex fori i lex loci delicti commissi* кумулативно, право најближе везе уз специфична решења појединих америчких држава (примена повољнијег права, анализа државног интереса).

У доктрини Европског међународног приватног права није било заговорника примене *lex fori* као искључивог деликтног статута. Ипак, један број теоретичара био је становишта да за одређена питања деликтне одговорности треба уз *lex loci delicti commissi* применити и *lex fori*³ и то само за деликте који су почињени у иностранству. Они полазе од претпоставке да суд не примењује исте колизионе одредбе без обзира да ли је реч о грађанскоправним деликтима извршеним у иностранству или деликтима извршеним на тлу домаће земље. У складу са овим учењем, као и судском праксом, на квалификацију деликта, треба кумулативно применити страно право и право форума.

Lex fori као опште колизионо решење за вануговорну одговорност за штету данас је напуштено, осим код поморских деликата који су почињени на отвореном мору. У периоду када се питање меродавног права није уопште постављало то решење је било доминантно. Судови су га примењивали као једино исправно за спорове у којима би установили своју надлежност. Поред тога, и теоретичари су фаворизовали примену домаћег права, посебно знаменити немачки аутори Вехтер и Савињи.⁴

² Khan-Freund, *Delictual Liability and the Conflict of Laws*, RCADI, 1968, II, Tome 124, str. 5-6.

³ Ближе Пак М., *Деликтна одговорност за проузроковану штету у међународном приватном праву*, Београд, 1972, Јездич М., *Међународно приватно право*, Београд, стр. 174., Благојевић Б., *Међународно приватно право*, Београд, 1950, стр. 367 и даље.

⁴ Вехтер одбацује немачку статутарну теорију и полази од тога да судија одлучује само на темељу права своје земље. Меродавност права форума он изводи из функције кривичног и деликтног права као поштовање принципа искључивог територијалитета. Према Савињиу прописи деликтног права су когентни прописи и

Данас је мало аутора који се још увек залажу за примену овог колизионог решења, као примарног, у решавању сукоба закона.⁵

Извор колизионих правила у Енглеској је судска пракса а примена *lex fori* је била карактеристична управо за енглеску јудикатуру. Решења сукоба закона су била различита зависно од тога да ли се радило о домаћем или страном деликту, све до доношења Закона о међународном приватном праву.⁶ Проблем сукоба закона за енглеске судове био је актуелан само у погледу деликата почињених у иностранству. Колизионни принципи вануговорне одговорности за проузроковану штету постављени су у случају Филипс-Ејр (Phillips v. Eyre) и у случају Машадо-Фонтес (Machado v. Fontes).⁷ Примењена правила одговарају кумулативној примени правила *lex fori* и *lex loci delicti commissi*. Избор меродавног права суд је образложио на следећи начин "...Да би се о правним последицама страног деликта одлучивало у Енглеској морају бити испуњена два услова и то противправно понашање мора бити таквог карактера да би, уколико би било почињено у Енглеској било утуживо

саставни део јавног поретка те отуд непосредна примена домаћег деликтног права. В. Morse, Torts in the Private International Law, *Choise of Law in Tort: A Comparative Survey*, AJCL, 32, 1984, str. 7.

⁵ А. Ehrenzweig, *The Lex fori –Basic Rule in the Conflict of Laws*, Michigan Law Review, 1960, 58, str. 638. Детаљније Сајко К., Америчко међународно приватно право деликтних обавеза, Приноси, 1976, стр. 9.

⁶ Одредба чл. 9. ст. 6.

⁷ Гувернер острва Јамајка Ејр угушио је побуну на окрутан начин. Филипс је без суђења притворен. Касније су се промениле околности у овој земљи и исти је покренуо поступак тужбом за накнаду штете која му је проузрокована неоснованим лишењем слободe и нанесеним увредама у Енглеској. Ејр се позивао на Act of Indemnity, усвојен на Скуштини Јамајке након што је угушена побуна и тим актом су и он као и они који су деловали под његовим наредбама ослобођени одговорности за штету. Суд је нашао да деликт извршен у иностранству може да буде досуђена накнада штете пред британским судом само ако су испуњена два услова и то ако је штета утужива по енглеском праву и ако је радња противправна по праву које у моменту извршења деликта важи на страном територији. Пошто су такве мере које је гувернер предузимао против устаника у то време биле дозвољене захтев тужиоца, иако се он позивао на чињеницу да се акти колонија не примењују екстериторијално, дакле без икаквог дејства у Енглеској, суд је одбио тужбени захтев. Phillips v. Eyre (1870) L.R. 6 Q.B 1,10 V&S. 1004 40,L.J.Q.B. 28,22 L.T.869. У случају Машадо против Фонта тужени је увредио тужиоца написом на португалском језику у Бразилу. Увреда је према енглеском праву деликт који повлачи накнаду штете док по бразилском то није. И поред тога што је штета била утужива по енглеском праву и произашла из противправне радње по бразилском праву, ипак је тужба одбачена и суд се огласио ненадлежним као Fogum Shopping јер је тужилац у повољнијем положају него пред страним, такође надлежним судом.

(actionable),...и понашање не сме бити противправно (not justifiable), спрема праву државе у којој је почињено".

Принцип примене *lex fori* обликован овом одлуком, потврђен је и много касније одлуком у случају Бојс пр. Чаплина⁸. Усвајањем Private international Law (под називом Miscellaneous Provisions Act из 1955.) учињен је прекид са традиционалном применом *lex fori* у колизионом праву деликтних односа. Страно право ипак је све до 1971. године било маргинализовано да би се отпочело са применом кумулативног колизионог решења *lex fori* и *lex loci delicti*.⁹

Америчка судска пракса полазила је од сличних колизионих решења, упоредо са Зборником правила међународног приватног права (Restatement) којим је предвиђен већи број колизионих решења за поједине елементе вануговорне одговорности и права на накнаду штете. За разлику од енглеске, америчка судска пракса је признавала дејство страног права и то само уколико је оно било слично са домаћим.¹⁰ Немачко законодавство као и судска пракса, све до усвајања Рим II Уредбе, прихвата да у начелу за деликтне односе треба применити колизионо правило *lex loci delicti commissi*.¹¹ Уколико оно упути на страно меродавно право, до примене пред домаћим судом може доћи само ако је одговорно лице за штету странац, а у осталим случајевима ће се применити *lex fori*. Примена правила страног меродавног права је искључена уколико се она од домаћег права разликују у схватањима о одговорности, о кругу лица која имају право на накнаду, о појединим облицима накнаде итд.¹²

Правила вануговорне одговорности за накнаду штете у француском праву обликовала је судска пракса. Још је средином прошлог века француски Касациони суд одлуком у спору *Loutour c. Guiarud* ¹³ утврдио *lex loci delicti* као примарни колизиони принцип од кога се одступа само ако је страно право противно јавном поретку. Француски Грађански закон одредбама које се односе на деликте даје карактер норми непосредне примене због чега је изражена тенденција примене

⁸ *Boys v. Chaplin* (1971) A.C. 356.

⁹ B. Cheshire, *North's Private international Law*, 1992, str. 533.

¹⁰ V. Morse, *Torts in the Private International Law*, c.14.; У § 145 *Restatementa* сукоб закона код деликата решен је на следећи начин: Права и обавезе између странака у вези са последицама деликта одређују се по праву „тесне везе“. Ова веза се утврђује нарочито према : месту где је настала повреда, месту где је настао узрок повреде, домицилу, боравишту, држављанству, месту регистрације, месту пословања странака и месту гравитације односа између странака.

¹¹ Из одредбе чл.12. Уводног закона за Грађански закон (1986).

¹² Morse C.G.J, *Choise of Law in Tort :A Comparative Survey*, *AJCL*, 1984, str. 56-61.

¹³ *Loutaur c. Guiarud* 1948, *RCDIP*, 1949, str. 89.

француског деликтног права.¹⁴ Склоност судова да примењују *lex fori* оправдана је чињеницом да се тако штити домаћи јавни поредак, интереси домаћих држављана, правном природом деликтног права као и чињеницом да *lex loci delicti* може да има случајни карактер¹⁵.

1. *Lex loci delicti commissi*

Чињенице које представљају најчешће везујуће околности у колизионом праву деликтних односа и које упућују на меродавно право јесу место штетне радње (*locus delicti commissi*) и место настанка штете (*locus damni*).

Lex loci delicti commissi је због општег прихватања у доктрини, законодавствима и судској пракси постало универзално колизионо решење,¹⁶ на шта је пресудан утицај имала повезаност штетног догађаја и права државе у којој је штетни догађај наступио у деликтном односу. Доктрина је ово решење дуго сматрала најприкладнијим у материји сукоба закона код вануговорне одговорности за штету изводећи теоријско оправдање из принципа територијалног суверенитета,¹⁷ односно из интереса државе да се на подручју на коме је наступио штетан догађај примени њено право и осигура поштовање правила понашања.¹⁸ Заштита интереса државе и самих странака применом овог колизионог решења, лакоћа одређивања и примене меродавног права, правна сигурност и једнообразност испуњава основне постулате на којима почива међународно приватно право, односно његов најтипичнији део сукоб закона.¹⁹ С друге стране, тенденција социјализације обештећења, истицање савремене сврхе и циља деликтног права у контексту веће друштвене корисности стављају ово решење у оквире праведног индивидуалног обештећења. Друштвена заштита постаје основна сврха деликтног права.²⁰

Према аустријском закону из 1978.²¹ захтеви за вануговорну накнаду штете оцењивали су се према праву државе у којој је извршена штетна радња. Упркос томе ако за странке постоји јача веза с правом

¹⁴ Чл. 3. ст. 1. Code civila, В. Batiffol, Lagarde, Droit international privé, I, 1983, str. 321-333.

¹⁵ Khan Freund, Наведено дело, стр. 24-28.

¹⁶ Audit B., Droit international privé, Paris, 1991, str. 153.

¹⁷ В. Morse, Наведено дело, стр. 13.

¹⁸ В. Rabel E, Conflict of Laws, A Comparativy Study, University of Michigan, 1960, str. 251-252.

¹⁹ Hancock M, Torts in the Conflict of Laws, Chicago, New York 1982, str. 59.

²⁰ Rabel E., Наведено дело, стр. 252.

²¹ Аустријски савезни Сл.л.бр.304/78., л.119/98., л.18/99., л.135/00.

једне исте државе оно ће се применити као меродавно.²² Дакле, као примарно колизионо решење аустријско право је упућивало на *lex loci delicti commissi*, с тим што се оно не би примењивало ако је кроз све учеснике деликтног односа изражена тесна веза са правом једне те исте државе. Аустријски законодавац утврђује посебно правило за нелојалну конкуренцију, тако што штету везује за понашање одговорног лица. Овај појам је шири од "радњи" али је ужи од "чињенице" јер подразумева субјективан однос одговорног лица према штети, који се у случајевима апсолутне и објективне одговорности мора тумачити

Грчким Грађанским законом²³ решење *lex loci delicti* је остављено без алтернативе док је италијански Закон о међународном приватном праву начелно предвиђао примену тог решења, за разлику од ранијег Грађанског закона.²⁴ Закон о међународном приватном праву Чешке *lex loci delicti commissi* прихвата као искључиво решење.²⁵

Првим Рестеитментом, право САД решење *lex loci delicti commissi* одређује као опште, од чега се касније одступа због све гласнијих критичких ставова да је строго и нееластично, изузев појединих америчких држава које начелно примењују право места где је штетна радња извршена.²⁶

Усложњавањем услова настанка међународних деликата примена права места штетне радње наметнула је потребу преиспитивања његове сврсисходности и примењивости. Међународна заједница, суочена са појавом сасвим нових облика деликата који често имају катастрофалне последице (нуклеарне штете, индустријске експлозије и сл) деликтну одговорност све више поставља на ниво колективне одговорности, коју прате посебни системи различитих облика осигурања у паралелној функцији са њом. У таквим условима се поставља питање примене *lex loci delicti commissi* у решавању сукоба закона. Индустријализација, масовна дистрибуција производа и добара, пораст штетних догађаја који прелазе границе једног правног система утичу на то да место незгоде може бити сасвим случајно или тешко одредиво. С обзиром да је за примену *lex loci delicti* потребна исправна локализација била је оправдана потреба модернизације деликтног колизионог права. Нека национална законодавства су у том смислу значајано изменила колизионо деликтно право, међу којима се истиче модел стандардизовања националних правила земаља ЕУ.

²² В. чл. 48. ст.1.

²³ Грађански закон (1940) одредба чл. 26.

²⁴ Закон о међународном приватном праву чл. 62.2 ; чл. 63.

²⁵ Закон о међународном приватном праву чл. 15.

²⁶ § 377. Првог Restatmenta

Кроз активност међународних организација у сфери међународног права било је покушаја да се кодификује целокупно деликтно колизионо право, али је унификована само специфична колизиона регулатива и то за друмске саобраћајне несреће и за одговорност произвођача, усвајањем Хашких конвенција о закону који се примењује на друмске саобраћајне незгоде (1971.) и конвенције о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе (1973.г. ступила на снагу 1977.).

Упркос честе непримењивости и крутости у условима савременог развоја деликтних односа, решење *lex loci delicti commissi* је у многим националним законодавствима задржало положај нечелног решења упоредо са спроведеним правним реформама.²⁷ Од правила места штетне радње, као категорије везивања може се одступити у корист заједничког права странке, права заједничког држављанства или заједничког пребивалишта (боравишта); права меродавног за већ постојећи однос *lex causae*; права ближе везе, избора између места радње и места настанка штете и споразумног избора меродавног права-*lex autonomiae*.²⁸

1.1 Изузеци од примене *lex loci delicti commissi*

Заједничко право странака може довести до одступања од примене општег колизионог решења а да притом нужно не дође до примене заједничког националног права. Суд може, као везујућу околност за одређивање меродавног права, да примени заједничко пребивалиште или боравиште у истој држави, што је у упоредном праву најчешћи начин на који се утврђује одступање од основног колизионог решења.

Осим тога, уколико између странака већ постоји неки ранији правни однос, у складу са њим може доћи до одступања од примене примарног колизионог решења. Странке су у том случају у правној, а не у чињеничној вези као у предходном случају. Најчешће се ради о деликтном понашању које би се могло подвести и под повреду уговорне обавезе.²⁹ Ипак, *lex causae* раније установљеног односа може се применити уместо *lex loci delicti commissi* само уколико деликт представља повреду и тог односа.

Клаузула одступања је одредба у закону на коју се позива надлежни орган када жели да избегне примену општег колизионог правила и уколико спорни однос има ближу везу са неким другим правом.

²⁷ Тако, одредбе чл.133.2. Швајцарског Закона о међународном приватном праву.

²⁸ Томљеновић В., Поморско међународно приватно право, Ријека 1998, стр. 73 (цит).

²⁹ Овакво одступање предвиђа Закон о међународном приватном праву Швајцарске чл. 133.ст. 3 у вези са чл. 132 и чл. 133. ст. 1 и 2.

Сврха одредби о генералној клаузули одступања састоји се у отклањању нефлексибилних законских решења какво је и *lex loci delicti*. Као модел одредбе о генералној клаузули одступања може се прихватити норма швајцарског Закона о међународном приватном праву, којим се изричито наглашава да може доћи до одступања од редовне примене меродавног права у корист права најтешње везе и то само изузетно. Треба истаћи да се применом ове клаузуле ниједна од странака не сме стављати у повољнији положај. Тим законом је предвиђена и могућност странака да својим избором одреде меродавно право, само након наступања штетног догађаја и само ако је извршен избор швајцарског права.³⁰

Принцип страначке **аутономије воље** није у складу са деликтним колизионим правом, али се у савременој доктрини истиче да нема разлога који би оправдао немогућност странака да изврше избор меродавног права после наступања штетног догађаја. *Lex autonomiae* је као деликтни статут био прихваћен у малом броју земаља. Принцип страначке аутономије воље је примењен у одлуци француског Касационог суда у спору *Roho c. Caron et al.*,³¹ а позитиван став према страначком избору права код вануговорне одговорности за штету има и белгијска судска пракса.³²

Превазилажење недостатака у примени *lex loci delicti commissi*, као фиксно постављеног колизионог решења, манифестује се кроз опште правило у случајевима када место извршења штетне радње и место где је настала штетна последица нису на територији исте државе. На питање меродавности једног од ова два право за спорни однос, доктрина и пракса судова дају различите одговоре. У савременим условима штетних догађаја чије су последице, по правилу у различитим државама, ова проблематика је знатно актуализована, тако да један број законодавстава предвиђа изричита решења којим се локализује деликт. Место извршења штетне радње је за већину европских држава означавало *locus delicti* имајући у виду да је место наступања штетних последица понекад тешко утврдити.³³ Насупрот томе, ЕУ правни системи полазе од задатка ефикасног обештећења оштећеног, те се интерес за обештећењем признаје држави у којој се штета манифестовала. Деликтна одговорност, без обзира на критеријум, не постоји сама за себе тако да без штете нема

³⁰ Чл. 132. Закона о међународном приватном праву.

³¹ *Roho c. Caron et al.* Cour de cassation, 19.4.1988, RCDIP, 1989, str. 71.

³² Ближе Fallon M., *L' incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité civil contractuelle*, Melanges Daloq, Bruxelles 1994, str. 159-188.

³³ Такво решење је прихваћено у Грчкој, Шпанији (чл. 10(9)) Уводног дела Грађанског закона из 1974.; условно у Аустрији пар. 48(1) ЗМПП.

одговорности.³⁴ Отуда се под местом деликта подразумева место штетних последица, што је карактеристично за америчку теорију и праксу која прихвата да је место деликта у држави у којој је наступио задњи догађај од кога зависи одговорност починиоца.³⁵ Од тога се пошло у дефинисању уједначених правила у систему држава обухваћених правом ЕУ.

У новијим кодификацијама трећих држава колизионог права за вануговорну одговорност право места извршења радње и право места где је наступила последица је постављено алтернативно, а примена једног од ових решења зависи од испуњења додатних околности. Факултативна примена *lex loci actus* и *lex loci damni* у случају да ове чињенице нису везане за једну државу, заснива се на "теорији жртве" тако да оштећени може да изабере право које је за њега повољније. Теорија жртве има своје корене у Француској у време уношења хуманистичких идеја у правно регулисање вануговорне одговорности. Суд по службеној дужности треба да утврди, поређењем права места штетне радње и права места где је настала штета, које је право повољније за оштећеног а самим тим и меродавно право.

Место наступања штетне последице, као колизионо решење у доктринарним расправама и законодавствима избија у први план усвајањем Уредбе ЕУ познате као Рим II. Уредба упућује на примену права места штетне последице као примарног колизионог решења код деликтне одговорности.

2. Примена права у најближој вези са спорним односом

У европско-континенталним правима принцип најближе везе је представљао еластично колизионо правило, изузетак од основног правила. Имајући у виду да право државе у којој је деликт наступио није увек право у најближој вези са спорним односом многа законодавна решења су претрпела извесне допуне. Из потребе да се предвиде додатне везујуће околности којима би се опште решење учинило еластичним и постигла правичност коначног решења правило најближе везе је кроз утицај колизионог права земаља "општег права" у европским земљама добило свој пуни израз у клаузули одступања као изузетак од примене правила *lex loci damni*. Треба истаћи да су пре унификације поједина национална права нпр. аустријско, упућивала на примену права у најближој вези, не утврђујући конкретно које је то право. Радило се о отвореним клаузулама у оквиру којих су судови могли да примењују колизиона правила по

³⁴ Rabel, Наведено дело, стр. 303(cit).

³⁵ §377 Првог Restatementa прихвата правило задњег догађаја.

службеној дужности. Сматраће се да постоји ближа веза када одговорно и оштећено лице имају исто држављанство или домицил на истој територији.

Доминантан однос енглеског права (*lex fori*) наспрам страног (*lex loci delicti commissi*) прекинут је одлуком у спору *Boys v. Chaplin*.³⁶ У складу са том одлуком, штетан догађај треба да је противправан према *lex fori* али и према *lex loci delicti commissi*. Ова одлука је познатија по томе што је установила правило да, ако за то постоје оправдани разлози, судија може одступити од кумулативне примене у корист примене права које је у најближој вези са спорним односом чак и ако је то неко треће право (*the proper law of tort*). Право државе које има најтешњу везу са спорним односом указује на примену битне околности, од значаја за предмет спора.³⁷ Иако су се енглески судови позивали на право у ближој вези са спорним односом само када је, по правилу, оно уједно било и енглеско право, ова одлука означава крупан корак у обликовању колизионог права.

Ово правило ближе прихвата америчка доктрина и судска пракса³⁸ кроз примену принципа *the most significant connection principle*, нормирано у Другом *Restatementu*.³⁹ Америчка колизиона регулатива омогућује суду да у сваком конкретном случају изабере, као меродавно, право које је са спорним питањем у најближој и најзначајнијој вези. Одлучујуће околности које треба да доведу до меродавног права су место где се повреда догодила; место где је извршена штета радња; пребивалиште; боравиште; место регистрације и место пословања странака; место где однос имеђу странака има седиште, ако такав однос постоји.⁴⁰ Рестеитмент изричито предвиђа да се меродавно право одређује

³⁶ Туженик и тужилац са пребивалиштем у Енглеској привремено су боравили на Малти за време одслужења војног рока. Тужиоц се на мотоциклу сударио са тужеником који је непажљиво возио аутомобил регистрован у Енглеској. Малтешко право је омогућавало тужиоцу само право на накнаду имовинске штете а према енглеском је било могуће накнадити и нематеријалну штету. Проблем сукоба закона се односио на опсег штете. У то време страно право места настанка штете примењивало се само на противправност штетне радње а за сва остала питања примењивало се домаће право. Суд је применио енглеско право и досудио накнаду и материјалне и нематеријалне штете. Апелациони суд је у другом степену потврдио одлуку с тим што су судије различито правдале примену енглеског права. Међу њима је било мишљења да је енглеско право *the proper law of tort*.

³⁷ Morris J. H. C, *The proper Law of tort*, *Harvard Law Review*, 64, 1951, str. 1951.

³⁸ Morris, цит дело, с. 892; У спору *Babcock v. Jackson*, 12 N Y. 2d 473, 191 NE 2d 279.

³⁹ § 145. st. 1.

⁴⁰ §145 опште начело; Ближе К.Сајко, Основне напомене уз пријевод другог Рестеитмента права о сукобу закона, *Приноси*, 1975, 8. стр. 75-76.

искључиво за спорно питање, али не и за вануговорну одговорност за штету уопште. Правило најближе везе је као колизионо решење усвојено начелно за све деликте и за сва питања која из вануговорне одговорности произиђу. Поред тога, предвиђа се и више решења за специфичне деликте као што су оштећење ствари, личне повреде, злонамерно (*fraus legis*) изношење чињеница, клеветање, повреда права на приватни живот, међународна клевета и сл. Упркос критикама да ово колизионо решење не даје довољно јасне смернице за решавање сукоба закона оно се примењује у највећем броју америчких држава.⁴¹

Унификација колизионих норми међународног деликтног права на подручју Европске уније

Почетком примене, односно ступањем на снагу Уредбе ЕУ бр.864/2007 (Уредба Рим II), престају да важе аутономне одредбе деликтног права у државама чланицама, изузев Данске. Уредбе постају главни извор европског међународног приватног права ступањем на снагу Уговора из Амстердама 1. маја 1999.године.⁴² У оквиру Европског Парламента и Савета Европске уније доношењем Уредбе о меродавном праву за вануговорне обавезе започиње обликовање новог европског међународног деликтног права.

Општи циљ ЕУ представља изградња принципа слободe, правне сигурности и правног простора у коме се гарантује слобода кретања лица.⁴³ Циљ Уредбе Рим II је унификација колизионих одредаба аутономног права држава чланица ЕУ и спречавање *forum shoppinga*⁴⁴ у ЕУ на подручју вануговорне одговорности за штету. То би требало да олакша примену начела узајамног признања пресуда у грађанским и трговачким предметима.

Поље примене ове Уредбе представљају грађански и трговачки спорови са елементом иностраности при одређивању меродавног права за вануговорну одговорност за штету. Примена Уредбе Рим II посебно је искључена код фискалних, царинских, управних спорова као и код одговорности државе за радње и пропусте у вршењу власти. Поред тога

⁴¹ Reese W., *Recent Developments in Torts* Choise of law thinking in the United States, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1969, str.190.

⁴² Уговор из Амстердама о измени Уговора о Европској унији, Уговора о оснивању Европске заједнице и других са њима повезаних аката. ОЈ ЕС 1997, С-340/01

⁴³ В. чл.2. ал.4 Уговора о ЕУ.

⁴⁴ Nagel, Gottwald, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln, 2007, 166; Разлози за доношење Уредбе и објашњења њених одредаба изложени су у првом предлогу Комисије ЕЗ са меморандумом, 22. јула 2003, COM (2003) 427, ОЈ 2004 С96/8,4-6.

ова Уредба се не примењује на вануговорне обавезе у породичноправним односима, наследноправним, у вези са меницом, чеком и другим преносивим хартијама од вредности, у вези са правом привредних друштава и личном одговорношћу чланова трговачког друштва за обавезе друштва, уitrustовским односима, нуклеарним штетама, у вези са кршењем права на приватност лица, у вези са доказима и поступком не дирајући у одредбе чл. 21 и 22 Уредбе Рим II.⁴⁵

Одредбе Уредбе примењују се универзално, без обзира на то да ли је реч о праву чланице или нечланице, чиме се напушта двоструки колосек европског међународног приватног права, различито постављен када се ради о приватноправном спору субјеката држава чланица у односу на државе нечланице. Уредба се има примењивати на штетне догађаје настале након њеног ступања на снагу.⁴⁶ Она не дира у примену међународних уговора чије су странке у време њеног ступања на снагу једна или више држава чланица ЕУ, а које садрже колизиона правила за вануговорну одговорност за штету.⁴⁷ Насупрот томе, Уредба ће по правној снази бити испред међународних уговора искључиво склопљених између две или више држава чланица, ако су тим међународним уговорима уређени односи садржани у овој Уредби.⁴⁸ Након ступања на снагу Уредба се непосредно и директно примењује у државама чланицама, као општи и обавезујући акт, по својој правној снази изнад аутономног колизионог права држава чланица.

У одређивању меродавног права за вануговорну одговорност за штету Уредба Рим II предвиђа комбинацију објективних и субјективних одлучујућих чињеница, али и примену принципа најближе везе. У својству опште одлучујуће чињенице Уредба регулише место штете, док као изузетке од општег правила предвиђа заједничко редовно боравиште штетника и оштећеног, право у очигледно најужој вези уз одговарајућу супсидијарну одлучујућу чињеницу, те страначку аутономију воље. Дакле, суд државе чланице у спору поводом вануговорне обавезе, као меродавно право примењује право државе у којој је штета настала, без обзира на то где се штетни догађај десио и где су наступиле непосредне последице тог догађаја.⁴⁹ Од овог општег правила постоје два изузетка и то када одговорно лице и оштећени имају уобичајено боравиште у истој

⁴⁵ Чл.1. ст. 2. т а, т. б., т.ц., т.д., т.е., т.ф., т.г.; Чл. 1. ст.3. Уредбе.

⁴⁶ Завршним одредбама је предвиђено да се Уредба има примењивати на вануговорну одговорност за штету ако је штетна радња која је узроковала штету настала после 11. маја 2009. године.

⁴⁷ Чл. 28. ст. 1. Уредбе.

⁴⁸ Чл. 28. ст. 2. Уредбе.

⁴⁹ Чл. 4. ст. 1. Уредбе.

држави у време настанка те штете, чије ће право бити меродавно. Уколико из околности случаја недвосмислено прозилази да је деликт очигледно ближе повезан са државом која није она на која упућују предходна правила, меродавно је право те државе.

Опште правило Уредбе потврђује примену *lex loci delicti commissi*, али да би се избегла правна несигурност у случају када су последице штетне радње у различитим државама, правило је конкретизовано прописујући примену права државе у којој је наступила непосредна штета. За непосредну штету насталу у више држава треба кумулативно применити права свих тих држава. У предметима вануговорних обавеза за које је оправдано применити једно право за сва питања овако решење произилази из предвиђених клаузула изузетка.

Поред општих, Уредба садржи и посебна правила за деликтну одговорност проишавшу из штете проузроковане неким производом⁵⁰. Под меродавним правом подразумева се право државе у којој лице за које се тврди да је одговорно и оштећени имају уобичајено боравиште у време настанка штете. Уколико то није случај примениће се колизионе норме Уредбе које прописују примену супсидијарних одлучујућих чињеница. Уредба прописује и посебно правило за штету насталу из аката нелојалне конкуренције и аката који ограничавају слободну конкуренцију као и за обавезе настале услед штете нанете животној средини. У ову групу правила спадају и колизиона правила за штету насталу повредом права интелектуалне средине, те за вануговорну обавезу у вези с одговорношћу запосленог или послодавца или њихових удружења за штету проузроковану штрајком или локаутом (*industrial action*).

Трећи део Уредбе садржи колизиона правила за обавезе настале из стицања без основа, пословодства без налога (*negotiorum gestio*), као и одговорност за штету у току преговора (*culpa in contrahendo*).

Странке имају потпуну слободу избора меродавног права по основу аутономије воље након што је штетни догађај настао. Међутим, уколико су сви битни елементи случаја у тренутку када се штетни догађај одиграо везани за државу чије право није изабрано, странке својим избором права неке друге државе не могу дерогирати императивне норме права у најтешњој вези.⁵¹

Полазећи од традиционалног приступа Уредба преузима постојећа решења садржана у међународном приватном праву одређених држава

⁵⁰ Чл. 5. ст. 1. У Луксембургу, Словенији, Финској, Француској, Холандији и Шпанији и даље се примењују одредбе Хашке конвенције о меродавном праву за одговорност за производе. В. L.Collins, Dicey and Morris on the Conflict of Laws, London, 2006, str. 35-211.

⁵¹ Чл. 14. ст. 2.

чланица ЕУ, водећи рачуна и о решењима садржаним у правима неких држава нечланица (у првом реду швајцарског права).

Комисија ЕУ ће на основу ревизионе клаузуле поднети Европском Парламенту, Савету и Економском и социјалном одбору извештај о примени, а према потреби и измени Уредбе Рим II.

Међународна унификација колизионих правила вануговорне одговорности за штету

Потреба унификације колизионог права у материји грађанскоправних деликата темељи се на разликама националним нормама о вануговорној одговорности за штету, којима се сужава примена начелног колизионог решења *lex loci delicti commissi*. Унификација је требало да обезбеди примену јединствених правила од стране држава чланица и да елиминише проблеме у примени различитих колизионих норми. Међутим, до опште унификације материјалног и колизионог права деликтних односа није дошло али су поједини специфични облици вануговорне одговорности представљали предмет успешних јединствених колизионих међународних кодификација. Тако је у оквиру активности Хашке конференције за међународно приватно право извршена унификација колизионих решења за вануговорну одговорност за штету проузроковану друмским саобраћајним средствима и за случај одговорности произвођача Конвенцијом о меродавном праву за саобраћајне незгоде и Конвенцијом о закону који се примењује у случајевима одговорности произвођача за своје производе.

1. Хашка конвенција о меродавном праву за друмске саобраћајне несреће

Усвајањем ове конвенције обликована су посебна колизиона правила међународног приватног права за типичне ситуације деликтне одговорности.

Конвенција⁵² преузима класично колизионо правило *lex loci delicti commissi* којим се предвиђа меродавност материјалног права државе у којој је до незгоде дошло (чл.3.Конвенције). Примарни циљ усвајања ове конвенције био је да се олакша накнаде штете посредством осигуравача аутоодговорности и побољшања положаја оштећених лица. Постојећи систем решавања сукоба закона заснован на *locus delicti*, допуњен је

⁵² Конвенција из 1971. је на снази у Аустрији, Белгији, Хрватској, Шпанији, Француској, Македонији, Луксембургу, Португалији, Холандији, Словачкој, Словенији, Србији, Швајцарској, Чешкој Републици, Босни и Херцеговини.

одредбом ове конвенције релевантним чињеницама. Уз класично колизионо решење Конвенција предвиђа и одређене изузетке. Ако је само једно возило учествовало у незгоди а није регистровано у држави у којој се незгода догодила, за утврђивање одговорности возача или власника возила меродавно је право регистрације возила, без обзира на њихово редовно боравиште.⁵³

Право државе регистрације меродавно је и за штету коју је претрпео путник који нема редовно боравиште у држави у којој се несрећа догодила, као и лица које се налазило ван возила, ако се његово редовно боравиште налази у држави у којој је возило регистровано.⁵⁴ Уколико је реч о више особа у незгоди меродавно право се утврђује понаособ за сваку особу.

Дакле Конвенција прихвата нову чињеницу као релевантну у колизионом праву деликтних обавеза произашлих из саобраћајних несрећа тј. место регистрације моторног возила.⁵⁵ Када је у удесу учествовало више возила меродавно је право места удеса, сем ако су сва возила регистрована у истој земљи.⁵⁶ Уколико је возило регистровано у више држава, или уопште није регистровано, право државе "редовног смештаја" примењује се наместо примарног права државе регистрације и на тај начин упућује на меродавно право.

Колизионо решење примена права места регистрације моторног возила заснива се на теорији "ближе везе" и резултат је настојања да колизионо решење упућује на право које је са спорним односом у најближој вези. Право места регистрације је најповољније и са аспекта интереса осигарача као и интереса осталих држава.

Према праву меродавном применом конвенцијских колизионих правила, цени се основ и обим одговорности, врста штете, круг лица која имају право на накнаду штете терет доказивања, одговорност

⁵³ Одредба чл.4.(а).; У том смислу је илустративна аустријска одлука поводом тужбе за накнаду штете која је проистекла из саобраћајног удеса у Босни и Херцеговини у којој је учествовао само један аутомобил регистрован у Аустрији. Спор је настао око одређивања меродавног права, посебно питања да ли члан 4 а. АLINEЈА 2. Хашке конвенције треба или не треба да се примени. Одлучујуће је било питање: да ли тужилац оштећено лице који је био путник у поменутом возилу има своје уобичајено боравиште у Аустрији или у Босни и Херцеговини? Тужилац у тренутку настанка саобраћајне незгоде није имао своје уобичајено боравиште у БиХ већ у Аустрији, јер је током већег дела времена док је радио и током већег дела свог слободног времена, боравио у тој земљи

⁵⁴ Исто. Интересантна је аустријска одлука OGH, од 28. априла 1994.

⁵⁵ Ближе Loussarn Y., La convention de la Haye sur la loi applicable en mati`ere d'accidents de la circulation routi`ere, Journal Clunet 1/69, str. 1-21.

⁵⁶ Чл. 4.(б).

наредбодавца за поступке лица под његовом контролом, застарелост и сл. Осим тога, меродавно право уређује и питање права оштећених лица на покретање поступка против осигуравача. Право на директну тужбу подлеже нормама закона меродавног за уговор о осигурању.

2. Хашка конвенција о меродавном праву за одговорност произвођача за своје производе

Конвенција се у државама чланицама примењује у свим споровима накнаде штете узроковане неисправним производом. Правила конвенције у односу на одговорност произвођача представљају одступање од општег колизионог решења *lex loci delicti*.

Кроз интензиван развој међународне трговине и дистрибуције производа издвојила се потреба одређивања меродавног права и унификације различитих колизионих норми о одговорности произвођача за штету коју су проузроковали финални производи, или саставни делови производа; лица која обављају поправке и држе складишта за робу и која се у трговачкој мрежи баве припремом и дистрибуцијом производа; представници и особље које ради под контролом наведених лица, укључујући ту и штету која је настала као последица нетачног описа производа или пропуста у назначењу његових особина, посебних карактеристика и начина употребе.⁵⁷ Конвенцијом су дефинисани поједини појмови у овој области као што су производ, лице, штета, меродавно право и слично како би се избегао проблем квалификације у праву држава уговорница.⁵⁸

Меродавност *lex loci delicti commissi* је условљена поклапањем тог решења са једном од следећих чињеница: са редовним боравиштем директно оштећеног, главним местом пословања одговорног лица за штету или местом где је лице непосредно претрпело штету купујући производ који је штету проузроковао.⁵⁹ Место радње је само једна од одлучујућих чињеница која заједно са осталим упућује на меродавно право, односно на примену права у најближој вези са спорним односом. Конвенција даје посебан значај праву редовног боравишта оштећеног, али само ако се место редовног боравишта поклапа са местом пословања одговорног лица или са местом у којем је особа која је претпела штету

⁵⁷ Чл. 1. у вези са чланом 3 Конвенције.

⁵⁸ Конвенцију из 1973. је на снази у Белгији, Хрватској, Шпанији, Македонији, Финској, Француској, Италији, Луксембургу, Норвешкој, Холандији, Португалији, Словенији, Србији.

⁵⁹ Чл. 4; Dutoit B, *La lex loci delicti`a travers le prisme des deux konventions de la Hayes*, str. 429.

прибавила производ.⁶⁰ Осим тога, примена ове одлучујуће чињенице је условљена тиме да је примену права редовног боравишта лице, које је одговорно, могло предвидети. За примену права пословног седишта одговорног лица неопходно је да нису испуњене околности за примену права места штетне радње или права редовног боравишта оштећеног, као и да се оштећени није позвао на ово право због повољније примене права места извршења радње. Меродавно право се примењује на основ и обим одговорности произвођача, разлоге ослобађања од одговорности, ограничење и поделу одговорности, врсту штете, начин и обим накнаде, преносивост права на накнаду на друга лица, одговорност наредбодавца и особља под његовом контролом, терет доказивања, застарелост, губитак права.⁶¹ Конвенција прави дистинкцију између прописа о безбедности државе на чијој је територији производ изнет на тржиште и правила јавног поретка, тако да страном меродавно право неће бити примењено само из разлога повреде јавног поретка државе уговорнице. С друге стране прописи о безбедности у страном праву не могу бити искључени.

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

⁶⁰ Чл. 5.

⁶¹ Чл. 8.

Marija Krvavac, LL.D
Full Profesor

TORTIUS LIABILITY IN THE CONFLICT OF LAWS

Summary

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

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

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

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

Key words: delictual liability, applicable law, tort, conflict of law rule, connecting factor.



Мр Бранко Милетић

ИМОВИНСКИ ОДНОСИ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Апстракт:

Аутор у раду анализира имовинске односе у ванбрачној заједници у српском праву. Према Породичном закону Србије ванбрачна заједница је законом уређена заједница једног мушкарца и једне жене која је дуже трајала, чије постојање је познато трећим лицима, која је настала ради вођења заједнице живота, заједничког домаћинства и места становања, без постојања друге истовремене заједнице живота са другим лицем или брака.¹

Основна сличност ванбрачне заједнице и брака налази се у заједничкој садржини а која се огледа у целовитости њихових емотивних, интелектуалних, економских и социјалних односа.

Као што за брак постојање заједнице живота представља последицу, тако постојање заједнице живота за ванбрачну заједницу представља услов постојања. Веза између две особе различитог пола без постојања истовремене заједнице живота не производи ванбрачну заједницу.

Закон имовинске односе између ванбрачних партнера поистовећује са имовинским односима између супружника у брачној заједници. Међутим, проблем настаје из разлога јер код ванбрачне заједнице није видљив почетак и крај такве заједнице, као што је то код брачне заједнице, а што изазива проблеме приликом примене прописа у пракси.

Кључне речи: ванбрачна заједница, ванбрачни партнери, заједничка имовина, законски и уговорни режим, издржавање, одговорност за обавезе, наслеђивање, деоба.

¹ Види: чл. 4. ст. 1, 2 Породичног закона, („Сл. гласник РС“ бр. 18/05) у даљем тексту ПЗ.

Mr Бранко Милетић

ИМОВИНСКИ ОДНОСИ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Правно регулисање ванбрачне заједнице, односно признавање одређених права и обавеза између ванбрачних партнера била је регулисана у нашем праву доношење Закона о браку и породичним односима („Сл. гласник РС“ бр22/80, 24/84 – други закон и 11/88, „Службени гласник РС“ г. 22/93, 25/93 - испр., 35/94, 46/95 – др. закон и 29/2001) који је ванбрачну заједницу дефинисао као заједницу мушкарца и жене која није заснована по одредбама тог закона. Породични закон („Сл. гласник РС“ бр. 18/05), ванбрачну заједницу дефинише као трајну заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери) а брачне сметње су брачност, неспособност за расуђивање, сродство (крвно, тазбинско и сродство по усвојењу), старатељство, малолетство и недостаци воље (принуда и заблуда).

Ванбрачна заједница настаје сагласношћу воља ванбрачних партнера, изричито или прећутно, а на исти начин и престаје. Имајући у виду да не постоји начин евидентирања ванбрачне заједнице, као код брака, највећи проблем проистиче управо из недостатка те формалности која би означила њен почетак и крај, а што је веома битно за стицање или губљење одређених права и обавеза.

Пред Уставним судом Србије се поставило питање несагласности са Уставом и са потврђеним међународним уговорима одредбе члана 4. ст. 1. Породичног закона,² која различитост полова, као обавезан и елемент за настанак ванбрачне заједнице ставља у контекст брака и породичних односа, али је Уставни суд Србије овај предлог за утврђивање неуставности и несагласности са потврђеним међународним уговорима одредбе члана 4. ст. Породичног закона („Сл. гласник РС“ бр. 18/05).³

² Види: чл. 4. ст. 1, 2. Породичног закона

³ „Није несагласна са Уставом и са потврђеним међународним уговорима одредба члана 4. став 1. Породичног закона, која различитост полова, као обавезни елемент за настанак ванбрачне заједнице, ставља у контекст брака и породичних односа. За такво законодавно уређење и различито поступање према трајним заједницама особа истог пола, по оцени Уставног суда, законодавац има објективно и разумно

Овом приликом размотрићемо имовинске односе и одговорност ванбрачних партнера у ванбрачној заједници, сходно нашим позитивним правним прописима..

II ИМОВИНСКИ ОДНОСИ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

На имовинске односе ванбрачних партнера примењују се одредбе Породичног закона Србије који се примењује на имовинске односе у брачној заједници: и то у два режима: законском и уговорном ⁴

1. Законски режим

Законски режим разликује посебну и заједничку имовину ванбрачног партнера:

а) **Посебну имовина ванбрачног супружника** чини имовина коју је ванбрачни партнер имао у време настанка ванбрачне заједнице; имовина коју ванбрачни партнер стекне током трајања ванбрачне заједнице поклоном, наслеђем или другим обликом бестеретног стицања (правним послом којим се стичу само права); имовина која припадне ванбрачном партнеру по основу деобе заједничке имовине; приходи од посебне имовине (закупнина, дивиденда, камата и др.) ⁵

Ванбрачни партнер слободно располаже својом посебном имовином ⁶

Током трајања ванбрачне заједнице постоји могућност да један ванбрачни партнер допринесе увећању посебне имовине другог партнера. У овом случају ванбрачни партнер који је допринео таквом повећању имовине другог партнера има облигационо или стварно право на тако увећаној имовини. Уколико је вредност посебне имовине другог

оправдање будући да овакво законодавно решење објективно проистиче из одредаба члана 62. Устава, којима се не гарантује право на брачну или ванбрачну заједницу особама истог пола. Разумно оправдање се, по схватању Уставног суда, налази у заштити породичних односа и породице која се темељи на традиционалном појму брака као заједнице мушкарца и жене, па и ванбрачне заједнице која је изједначена са брачном, а у којој се права ванбрачних партнера налазе у корелацији са њиховим дужностима. Да ли ће и када законом бити гарантована ова права особама истог пола која живе у *de facto* партнерству, а чије признање предлагач тражи, представља ствар законодавне политике коју Уставни суд није надлежан да оцењује „ (Одлука Уставног суда IУ бр. 347/2005 од 22. јула 2010. године, објављена у „Сл. гласнику РС“, бр. 18/2011 од 16. марта 2011. године)

⁴ Види: чл. 191. ст. 1. и 2. ПЗ

⁵ Види: чл. 168 ПЗ.

⁶ Види: чл. 169. ПЗ.

ванбрачног партнера знатно увећана, ванбрачни партнер има право на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу (нпр. куповина стана, кола и сл.) – стварно-правни захтев. За случај да је вредност посебне имовине другог ванбрачног партнера увећана незнатно, други ванбрачни партнер има облигационо право⁷ на накнаду.

Шта је незнатно или знатно увећање посебне имовине одређују ванбрачни партнери споразумом. За случај да се не могу споразумети одлуку о томе доноси суд..

б) **Заједничка имовина ванбрачних партнера** је она имовина коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања заједнице живота у ванбрачној заједници⁸

Ванбрачни партнери могу имовину радом стећи директно (нпр. зарада) али и посредно, када се радом једног ванбрачног партнера омогућава или олакшава стицање зараде другом ванбрачном партнеру. Под радом, закон сматра и рад којим један ванбрачни партнер доприноси очувању и одржавању постојеће имовине.

Поред имовине која се стиче радом ванбрачни партнери могу стећи заједничку имовину и на следећи начин: приходима од заједничке имовине (закупнина, камата, и др.); стварима набављеним употребом средстава која представљају заједничку имовину; накнадама добијеним за рад ванбрачних партнера, а који не представљају зараду (отпремнина, накнада у случају незапослености и др.); коришћењем права интелектуалне својине (ауторска, проналазачка права),⁹ имовином стеченом играма на срећу, осим ако ванбрачни партнер не докаже да је у игру уложио само своју посебну имовину¹⁰ имовину стечену по основу уговора о доживотном издржавању;¹¹

⁷ Види: чл. 169. ПЗ.

⁸ Види: чл. 171. ПЗ.

⁹ Види: чл. 173 ПЗ.

¹⁰ Види: чл. 172. ПЗ.

¹¹ „ Имовина коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања заједнице живота у ванбрачној заједници, представља њихову заједничку имовину, а на имовинске односе ванбрачних партнера, сходно се примењују одредбе Породичног закона о имовинским односима супружника, а све применом члана 191. Породичног закона („Службени гласник РС“ бр. 18/05) који се у конкретном случају примењује у складу са одредбом члана 357 ст. 2. истог Закона). Законска претпоставка је да су удели супружника, па и ванбрачних партнера у стицању заједничке имовине једнаки, у складу са чланом 180 ст. 2. овог закона. Имајући у виду начин на који је стечена имовина која представља ванбрачну тековину, као и доприносе ванбрачних партнера у стицању заједничке имовине, правилан је закључак судова да нема већег удела оца тужених у стицању заједничке имовине. Покретне ствари стечене у току трајања ванбрачне заједнице такође представљају заједничку имовину супружника,

У заједничку имовину улазе само она права и обавезе које су стечене током трајања заједнице живота. Оно што је стечено од стране ванбрачних партнера после престанка ванбрачне заједнице не улазио у заједничку имовину ванбрачних партнера већ чине њихову посебну имовину.

За заједничку имовину ванбрачних партнера карактеристично је да удели заједничара нису опредељени, те да ванбрачни партнери не могу располагати својим уделом пословима *inter vivos*.

Права ванбрачних партнера на непокретностима која потпадају под режим заједничке имовине уписују се у јавни регистар права на непокретностима на име оба ванбрачна партнера са неподељеним деловима. Ако је као власник непокретности уписан један ванбрачни партнер, сматраће се да је упис извршен на име оба ванбрачна партнера, осим ако је закључен писмени споразум о деоби заједничке имовине, ванбрачни уговор или је о томе правноснажном пресудом одлучивао суд.¹²

Заједничком имовином ванбрачни партнери управљају заједнички и споразумно, али могу уговорити да ће управљање или располагање имовином у целини или делимично обављати само један ванбрачни партнер. Међутим, уколико се овај уговор односи и на располагање непокретностима он мора бити у писаном облику и мора бити уписан у јавни регистар права на непокретностима.

па имајући у виду утврђен удео тужиље у овом стицању (1/2), у истој сразмери јој припада и право својине на заједнички стеченим покретним стварима, док шиваћа машина, коју је тужиља стекла пре склапања брака и коју је користила за обављање своје делатности, представља њену посебну имовину (чл. 168. ст. 1. Породичног закона). Имајући у ово у виду, правилно су обавезане тужене да тужиљи исплате ½ противвредности имовине, која се налази у државини тужених - покретне ствари, док су преостала два возила тужене продале и средства задржала за себе. При том, без утицаја је околност да ли је једно од возила покојни ЗС поклонио туженицима или не, с обзиром да је удео тужиље у стицању овог возила ½, па је покојни З. могао поклонити само део на коме је он био сувласник, што тужене обавезује на исплату тужиљи удела у стицању ових возила. Тужиља има право на повраћај шиваће машине, која представља њену посебну имовину (применом члана 37. Закона о основним својинско-правним односима), или на исплату противвредности, па је правилно у овом делу усвојен тужбени захтев“ – Пресуда Рев. 986/10 од 02.02.2011. Врховног Касационог суда, <http://www.vk.sud.rs/rev-23010-deoba-imovine-stecene-u-braku-i-vanbracnoj-zajednici.html>.

¹² Види: чл. 176 ПЗ.

2. Уговорни режим

Ванбрачни партнери су слободни да своје имовинске односе уреде на начин који је другачији у односу на законски режим, али уз поштовање императивних законских норми. У Породичном закону за овај начин регулисања режима брачне имовине постоје: а/ уговор о управљању и располагању заједничком имовином б/ уговор о доживотном издржавању в/ брачни уговор и г/ уговор о поклону

а) уговор о управљању и располагању заједничком имовином

Ванбрачни партнери могу се договорити пре ступања у ванбрачну заједницу да уговором уреде управљање и располагање заједничком имовином у ванбрачној заједници. Важе правила о сачињавању овог уговора између брачних супружника (чл. 189. ПЗ).

б) уговор о доживотном издржавању

Имајући у виду, да сходно Закону о наслеђивању нема законског наслеђивања између ванбрачних партнера, они могу своје имовинске односе уредити Уговором о доживотном издржавању. Важе општа правила о сачињавању овог уговора.

в) ванбрачни уговор

Ванбрачним уговором ванбрачни партнери уређују своја права и обавезе која се тичу постојеће или будуће имовине. Ванбрачни партнери су слободни да сами или уз помоћ својих правних саветника (адвоката) утврде садржину ванбрачног уговора. Приликом сачињавања овог уговора ванбрачни партнери морају поштовати два законска ограничења:¹³ морају се кретати у оквиру законом постављених норми и 2/ морају поштовати форму ванбрачног уговора (примена правила о брачном уговору). Овај уговор се сачињава у писменој форми и мора бити оверен од стране судије надлежног суда. Приликом овере овог уговора судија мора ванбрачне партнере упозорити да се њиме искључује законски режим заједничке имовине. Уколико се уговор односи на непокретну имовину он мора бити уписан у јавне књиге¹⁴

г) уговор о поклону

Ванбрачни партнери могу да међусобно закључе уговор о поклону. За случај престанка ванбрачне заједнице уобичајени поклони које су ванбрачни партнери дали један другом се не враћају¹⁵

¹³ Види: чл. 189. ПЗ.

¹⁴ Види: чл. 188. ПЗ.

¹⁵ Види: чл. 190. ПЗ.

III ИЗДРЖАВАЊЕ ИЗМЕЂУ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Породични закон, за разлику од Закона о браку и породичним односима, који је регулисао издржавање само по престанку ванбрачне заједнице, регулише и издржавање између ванбрачних партнера док траје ванбрачна заједница¹⁶

Услови за издржавање су углавном, исти као у случају издржавања између супружника. Тако се на страни повериоца, ванбрачног партнера који тражи издржавање, захтевају следећи објективни услови: немање довољно средстава за издржавање и неспособност за рад или незапосленост. На страни дужника, ванбрачног партнера који треба да даје издржавање, захтева се да је у могућности да даје издржавање. Поред наведених објективних услова у овом случају важи и субјективни услов, а који се тиче тзв. „очигледне неправде“. Овај услов се изричито не помиње у Закону али проистиче из одредаба о издржавању између супружника. За издржавање ванбрачних партнера захтева се испуњење још два услова: да је у питању трајнија заједница живота мушкарца и жене и да између њих нема брачних сметња.

Све док траје ванбрачна заједница ванбрачни партнери су дужни да се узајамно издржавају. За случај да се ова обавеза не извршава спонтано, један од ванбрачних партнера би могао поднети тужбу за издржавање. Али, ово у пракси ово ипак постоји само као теоријска могућност, пошто изостанак спонтаности указују да заједница живота више не постоји.

У случају престанка ванбрачне заједнице тужба за издржавање се може поднети у року од годину дана од дана престанка заједнице живота ванбрачних партнера, односно од дана када је учињено последње фактичко давање на име издржања. Издржавања се одређује судском пресудом на одређено време а најдуже пет година по престанку ванбрачне заједнице. Овде наравно постоји изузетак, када се може продужити издржавање и после рока од пет година, ако суд утврди да постоје нарочито оправдани разлози који спречавају ванбрачног партнера, повериоца издржавања да ради¹⁷

Престанак издржавања *ipso facto* настаје: смрћу повериоца или дужника издржавања; истеком времена на који је издржавање досуђено и када поверилац издржавања склопи брак или ступи у нову ванбрачну заједницу. Постоје случајеви када издржавање може престати само одлуком суда, који процењује испуњеност законских услова. Издржавање

¹⁶ Види: чл. 152. ст. 1, 2. ПЗ.

¹⁷ Види: чл. 163 ст. 1, 2, 3. ПЗ.

престаје, када отпадну објективни и субјективни услови за заснивање обавеза издржавања и то: када поверилац издржавања стекне довољно средстава за издржавања и када дужник издржавања изгуби могућност за давање издржавања или давање издржавања постане за њега очигледна неправда.¹⁸

¹⁸ Види: чл. 167 ПЗ и судске одлуке: „Врховни суд налази да је право тужиоца да у смислу члану 34. Закона о становању, настави са коришћењем стана ванбрачног друга, као закупца предметног стана, условљено постојањем обавезе издржавања ванбрачних другова у смислу члана 293. Закона о браку и породичним односима и уз постојање претпоставке из члана 287. ст. 1. Закона о браку и породичним односима, а то је да се ради о брачном другу који нема довољно средстава за издржавања, неспособан је за рад или се не може запослити. У ситуацији када су и покојни В.С. и тужени обезбеђивали редовне приходе од којих су се издржавали, тужилац као ванбрачни друг се не може сматрати чланом породичног домаћинства покојне В.Ш јер између њих није било, нити је могло бити остварено право на законско издржавања, у складу са чланом 293 Закона о брачним и породичним односима“ - Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2536/2003 од 19.02.2004. године – Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2./2004 – стр. 55. и - „Ванбрачна заједница у погледу права на међусобно издржавања и у погледу других имовинско- правних односа изједначена је са брачном заједницом, па неки од супружника не може захтевати посебну накнаду за физички рад у тој заједници“, Из образложења - „Наиме у конкретном случају је између тужиле и покојног ПП била заснована ванбрачна заједница, која према одредби члана 16. ст. 1. Закона о браку и породичним односима (даље Закон) из 1980 са каснијим изменама и допунама, као меродавног прописа, изједначена са брачном заједницом у погледу права на међусобно издржавања и у погледу других имовинско-правних односа, под условима и на начин прописан тим Законом. Одредбом члана 29. ст. 1. Закона, између осталог прописано је да се односи између брачних другова заснивају и на међусобном помагању. Према одредби члана 30 ст. 1. Закона, брачни другови су дужни да се међусобно издржавају. Полазећи од изложеног, физичко помагање, кроз обављање кућних послова и бригу и негу око покојног ПП, управо би представљало обавезу брачног друга, па самим тим и ванбрачног друга током трајања заједнице живота. Узајамно издржавања, разуме се, у оквиру материјалних могућности такође, такође представља законску обавезу, из овога разлога, тужилца није чинила ништа више од онога што је била дужна да чини као ванбрачна супруга покојног ПП. Због тога је неоснован њен тужбени захтев да се тужена обавезе да јој исплати накнаду за дато јој издржавања и за физички рад и негу који је обављала током трајања ванбрачне заједнице.“ - Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2782/2005 од 09.02.2005. године, Правна база Параграф Нет-а.

IV ОДГОВОРНОСТ ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА ЗА ОБАВЕЗЕ НАСТАЛЕ У ВАНБРАЧНОЈ ЗАЈЕДНИЦИ

На одговорност за обавезе ванбрачних партнера примењују се одредбе Породичног закона којим је регулисана одговорност брачних супружника за обавезе ¹⁹

На обавезе које је ванбрачни партнер преузео пре ступања у ванбрачну заједницу и за личне обавезе стечене током трајања ванбрачне заједнице одговара само тај ванбрачни партнер, и то својом посебном имовином и својим уделом у заједничкој имовини ²⁰

За заједничке обавезе ванбрачни партнери одговарају заједнички: заједничком и посебном имовином. Заједничке обавезе су: 1/ обавезе које један ванбрачни партнер предузме ради подмирења потреба заједничког живота (нпр. трошкови исхране, становања, одеће итд.), 2/ обавезе које по општим правилима терете оба ванбрачна партнера ²¹

Уколико један ванбрачни партнер подмири заједнички дуг из своје посебне имовине, има права на сразмерну накнаду од другог супружника ²²

¹⁹ Види: чл. 187. ПЗ

²⁰ Види: чл. 186. ПЗ

²¹ Види: чл. 187. ст. 1. и „Правно дејство ванбрачне заједнице је изједначено са брачном заједницом у домену имовинских односа „ Из образложења: „ Наиме, правилном оценом изведених доказа, првостепени суд је утврдио да тужилца туженом и сведоку МС који су живели у ванбрачној заједници, позајмила први пут 02.12.2004. године 200 евра за одлазак сина у војску, а други пут у марту 2005. године 300 евра за струју, тј. укупно 500 евра да према члану 4. Породичног закона. ванбрачна заједница представља заједницу живота жене и мушкарца, а по члану 191 ст. 2. Породичног закона Србије, правно дејство ванбрачне заједнице у домену имовинских односа је изједначено са дејством брака, па како је тужилца давала новац на зајам, за испраћај у војску и за трошкове утрошене струје, што представља текућу обавезу супружника, то је приговор недостатка пасивне легитимације на страни туженог одбијен као неоснован. Правилно је првостепени суд такође, а сходно члану 187. ст. 1. Породичног закона утврдио да за обавезе преузете ради подмирења потребе заједничког живота у браку одговарају супружници солидарно и одлучио као у изреци оспорене пресуде став два, а туженог обавезао на исплату преосталог дела дуга од 350 евра у динарској противвредности, с обзиром да је тужилца повукла тужбу за део од 150 евра, у динарској противвредности „ – Пресуда Вишег суда у Чачку, Гж. бр. 1606/2009 од 03.03.2010. године, Правна база Параграф Нет-а.

²² Види: чл. 187. ст. 2. ПЗ.

V ПРАВО ВАНБРАЧНЕ СУПРУГЕ НА НАКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ЗБОГ СМРТИ ВАНБРАЧНОГ СУПРУГА

Сходно члану 201. ст. 1. Закона о облигационим односима „у случају смрти неког лица, суд може досудити члановима његове уже породице (брачни друг, деца, родитељи) правичну накнаду за њихове душевне болове“. Ставом 3. прописано је да „у случају нарочито тешког инвалидитета неког лица, суд може досудити брачном другу, деци и родитељима правичну новчану накнаду за њихове душевне болове“. Накнаду из ст. 1. и 3. овог члана може се досудити и ванбрачном другу, ако је између њега и умрлог, односно повређеног постојала трајнија заједница живота.²³

VI СТАН ОТКУПЉЕН У ВАНБРАЧНОЈ ЗАЈЕДНИЦИ

Имовина коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања ванбрачне заједнице, представља њихову заједничку имовину и на имовинске односе ванбрачних партнера сходно се примењују одредбе Породичног закона о имовинским односима супружника, али стан додељен једном од ванбрачних партнера, који није додељен и за другог партнера као члана његовог породичног домаћинства, иако је откупљен за време трајања ванбрачне заједнице, не улази у режим заједничке имовине ванбрачних партнера.²⁴

²³ У том смислу видети: „С обзиром да је услов постојања штете испуњен, и да тужеица спада у круг лица којима закон признаје право на накнаду, није било места одбијању њеног захтева само зато што је заједница релативно кратко трајала. Законски појам „трајање заједнице“ фактичко је питање и не може се по схватању овог Суда разумети само као временски период у коме чине легитимним афекције између ванбрачних другова. Заједнички живот у кући родитеља тужиље у В. заједнички боравак у избеглиштву и заједничко дете су чињенице које поуздано упућују на закључак да ванбрачна заједница тужиље и покојног Н. није била привремена нити пролазна веза, па стога тужиљи припада право на новчану накнаду штете по члану 201. ст. 4. ЗОО без обзира што та заједница временски није дуго трајала“ – Пресуда Савезног суда Гзс. 2/2002 од 13.06.2002. године, Правна база Параграф Нет-а.

²⁴ Пресуда Окружног суда у Београду Гж. бр. 10557/08 од 12.03.2008. године, Правна база Параграф Нет-а.

Поводом наведеног питања Врховни суд Србије је усвојио следећа правна схватања: Прво, да- „Ванбрачни друг нема право сусвојине на стану откупљеном за време трајања ванбрачне заједнице“.²⁵

Накнадно је Врховни суд Србије ублажио овај свој став наводећи да:- „Изузетно стан додељен ванбрачном супругу за време трајања ванбрачне заједнице улази у режим заједничке имовине када је ванбрачни супруг у молби за доделу стана пријавио ванбрачну супругу као члана свог породичног домаћинства и по том основу стекао бодове који су утицали на доделу стана“²⁶

VII ДЕОБА ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА

Деобом заједничке имовине ванбрачних партнера утврђују се удели супружника у заједничкој имовини у идеалним или реалним деловима. Она се може вршити за време трајања ванбрачне заједнице или после престанка ванбрачне заједнице²⁷

Право да траже деобу заједничке имовине стечене у ванбрачној заједници имају: 1/ ванбрачни партнери 2/ наследници умрлог ванбрачног партнера 3/ повериоци оног ванбрачног партнера из чије посебне имовине нису успели да наплате своја потраживања.

Деоба се може вршити:

- споразумно, када се ванбрачни партнери договоре колико је удео сваког од њих у заједничкој имовини, с тим да када се ради о непокретној имовини тај споразум мора бити у писаној форми²⁸

- судским путем. којом приликом се претпоставља да су заједнички удели ванбрачних партнера једнаки, али сваки ванбрачни партнер задржава право да доказује да је његов удео у заједничкој имовини већи. Колика ће бити величина појединачног удела зависи од остварених прихода у виду зараде, вођења домаћинства, старања о деци, имовини и свих других околности које су од значаја за одржавање или увећање вредности заједничке имовине.

Приликом деобе заједничке имовине у искључиву својину једном ванбрачном партнеру, а по његовом захтеву доделиће се: 1/ ствари за

²⁵ Правно схватање утврђено на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 22 маја 2001. године – Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 1/2002 – стр. 80.

²⁶ Допуна Правног схватања утврђена на седници Грађанског одељења Врховног суда Србије од 01. априла 2002. године – Билтен судске праксе Врховног суда Србије бр. 2/2002 – стр. 73.

²⁷ Види: чл. 178. ПЗ

²⁸ Види: чл. 179. ПЗ

његову личну употребу, 2/ ствари намењене детету (уз услов да само он врши родитељско право), 3/ ствари за вршење заната или занимања и 4/ предмети домаћинства.²⁹

VIII НАСЛЕЂИВАЊЕ ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА

Ставом 1. члана 9. Закона о наслеђивању Републике Србије први наследни ред чине: оставиочеви потомци и његов брачни друг и усвојеник.

Према наведеном, ванбрачни партнер (жена или мушкарац) није законски наследник свог покојног ванбрачног партнера (жене или мушкараца)

Међутим, ванбрачна партнер може наследити свог ванбрачног партнера на основу завештања. Такође, оставилац за свог живота може ванбрачном партнеру оставити своју имовину добротиним правним послом (нпр. уговор о поклону) или теретним правним послом (уговор о доживотном издржавању).

Према одредбама чл. 338 и 339 раније важећег Закона о браку и породичним односима, имовина стечена радом мушкараца и жене у ванбрачној заједници је њихова заједничка имовина а на имовинске односе ванбрачних партнера сходно се примењује одредбе тог закона о деоби заједничке имовине брачних другова

Сходно члану 4. ст. 2. и чл. 152 ст. 2 и чл. 191. сада важећег Породичног закона, ванбрачни партнер је изједначена у правима и обавезама брачне супруге или брачног супруга али само у погледу издржавања и заједнички стечене имовине, док није изједначен са брачном супругом или са брачним супругом у погледу наслеђивања преминулог супружника.³⁰

²⁹ Види: чл. 182, 183, 184, 185. ПЗ.

³⁰ О овоме ближе видети у монографијама: Ђорђевић В., Наслеђивање брачних другова, Стручна књига, Београд, 1988. година и Сворцан С. Наследна права брачног и ванбрачног партнера, Правни факултет у Крагујевцу, 1999 године.

IX НЕМОГУЋНОСТ ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА НА ОСТВАРИВАЊЕ ПРАВА НА ПЕНЗИЈУ ПРЕМИНУЛОГ ВАНБРАЧНОГ ПАРТНЕРА

Закон о пензионом и инвалидском осигурању регулисано је право преживелог супружника да може да оствари право на пензију преминулог супруга. Погрешно је схватање да постоји „право на наслеђивање пензије“, јер се пензија не наслеђује већ стиче на основу посебног прописа односно Закона о пензијском и инвалидском осигурању.³¹

Чланом 27. ст. 1. ЗОПИО прописано је да право на породичну пензију могу остварити чланови породице сходно чл. 34 став 1. члановима уже породице умрлог осигураника, односно корисника права, у смислу овог закона, сматрају се брачни друг и деца (рођена у браку или ван брака или усвојена, пасторчад и унуци. Члановима шире породице умрлог осигураника, односно корисника права, у смислу овог закона, сматрају се родитељи (отац, мајка, очух, маћеха и усвојиоци) браћа, сестре и друга деца без родитеља, односно деце која имају једног или оба родитеља, који су потпуно неспособни за рад а коју је осигураник, односно корисник права издржавао³²

Члановима шире породице припада право на породичну пензију ако нема чланова уже породице, а ако их има – само када породична пензија која припада члановима уже породице не достигне пун износ основа од кога се одређује висина породичне пензије³³

Сходно чл. 28. ст. 1 ЗОПИО право на породичну пензију може остварити и брачни друг из разведеног брака ако му је судским путем утврђено право на издржавање.

Према наведеном ванбрачни партнер не може остварити право на пензију преминулог ванбрачног партнера.

X ВАНБРАЧНА ЗАЈЕДНИЦА У ПРЕДНАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Ванбрачна заједница неће производити правна дејства у случају њеног заснивања са малолетним штићеником, лицем које није способно за расуђивање и сл. јер заснивање ванбрачне заједнице са таквим лицем доводи то лице у врло неповољни положај.

³¹ Види: Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Сл. гласник РС“, бр. 34/2001, 64/2004, одлука УСРС, 84/2004, др. закон 85/2005, 101/2005, др. закон 63/2006, одлука УСРС 5/2005, 107/2009 и 101/2010)

³² Види: чл. 34 ст. 2. ЗОПИО

³³ Види: чл. 35 ст. 2. ЗОПИО

У случају раскида ванбрачне заједнице малолетник, штићеник или лице неспособно за расуђивање неће имати право на издржавање ни удео у заједничкој имовини, јер између ванбрачних партнера постоје брачне сметње.

Ради заштите наведених лица у чл. 4. Преднацрта ³⁴ као брачне сметње предвиђене су брачност и крвно сродство, а ово пак значи да је њихово одсуство услов за постојање ванбрачне заједнице која је у складу са законом и сходно томе настају правне последице као што су: право на међусобно издржавање, заједничку имовину и право да своје имовинске односе уреде имовинским уговором.

Када се ради о ванбрачној заједници између блиских крвних сродника или лица која се налазе у браку, таква ванбрачна заједница неће производити никаква породично правна дејства а њихови међусобни односи ће се регулисати по правилима грађанског права као имовински односи било којих грађана.

У преднацрту је остало отворено питање увођење регистрације ванбрачних заједница, јер би њихово евидентирање допринело правној сигурности у овој области. Противници увођења регистрације ванбрачних заједница у посебне регистре сматрају да је управо недостатак формалности и регистрације разлог за заснивање ванбрачних заједница и противе се њиховој регистрацији у посебне регистре.

³⁴ Види: Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика, преднацрт, Грађански законик РС, III књига, Породични односи, Београд, јуни 2011. године

Branko A. Miletic, LLM
Assistant

PROPERTY RELATIONS OF COMMON-LAW PARTNERS

Summary

Property relations of common-law partners are considered under the given solutions in the current Family Law of the Republic of Serbia and attitudes of current case law (statutory and contractual regime). They point to the similarity of the property rights of spouses and unmarried partners. The main differences in the legislation is found in the inability of the legal inheritance of common-law partner at the Law on Inheritance and lack of pension entitlements of the deceased common-law partner under the Law on Pension and Disability Insurance. When discussing the property relations between unmarried partners, the main problem arises with the impossibility of precise recording of the start and the end of a common law marriage. As a way of solving this problem, Draft Civil Code of the Republic of Serbia states the possibility of introducing registration of common-law marriage in a special register, which faces opposition from common-law partners because it is precisely the informality and avoidance of registering unmarried partners in a special register that was the reason why they opted for non-marital cohabitation.



Мр Душко Челић

**МИЛОШ Д. ЖИВКОВИЋ, АКЦЕСОРНОСТ ЗАЛОЖНИХ
ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИ, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, 2010, 380**

Мр Душко Челић

МИЛОШ Д. ЖИВКОВИЋ, АКЦЕСОРНОСТ ЗАЛОЖНИХ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИ, ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У БЕОГРАДУ, 2010, 380

Студенти још у првом делу правних студија (на)уче да акцесорност заложног права, па тиме и заложног права на непокретности, означава да је оно споредно право у односу на право потраживања, чијем обезбеђењу служи, и да у свему (настанку, обиму, припадности, реализацији и престанку), "дели његову судбину". Хипотека је споредно право у односу на потраживање које је господареће (главно) право. Акцесорност управо казује о вези и природи везе између хипотеке и потраживања. Да ли је уопште могуће говорити о заложном праву, па тиме и о хипотеци, а не говорити о акцесорности тог права? Није ли већ самом чињеницом да служи обезбеђењу неког потраживања, свако заложно право појмовно акцесорно и није ли акцесорност аксиом сваког заложног права? Како би неакцесорна хипотека обезбеђивала потраживање? Ако је тако, чему онда бројна одступања од начела акцесорности? Чему неакцесорна заложна права на пр. у немачкоми швајцарском праву? Које је прецизно значење и домаћај акцесорности? На ова и друга питања, системског одговора у српској цивилистичкој доктрини готово да и није било све до предаје суду научне и стручне јавности, монографије Милоша Д. Живковића, доцента Правног факултета Универзитета у Београду, чијем приказу су посвећени ови редови.

Аутор је садржину расправе поделио у четири главе а унутар њих у више целина различитих нивоа општости. Прва глава је уводне природе а у четвртој у облику закључака аутор сумира резултате истраживања. Срж расправе садржан је заправо у другој и трећој глави.

Прва глава (стр. 13 - 48), садржи четири потцелине, којима нас аутор уводи у расправу о акцесорности. Прве две потцелине су дословно уводне - прва се односи на постављање проблема док је у другој изложен методолошки приступ и план излагања. Аутор тему истраживања, ставља у општи контекст објашњавајући њен шири значај, и образлаже начин на који ће је обрадити, ширину анализе и план којим ће расправа бити вођена. Трећа потцелина се односи на историјат залоге непокретности у

континенталноевропским правним системима, наиме, англосаксонски правни системи и установа mortgage изостављени су из анализе пошто се конструкција и историјат овог института разликују у односу на залогу непокретности какву познају континентална права. У четвртој уводној потцелини аутор се бави постављањем предходног (радног) појма акцесорности, на основу подробног разматрања ставова о начелу акцесорности изнетих у новијој домаћој и странијој доктрини, као полазног упоришта за анализу различитих права на непокретности (заложних, односно права уновчења) у потоњим деловима расправе.

Друга глава (стр. 49 - 191), бави се домаћајем акцесорности код заложних права на непокретности. Након што је у првој потцелини (стр. 50 - 54), укратко представио појам и општа обележја хипотеке, аутор се посветио детаљном приказу акцесорности хипотеке држећи се раније утврђеног предходног појма акцесорности, односно испољавања акцесорности у пет видова (у настанку, обиму, припадању реализацији и престанку хипотеке). У потцелини о *акцесорности хипотеке у настанку* (стр. 55 - 68), аутор објашњава изузетак од начела акцесорности - могућност обезбеђења будућег и условног потраживања. Анализом доктрине, почев од учења садржаних у пандектистици XIX века, до савремених схватања, аутор закључује да није неопходно да обезбеђено потраживање настане пре хипотеке, већ се акцесорност хипотеке у настанку заправо своди на потребу да обезбеђено потраживање буде одређено или макар одредљиво у тренутку настанка залог; обезбеђено потраживање је одредљиво када су одређени поверилац, дужник, основ и највиши износ који је "покривен" обезбеђењем. Потцелина о *акцесорности хипотеке у обиму* (стр. 69 - 123), подељена је на три дела, посвећена посебним одступањима од овог вида акцесорности. У првом делу разматра се одступање од начела акцесорности хипотеке у обиму у погледу камата, трошкова и осталих споредних тражбина (стр. 70 - 82). Аутор закључује да правило о обухваћености камате, трошкова и осталих споредних тражбина, има за циљ да повериоца доведе у позицију као да је обезбеђени дуг намирен добровољно на дан доспелости, обухватајући и све споредне трошкове проузроковане неблаговременим плаћањем; но, ово правило ће устукнути у извесној пред начелом специјалности и публицитета укупног обима оптерећења, односно пред интересима трећих лица (и доцнијих поверилаца) да из јавног регистра сазнају ниво постојећег оптерећења сваке непокретности залогом, односно, платежну способност власника хипотековане непокретности. Други ужи део посвећен је максималној хипотеци односно хипотеци на највиши износ (стр. 82 - 116). У овом делу аутор закључује да је хипотека на највиши износ најзначајније одступање од акцесорности у обиму (јер је износ хипотеке иницијално по правилу већи од износа њоме обезбеђеног

потраживања), али да представља и одступање од начела акцесорности у погледу настанка (јер служи по правилу и за обезбеђење условних и будућих потраживања), као и одступање од акцесорности у погледу престанка (јер се гашењем појединог обезбеђеног потраживања не гаси истовремено и у тој мери и сама хипотека). Трећи ужи део потцелине о одступањима од акцесорности у обиму, односи се на тзв. амортизациону (ануитетну) хипотеку (стр. 117 - 123), којом се обезбеђује кредит који се враћа у ратама (ануитетима). Ово одступање од акцесорности у погледу обима хипотеке последица је начина отплате обезбеђеног потраживања (свака рата обухвата и део главнице и део камате), техничке несавршености јавних регистара и трошковима који би настајали уписивањем сваке појединачне отплате рате (ануитета) у посебном регистарском поступку. Закључујући у вези с одступањима од акцесорности хипотеке у погледу обима (стр. 121 - 123), аутор истиче да су узроци ових одступања интереси публициитета, заштита трећих лица као и очување кредитне способности власника хипотековане непокретности, који претежу у односу на интерес обезбеђења конкретног хипотекара. У потцелини о *акцесорности хипотеке у припадању* (стр. 124 - 138), аутор разматра могућности савесног стицања хипотеке без потраживања. Закључујући да је акцесорност у погледу припадања једно од суштинских обележја хипотеке, јер хипотека која припада неком другом а не титулару обезбеђеног потраживања уистину престаје да бива хипотека, аутор закључује да модерна права, чак и уз помоћ фикције, налазе оправдане интересе да одступе од акцесорности хипотеке у припадању. Ти интереси садржани су у потреби очувања начела поуздања у земљишне књиге као и олакшавања правног промета хипотекарним потраживањима. Преглед одступања од *акцесорности у реализацији*, тема је следеће потцелине (стр. 139 - 166). Аутор је ова одступања груписао у "класична" (могућност савесног стицања хипотеке, смањење одговорности личног дужника услед стечаја, наслеђивања или сличних околности везаних за дужника, застарелост потраживања и, у извесном смислу, случајеви наплате хипотеке пре доспелости обезбеђеног потраживања) и "новија" (извршна судска хипотека и извршна вансудска хипотека). Анализом "новијих" изузетака аутор закључује да они досежу тако дубоко, готово до потпуног изостанка акцесорности у реализацији схваћене у традиционалном смислу. Аутор упозорава да се новим позитивноправним решењима у нашем праву, која се односе на извршну судску и извршну вансудску хипотеку, обезбеђујућа сврха хипотеке остварује до граница могућности неоснованог обогаћења хипотекарног повериоца, што је супротно функцији заштите власника непокретности од опасности наплате у обиму већем од оправданог, односно од плаћања или трпљења намирења и онога што није дужан. Дајући превагу другим

правно-политичким интересима, наш законодавац је жртвовао дејство акцесорности хипотеке у овом домену које штити власника оптерећене непокретности, интересима брзе реализације заложног права. У потцелини о *акцесорности у престанку* (стр. 167 - 191), аутор излаже могућности савесног стицања неисписане хипотеке и после престанка обезбеђеног потраживања, као и различите начине настанка својинске хипотеке када је обезбеђено потраживање престало да постоји. Аутор закључује да институти располагања рангом неисписане хипотеке после престанка потраживања које је њоме било обезбеђено, представљају извесна одступања од акцесорности у погледу престанка хипотеке тиме што омогућавају да се њеним рангом располаже и после престанка обезбеђеног потраживања. Својинска хипотека међутим, не представља изузетак од акцесорности с обзиром да у том случају обезбеђено потраживање није престало, већ је реч о одступању од начела да се на сопственој ствари не могу имати друга, односно ужа стварна права. На крају ове главе аутор синтетизује резултате истраживања у погледу свих одступања од акцесорности код хипотеке, групишући их према узроцима који су до њих довели (дејство правила регистарског права, потреба да се хипотека учини флексибилнијом и ефикаснијом у остварењу обезбеђујуће сврхе, те потреба да се акцесорност хипотеке ублажи услед бољег остварења економске сврхе хипотеке).

У трећој глави (стр. 193 - 336), аутор се упушта у "обрнуту" анализу - док је у предходној глави анализирао одступање од начела акцесорности код хипотеке, у овој целини подробно анализира неакцесорна (квазиаццесорна) заложна права на непокретностима, која постоје у неким правним системима континенталноевропског правног круга, с посебним акцентом на механизме којима се, у одсуству законске акцесорности, постиже акцесорност права уновчења непокретности са обезбеђеним потраживањем. Предмет анализе у овом поглављу су земљишни и рентни дуг (Grundschuld и Rentenschuld) немачког, писмо о дугу и рентно писмо (Schuldbrief и Gült) швајцарског права, као и кратак приказ дискусија о еврохипотеци као јединственог облика залогне непокретности на подручју Европске уније, имајући у виду да преовлађујући број предлога пледира за њену неакцесорност. У потцелини посвећеној земљишном и рентном дугу (стр. 194 - 268), аутор подробно приказује генезу ових института насталих у немачком законодавству и пракси. Најпре је анализиран земљишни дуг као самостално стварно право (стр. 204 - 232), уз његово појмовно одређење, каталог врста земљишног дуга (књижни земљишни дуг и писмо земљишног дуга, земљишни дуг на доносиоца, својински и несвојински земљишни дуг, изоловани и обезбеђујући земљишни дуг и најзад амортизациони земљишни дуг), износ, предмет, располагање

земљишним дугом, приговори против земљишног дуга и његов престанак; посебна пажња посвећена је приказу обезбеђујућег земљишног дуга, као квазиакцесорног права уновчења на непокретности (стр. 233 - 268). Иако земљишни дуг, као апстрактно право да се из вредности непокретности наплати одређена сума новца није *ex lege* обезбеђујуће право, могуће је да заинтересована лица уговором одреде да служи за обезбеђење једног или више потраживања. Такав земљишни дуг назива се обезбеђујућим. Аутор је посебну пажњу посветио уговору о обезбеђењу, којим се успоставља зависност права уновчења непокретности од обезбеђеног потраживања, односно, уговорна акцесорност или квазиакцесорност, те приговорима против обезбеђујућег земљишног дуга. Аутор резимира анализу о земљишном дугу усредсређујући се на дејства обезбеђујућег земљишног дуга која је назвао квазиакцесорношћу. Аутор поентира чинећи разлику између акцесорности (хипотеке) чија су дејства и домашај одређени законом и која делује према свима и квазиакцесорности (безбеђујућег земљишног дуга), чија су дејства и домашај одређени уговором и која делује између уговорних страна (уз могућа проширења). Анализирајући најновије промене у немачкој грађанској кодификацији (2008. године), аутор закључује да обезбеђујући земљишни дуг брише велике разлике у односу на "класичну" (акцесорну) хипотеку, а да су његове погодности и флексибилност много већи. У следећој потцелини (стр. 269 – 312), аутор анализира квазиакцесорне институте у швајцарском праву – писмо о дугу и рентно писмо, водећи нас кроз историјски приказ настанка ових права у Швајцарској, да би се потом усредсредило на анализу писма о дугу. Након појмовног одређења писма о дугу, аутор је представио његова општа обележја: законско уређење, карактер писма о дугу као специфичне хартије од вредности, особину и природу потраживања из писма, могућност да дужник потраживања из писма није истовремено и власник непокретности оптерећене залогом ("залога за туђи дуг"), границе оптерећења и могућности отказа и начин заснивања и престанка писма о дугу. Аутор детаљно анализира квази)акцесорност писма о дугу. Закључујући истраживање посвећено квазиакцесорним правима на непокретностима у швајцарском праву, аутор истиче да, иако је писмо о дугу било изворно замишљено као "најнеакцесорније могуће", имајући у виду одредбу према којој је потраживање из основног односа престајало новацијом тренутком заснивања писма о дугу, развојем института залагања писма о дугу и његовог фидуцијарног преноса уз споразум о обезбеђењу којим се писмо о дугу преноси ради обезбеђења неког потраживања, и у овај институт уносе се елементи квазиакцесорности. Последња потцелина ове главе посвећена је еврохипотеци и њеној акцесорности. Она садржи кратак увод, потом историјат досадашњих стручних и званичних иницијатива за увођење еврохипотеке, те приказ

дискусије која се у доктрини води у погледу акцесорности еврохипотеке и начина уређења односа између обезбеђеног потраживања и права уновчења непокретности. Закључујући излагање посвећено еврохипотеци, аутор се придружује доктринарној расправи о еврохипотеци и њеној акцесорности истичући идеју о "степенованој акцесорности", која би полазила од њене начелне неакцесорности, односно од повезивања обезбеђеног потраживања и залоге уговором о обезбеђењу, уз законско установљење акцесорности у реализацији.

У четвртој глави (стр. 337 - 348) аутор је изложио закључке истраживања. У првој потцелини ("*акцесорност, квазиакцесорност и степенована акцесорност*"), аутор констатује да је обезбеђујућа сврха заложног права разлог постојања акцесорности. Оно што је специфично за акцесорност то је да садржину обезбеђеног потраживања чини саставним делом стварноправног уређења обезбеђујућег права а сама акцесорност се одређује законом. С друге стране, постоје бројни изузеци од акцесорности у сваком од њених аспеката (настанку, обиму, припадању, реализацији и престанку). Акцесорност је само један од могућих начина повезивања обезбеђујућег права са правом које се обезбеђује, могуће је наиме да и неко право које није акцесорно има обезбеђујућу сврху. Тиме се долази до појма квазиакцесорности, која једнострану зависност обезбеђујућег права од потраживања које се обезбеђује, заснива на уговору. Аутор уочава тенденцију приближавања обезбеђујућих права уновчења непокретности без обзира на то да ли се полази од начелне акцесорности или од квазиакцесорности, с обзиром да "чистих" облика акцесорних, односно самосталних обезбеђујућих права уновчења непокретности у пракси заправо нема. Тенденцији тога приближавања аутор прилаже и сопствено схватање о степенованој акцесорности коју одређује као на уговору о обезбеђењу засновану једнострану зависност обезбеђујућег права од потраживања које се обезбеђује, која делује посредно али је супротстављива свим трећим лицима. У другој потцелини закључака, аутор излаже закључна разматрања о акцесорности залоге непокретности у српском праву *de lege ferenda* које још увек од обезбеђујућих права на непокретностима познаје само хипотеку. Аутор констатује да је доношењем Закона о хипотеци (2005. год.), акцесорност хипотеке ублажена али да овај пропис садржи бројне недостатке који га чине неподобним за трајније уређење хипотеке у Србији. Аутор се залаже да се у правни систем у Србији, поред акцесорног уведе и квазиакцесорно, односно степеновано акцесорно обезбеђујуће право на непокретности. У погледу модела за уређење квазиакцесорног обезбеђујућег права, сматра да је умесније руководити се потребама и околностима који постоје у Србији, него у целини преузимати нека од постојећих решења немачког (земљишни дуг) или швајцарског права (писмо о дугу). То би створило

потребу да се у српској теорији на другачији начин системски устроје ужа (секторска) стварна права, тако што би се ова права поделила на права коришћења, права уновчења и права пречег стицања. Трећу потцелину закључака чини питање које се наметнуло током анализе акцесорности залогне непокретности: да ли се стварним правом може сматрати облигациони однос који је снабдевен супротстављивошћу *erga omnes* - "постварена облигација" и да ли постоје разлике тог (стварног ?) права у односу на "изворно" стварно право ? Ово занимљиво питање, само за себе, могло би бити предмет посебне расправе, те је разумљиво да је у овој остало на нивоу наговештаја.

Расправа Милоша Д. Живковића има вишеструки значај (не само) за српску цивилистику. То је систематичан и успешан покушај да се из правно-догматског али и практичног угла одговори на бројна отворена питања о акцесорности заложних права на непокретности и права уновчења непокретности уопште. Суверено владајући овом облашћу, негујући специфичан изражајан стил уз бројна лаконска поентирања, који је почесто стран сувопарном језику (новије) српске цивилистике, аутор се критички односи према рђавим решењима у новом српском хипотекарном праву и даје системске препоруке *de lege ferenda* од значаја за актуелне препараторне радове на националној грађанској кодификацији. Вредност ове расправе огледа се и у томе што је она прво целовито системско дело на српском језику посвећено акцесорности заложних права на непокретности и права уновчења непокретности. Оно из основа мења досадашњу уврежену једнодимензионалну слику у нашој догматици о односу обезбеђеног потраживања и залогне. Досадашњим стваралачким опусом и овом расправом, која је нека врста круне у том погледу, Милош Д. Живковић се уврстио у ред водећих српских ауторитета у овој области.



Гордана Дамјановић, Јелена Беловић

WIPRO ЦЕНТАР ЗА АРБИТРАЖУ И МЕДИЈАЦИЈУ

Анстракт:

Светска организација за интелектуалну својину основана је у Стокхолму 1967. године, као наследница Уједињених међународних бироа за интелектуалну својину (BIRPI) формираних давне 1893. године, чији је главни задатак био да обавља послове Бернске и Париске уније. Још од 1974. године када је постала специјализована агенција Уједињених нација Светска организација за интелектуалну својину развија своју делатност у домену интелектуалне својине. Одговарајући на изазове савременог доба и потребу за ефикасним решавањем спорова Организација је 1994. године установила посебан Центар за арбитражу и медијацију, чија је стварна надлежност ограничена на спорове у питањима интелектуалне својине.

Аутори у чланку настоје да, ужој и широј стручној јавности, понуде више информација како о активности и о организацији Светске организације за интелектуалну својину, тако и о начину и предностима решавања спорова пред Центром за арбитражу и медијацију који организационо представља саставну јединицу Светске организације за интелектуалну својину.

Кључне речи: *Светска организација за интелектуалну својину, Париска конвенција, Уговор о сарадњи у области патената, Центар за арбитражу и медијацију, Меродавно право.*

Асс. Гордана Дамјановић, асс. Јелена Беловић

WIPO ЦЕНТАР ЗА АРБИТРАЖУ И МЕДИЈАЦИЈУ

I. СВЕТСКА ОРГАНИЗАЦИЈА ЗА ИНТЕЛЕКТУАЛНУ СВОЈИНУ (*The World Intellectual Property Organization-WIPO*)

Светска организација за интелектуалну својину је 1974. године постала специјализована агенција Уједињених нација за питања интелектуалне својине. Поставља се питање шта се подразумева под термином „*интелектуална својина*“, односно шта *ratione materiae* представља поље рада Организације?

Интелектуална својина је термин који се први пут спомиње у пресуди окружног суда америчке савезне државе Масачусетс од 1845. године. Пресуда се сматра првим писаним извором који садржи наведени термин. Међутим, термин интелектуална својина је први пут дефинисан у Конвенцији којом је основана Светска организација за интелектуалну својину из 1967. године, у којој се истиче да интелектуална својина означава права која се односе на:

- књижевна, уметничка и научна дела,
- интерпретације уметника и интерпретатора и извођења уметника извођача, фонограме и радио емисије,
- проналаске у свим областима људске активности,
- научна открића,
- индустријске узорке и моделе (дизајн),
- фабричке и трговачке и услужне жигове, као и трговачка имена и трговачке називе,
- заштиту од нелојалне утакмице и сва друга права везана за интелектуалну активност у индустријској, научној и књижевној области.¹

Називом интелектуална својина обухваћен је хетероген скуп права, као што су патент, жиг, дизајн али и ауторско право, јер их и поред разлика повезује јединствен предмет и економска функција. Наиме, сва интелектуална права имају за предмет духовна, интелектуална добра, која имају јединствену економску функцију, односно она носиоцима

¹ Чл. 2. Конвенције о оснивању Светске организације за интелектуалну својину.

обезбеђују присвајање економске користи од привредног искоришћавања нематеријалних добара која су њихов предмет.²

Светска организација за интелектуалну својину је међународна организација чији је циљ подстицање стваралаштва и омогућавање да се права стваралаца и носилаца права интелектуалне својине штите широм света, као и да се проналазачи и аутори признају као такви и награђују за своју генијалност.³

I.1. Задаци Организације

Обзиром да је од 1974. постала специјализована агенција УН-а, организација има задатак да обавља послове администрирања међународним уговорима из области интелектуалних права, да иницира измене и допуне истих, као и да се стара о уједначавању праксе по питању спровођења међународних конвенција.

Један од задатака је и промоција сарадње између влада земаља чланица Организације, која се односи на прикупљање и сортирање патентне документације у циљу њеног лакшег претраживања. Организација поседује збирку индустријске својине и ауторских права која је доступна јавности, као и месечне публикације и периодични CD-ROM, под називом „IP-LEX“.

Подршка владама и организацијама у успостављању националних и регионалних стратегија је такође један од задатака Организације⁴.

Задаци и циљеви Организације временом су се мењали и прилагођавали друштвеним променама, те је данас један од њених примарних задатака олакшавање усклађивања иновативних решења за решавање изазова у вези са климатским променама, безбедношћу хране и јавним здрављем. До 2050. године предвиђа се да ће бити 40 % више популације, што ће произвести и већу потражњу за храном, па ће неопходо бити обезбедити повећање производње хране. WIPO ће имати задатак да будућим наднационалним правилима подстакне развој иновативних технологија које ће омогућити безбедност хране у контексту климатских промена и брзог раста становништва⁵.

² С. Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, стр.4.

³ www.zis.gov.rs/upload/documents/psf/“шта је ителектуална својина“-од 03.12.2011.

⁴ Влада Србије је донела Стратегију развоја интелектуалне својине за период 2011-2014.

⁵ Food Security, Climate Change and IP Right, WIPO, June 2011, www.wipo.org. - 05.12.2011.

Ширење културе заштите интелектуалне својине је веома значајан задатак Организације, јер је потребно убедити најширу јавност да разуме користи од поштовања интелектуалних права и тако да подстицај развоју индустрије и економије.⁶ Због тога Организација стално организује семинаре и обуке у земљама чланицама, који су намењени запосленима у Заводу за интелектуалну својину, судијама, адвокатима и ствараоцима.

Може се рећи да је задатак Организације да промовише заштиту интелектуалне својине широм света, кроз сарадњу међу земаљама чланицама и у сарадњи са другим међународним организацијама.⁷

Организација данас окупља 184 државе, док 69 међувладиних и 285 невладиних организација присуствује седницама у својству посматрача. Чланица WIPO може бити само држава која је положила инструмент ратификације или сагласности Генералном директору у Женеви. Држава чланица Бернске и Париске уније може постати чланица само ако је прихватила минимум административних одредби Стокхолмског акта Париске конвенције од 1967. године или Париског акта Бернске конвенције од 1971. године. Чланица WIPO може постати и држава која није чланица наведених конвенција, али је чланица УН, затим, ако је члан Међународне агенције за атомску енергију или је потписала Статут међународног Суда правде или је добила позив да постане чланица од стране Генералне скупштине WIPO.⁸

1.2. WIPO конвенције

WIPO је администратор и депозитар за 24 међународна уговора који образују више унија и то Бернску и Париску унију, Мадридску, Хашку, Локарнску, Лисабонску, Будимпештанску и друге уније⁹.

*Париска конвенција*¹⁰ је дизајнирана да помогне ствараоцима да добију правну заштиту у другим земљама за своје креације у облику права индустријске својине. Међу првих 11 држава које су потписале конвенцију била је и наша земља. Према Париској конвенцији заштита

⁶ К. Идрис, *Интелектуална својина, моћно средство економског раста*, Београд, 2003, стр. 281.

⁷ www.wipo.int/expor/sites/freepublicationis/eng/general/1007/wipo-pub-1007-2011.p.0 - 01. 12. 2011.

⁸ С. Јелисавац, „Међународно регулисање права интелектуалне својине“, стр. 13.

⁹ Пре оснивања Организације било је закључено само 7 међународних уговора у области интелектуалних права.

¹⁰ Наша земља је чланица Конвенције од 26. фебруара 1921. године, „Сл.Лист СФРЈ-Међународни уговори и други споразуми“, бр. 5/74.

права индустријске својине се односи на патенте, мале патенте, дизајн, жигове, географске ознаке порекла и сузбијање нелојалне конкуренције.

У области индустријске својине значајни акти који су донети под окриљем WIPO су *Конвенција о европском патенту* (КЕП) и *Уговор о сарадњи у области патената*. Конвенција о европском патенту¹¹ је међународни уговор којим је установљена Европска организација за патенте и европско право за издавање патената. Карактеристика Конвенције се огледа у рационализацији послова у вези са поступком пријављивања проналаска, који се спроводи пред Европским заводом за патенте са седиштем у Минхену, па се на тај начин растеређују национални Бирои земаља чланица.

Споразумом о сарадњи у области патената, који је закључен између наше земље и Европске Организације за патенте¹², обезбеђује се ниво заштите патената који постоји у ЕУ, што је један од услова за придруживање не само наше већ и осталих земаља Централне и Источне Европе Европској унији.

Уговор о сарадњи у области патената¹³ (у даљем тексту ПЦТ) који је закључен између земаља чланица WIPO на дипломатској конференцији у Вашингтону 1970. године, обезбеђује нов систем подношења пријаве патента (међународне, разуме се), на један нов, боље речено, ефикасан начин, који пружа веће погодности у односу на традиционалан начин подношења пријаве у складу са Париским Конвенцијом. Када се пријава подноси на основу Париске Конвенције, подносилац мора да се у року од 12 месеци, од дана подношења прве пријаве одлучи у којим ће земљама, чланицама Париске Уније, тражити заштиту за свој проналазак, да пријаву преведе на различите језике, да плати различите таксе за подношење пријава у изабраним земљама и коначно да ангажује заступнике у истим земљама. Код Уговора о сарадњи у области патената, пријава се подноси на једном месту, једном језику и плаћа се један сет такси, док пријава производи дејство у свим назначеним земљама које су потписнице Уговора. Након пријема пријаве од стране Завода, прималац¹⁴ је у обавези да објави међународни решерш (стање

¹¹ КЕП – закључен 1977 год., а наша земља је ратификовала исту 1996., „Сл. Лист СРЈ- Међународни уговори“, бр. 3/96.

¹² Споразум о сарадњи и проширењу, „Сл. Лист СЦГ-Међународни уговори“, бр. 14/2004.

¹³ „Сл.Лист СРЈ-Међународни уговори и споразуми“, бр. 3/96.

¹⁴ Завод прималац је национални Завод за патене државе потписнице Уговора, чији је држављанин подносилац пријаве, или Међународни Биро WIPO, који је надлежан за пријем пријаве и контролу њене усклађености са формалним условима, прописаним Уговором

технике), на основу кога се процењује новост проналаска. Пријава се заједно са решершом објављује у службеном гласилу завода и то најкасније у року од 18 месеци од подношења пријаве, када се шаље националним заводима оних земаља за које је тражена заштита, али коначну одлуку о патентбилности проналаска доноси национални Завод. Подносиоцу пријаве је ПСТ системом омогућено да доношење коначне одлуке одложи више месеци, како би још једном преиспитао одлуку о патентирању проналаска у појединим (или можда свим) земљама, имајући у виду процењено стање технике

У односу на ПЦТ систем, предност КЕП-а огледа се у томе што је вођење целокупног поступка испитивања пријаве и доношење коначне одлуке у надлежности једног органа, али и ПЦТ систем захтева од земаља чланица¹⁵ да међународној пријави дају значај националне пријаве, те се на тај начин остварује усклађивање поступка заштите у земљама чланицама.

Уговор о патентном праву је закључен у Женеви 2000. године и отворен је за приступање свим земљама чланицама WIPO. Уговор је ступио на снагу 2005. године и данас има 28 чланица.¹⁶ Уговор прописује да се пријаве за патенте подnose пред националним Заводима у складу са Уговором о сарадњи у области патента, док је поступак за признање права јединствен и прописан самим Уговором.

Најстарији међународни извор заштите ауторског права је *Бернска Конвенција* од 1886. године.¹⁷ Суштински значај Бернске Конвенције, као и Париске лежи у начелу националног третмана, односно подједнаке заштите држављана и странаца¹⁸. Конвенцијом су установљени основни принципи обавезни за све земље чланице на које се аутори или носиоци ауторског права могу позивати у земљама чији нису припадници (тзв. „минимална права“).¹⁹ Како су настајали нови медији за искоришћавање ауторских дела, Конвенција је неколико пута ревидирана (последња ревизија је остварена у Паризу 1971. године). Систем заштите који је установљен Бернском Конвенцијом се темељи на континенталном праву европских земаља и то је био разлог што многе земље нису приступиле

¹⁵ Према подацима из 2002. године ПЦТ уговор окупља 117 земаља.

¹⁶ Закон о потврђивању Уговора о патентном праву „Сл. Гласник РС-Међународни уговори“, бр.19/2010.

¹⁷ Наша земља је чланица Конвенције од 17. јуна 1930. године, „Сл. Лист СФРЈ“, бр. 15/75.

¹⁸ К. Идриз, *Интелектуална својина- моћно средство економског раста*, Београд, 2003, стр. 15.

¹⁹ В. Бесаровић, Б. Жарковић, *Интелектуална својина, међународни уговори*, Београд, 1999, стр. 448.

Конвенцији, али након ревизије у Стокхолму 1967. године (када је основана WIPO), донет је Протокол са циљем да се земљама у развоју пружи извесне олакшице како би лакше приступиле Конвенцији. Усавршавање технологије је утицало и на доношење нових тзв. Интернет уговора у оквиру WIPO, *Уговор о ауторском праву и Уговор о интерпретацијама и фонограмима*. У складу са Бернском Конвенцијом²⁰, у Уговору о ауторском праву се истиче да се право репродуковања у потпуности примењује у дигиталном окружењу. Уговором је такође прописана забрана избегавања заштите ауторских права помоћу хардверске и софтверске технологије, док се искључиво право на емитовање проширује и на случај када се дело користи путем Интернета.

Ауторско право је до сада успевало да одоли новим изазовима као што су грамофонске плоче, касете, ТВ апарати, компакт дискови, а шта ће бити са Интернетом остаје да се види. Како не би постао зона за обављање незаконитих активности, следећи задатак WIPO је детаљно регулисање питања заштите и садржине ауторских права на Интернету (Интернет уговори су први корак учињен у том правцу). У своје делатности WIPO ће у 21. веку унети стратешко размишљање окренуто решавању проблема, јер конвенционални приступи који су били ефикасни у прошлом веку у контексту нових питања која се тичу делатности у сајбер простору, показују се као неделотворни због глобалности Интернета и технолошког усавршавања.²¹

Дигитална технологија је омогућила и дигиталну пиратерију, лако прављење копија књига, музике, филмова, који се даље могу слати било где у свету. Развој технологије је пасивну улогу корисника ауторских дела претворио у активну, што је утицало на промену ставова о неовлашћеној употреби, те тако пиратерија постаје „нормалан“ начин стицања до информација, без дилеме да ли је то дозвољено или не. Интернет искривљује слику о томе шта је исправно, јер прелазак са физичког на виртуелно чини да ауторска овлашћења не значе исту ствар.²²

Услед пораста пиратерије САД, Јапан и земље ЕУ, инсистирале да се питања заштите интелектуалних права воде у оквиру Светске трговинске организације (у даљем тексту: СТО), због система санкција које обезбеђује, па је у оквиру СТО закључен Споразум о трговинским

²⁰ Сходно чл.9 (1) Б.К.: „аутори књижевних, музички и филмских дела заштићени Б. Конвенцијом уживају искључиво право да дају одобрење за репродуковање дела, без обзира на начин и у било ком облику“.

²¹ К. Идрис, (2003.), стр. 282.

²² Џ. Ганц, Џ.Б.Рочестер, *Пирати дигиталног доба*, Београд, 2007, стр. 214.

аспектима права интелектуалне својине (ТРИПС) . Споразум садржи и Стандарде за спровођење права интелектуалне својине, које су земље чланице обавезне да примене а односе се на грађанске и административне процедуре, привремене мере, посебне мере које се односе на контролу на граници и кривичне процедуре²³.

Између СТО и WIPO је закључен *Уговор о сарадњи* који је ступио на снагу 1996. године, и који обезбеђује сарадњу у области превођења и имплементације самог споразума у национална законодавства. Споразум подразумева олакшавање приступа законима WIPO од стране чланица СТО, као и међусобно омогућавање приступа базама података обе организације. Суштина Уговора огледа се у пружању правно техничке сарадње и пружања помоћи земљама у развоју, у циљу прилагођавања брзим технолошким променама.²⁴

I.3. Органи WIPO

Генерална скупштина је највиши орган WIPO, и њу чине само земље Бернске и Париске уније. Генерална скупштина именује генералног директора и одобрава његове извештаје, као и извешатаје Координационог комитета, усваја финансијски пословник и двогодишњи буџет заједничких расхода унија.

Конференција, коју чине све земље WIPO, расправља о питањима интелектуалне својине од општег интереса. Уз поштовање аутономије, унија даје препоруке у овој области. Такође, Конференција усваја измене Конвенције, с тим што се гласа само о предлозима измена које усваја Скупштина Париске и Бернске уније.

Координациони комитет чине земље чланице Извршног комитета Париске и Бернске уније. Комитет даје мишљење Генералној скупштини, Конференцији и директору о свим административним, финансијским и другим питањима која су од заједничког интереса за државе чланице. Комитет има кључну улогу у избору генералног директора, јер

²³ ЗОП-ат у складу са ТРИПС-ом прописује да се тужба због повреде права на патент састоји из шест тужбених захтева и то -утврђивање постојања повреде права, забрана вршења даље повреде права, накнада штете, објављиване пресуде о трошку туженог, али и одузимање односно уништење без било какве накнаде производа који су настали или су стечени повредом патанта и одузимање или уништење, без било какве накнаде материјала који су употребљени у стварању производа којим се повређује патент. Закон је такође омогућио суду да наложи хитне и ефикасне привремене мере у циљу спречавања повреда и обезбеђења доказа о извршеној повреди.

²⁴ С. Јелисавац, *“Међународно регулисање права интелектуалне својине“*, Међународни проблеми, 2004, вол. 56, бр. 2-3, стр. 18.

само лице које је Генералној скупштини предложио Координациони комитет може бити изабрано за генералног директора.

Обзиром да је један од главних задатака Организације сарадња са земљама у развоју, она се одвија преко Сталног комитета за развој сарадње у области индустријске својине.²⁵ Међународни биро за интелектуалну својину представља администрацију WIPO, њиме руководи генерални директор коме помажу два или више заменика директора.

Генерални директор је највиши функционер Организације који представља Организацију, подноси извештаје Генералној скупштини, припрема нацрт буџета и програме као и периодичне извештаје о раду, које доставља владама заинтересованих земаља и надлежним органима Организације. Међународни биро брине и о четири међународна регистрациона сервиса, који се односе на спровођење међународних уговора. (сервис за Међународно регистровање жигова, за депоновање индустријских узорака и модела, за међународно регистровање географских ознака порекла и сервис за међународно регистровање патената).

Академија WIPO је основана 1998. године, и организује састанке на политичком нивоу за владине службенике из земаља у развоју о питањима интелектуалне својине. Академија такође организује опште и специјалне курсеве о свим аспектима права интелектуалне својине који су намењени проналазачима, ствараоцима, али и ученицима и наставницима интелектуалне својине, дипломатском кору и особљу завода за интелектуалну својину у земљама чланицама WIPO.²⁶

Између Србије и WIPO је потписан Меморандум о сарадњи 2010. године, који треба да допринесе унапређењу законских оквира у области интелектуалне својине, али и подизању свести грађана о значају права интелектуалне својине.

За председавајућег Генералне скупштине за период од 2011-2013 изабран је акламацијом амбасадор Србије при УН у Женеви. То је први пут након 30 година да представник из Србије буде изабран на ово значајно место.

WIPO има и сопствени центар за арбитражу и медијацију који представља специјализовани центар који нуди услуге у решавању спорова. О улози, значају и карактеристикама Центра више у редовима који следе.

²⁵ Б. Жарковић, В. Бесаровић, *Интелектуална својина, међународни уговори*, Београд, 1999, стр. 420.

²⁶ WIPO Academy, www.wipo.int-portal/index.html.en од 10.12.2011.

II. WIPO ЦЕНТАР ЗА АРБИТРАЖУ И МЕДИЈАЦИЈУ

II.1. Основне карактеристике WIPO центра за арбитражу и медијацију

WIPO центар за арбитражу и медијацију, са седиштем у Женеви, основан је 1994. године, као специјализовани центар Светске организације за интелектуалну својину, који нуди услуге алтернативног решавања спорова у питањима интелектуалне својине. Поред канцеларије у Женеви WIPO центар има своју канцеларију и у Сингапуру. Организационо Центар представља саставну јединицу Светске организације за интелектуалну својину.

Diferentia specifica, свих, па самим тим и WIPO метода алтернативног решавања спорова није у акту којим се сукоб решава. Наиме и путем АДР метода²⁷ сукобљени могу доћи до *коначне, обавезујуће пресуде (одлуке)*, што значи да су и поједини приватни методи акузациони и адјудикативни, арбитраже пре свих. Њихова карактеристика се налази у *извору, пореклу овлашћења (мандату) онога који одлучује*.²⁸ Персонална овлашћења носиоца АДР метода налазе се у рукама странака, односно у њиховој вољи да спор повере конкретним арбитрама односно медијаторима на решавање.

Центар поред услуга које пружа у решавању спорова, такође помаже странкама и у одабиру медијатора, абитара и експерата, регистрованих при Центру, а чији број данас прелази преко 1.500. Осим лица која се налазе на листи, Центар може асистирати странке у ангажовању и других реномираних стручњака који се не налазе на листи, а за које странке сматрају да би најефикасније решили њихов спор.

Како постоји општеприхваћена подела арбитража на опште²⁹ и специјализоване, WIPO центар припада другој категорији чија је стварна надлежност ограничена на одређене врсте спорова, у конкретном случају

²⁷ АДР је уствари скраћеница од (*alternative dispute resolving* или *additional dispute resolving*), док би нашем говорном подручју одговарала скраћеница АРС (алтернативно решавање спорова). У литератури се још срећу и скраћенице EDR (*effective dispute resolving*).

²⁸ Кнежевић Г., Павић В., „Арбитража и АДР“, Правни факултет, Београд, 2009, стр. 191.

²⁹ *Opnime* арбитраже су оне арбитраже које арбитражу у свим врстама спорова, тј. у свим врстама које се могу изнети пред арбитражу.

на спорове из области интелектуалне својине. WIPO центар је институционална арбитража, која поседује сопствена институционална правила која служе као процесни оквир, и то како за случај арбитражног решавања, тако и у случајевима када центар пружа услуге медијације и вештачења.

II.2. Историјске прилике оснивања Центра

У периоду од краја осамдесетих година прошлога века бележи се тренд пораста коришћења арбитражних услуга и других вансудских процедура у решавању спорова, који све више добија на значају у односу на традиционални судски метод решавања спорова. Овај тренд био је резервисан за решавање спорова из међународног пословања, док се у споровима из домена интелектуалне својине он бележио само спорадично. Разлог томе може бити чињеница што у правним односима из домена интелектуалне својине традиционално провејава дух националног суверенитета и територијалности, па је судско решавање спорова било иманентно овим правним проблемима. Међутим, временом долази и до промене у перцепцији, обзиром на чињеницу да интелектуално власништво често представља срж концепта у функционисању многих компанија, чије пословање не ретко превазилази националне оквире, било уговорањем лиценце или других уговора, нпр. уговора о трансферу технологије. Као последица тога, расте и интересовање странака за алтернативама у погледу решавања спорова, које ће им омогућити ефикасно, флексибилно и јефтино решавање спорова које не угрожава њихове пословне односе.³⁰

На иницијативу неформалне радне групе која се састала у септембру-октобру 1991. године, чланице Светске организације за интелектуалну својину овластиле су Организацију да формира сервис који ће пружати услуге у погледу алтернативног решавања спорова. Радна група је сматрала да коришћење услуга овог сервиса треба да буде засновано у потпуности на добровољној основи. Секретаријат је оформио засебну радну групу, коју су чинили преставници невладиних арбитражних организација, представници других невладиних организација специјализовани за област интелектуалне својине, представници арбитражних институција, професионалних асоцијација и други експерти. Радна група састала се први пут у мају 1992. године, а потом и у новембру 1992. године и у јуну 1993. године.

³⁰ www.wipo.int/amc/en/history/, последњи посет 06.12.2011. године.

На основу извештаја о раду радне групе, као и на основу активности предузетих од стране Секретаријата, Генерална скупштина Светске организације за интелектуалну својину је 1993. године основала Центар за арбитражу и медијацију.

II.3. Предности АДР метода у решавању спорова из домена интелектуалне својине

Значај интелектуалне својине у размерама глобалне економије је све већи. На пример, технологија у производњи добара и развој високо технолошке индустрије захтева патентну заштиту. С друге стране, произвођачи су пред изазовом да своја права заштите у једном ширем контексту који превазилази културолошке и лингвистичке баријере обзиром на чињеницу да је дошло до глобализације тржишта. На крају, али не и мање битно, нове методе чувања и преноса текста, звука и слика директно иницирају раст значаја ауторских права.³¹

Предности у коришћењу услуга WIPO центра, у контексту напред наведене глобалне перспективе јесу вишеструке, а на овом месту ћемо их посебно истаћи:

- **Уштеда времена и новца.** Спорови који се односе на патентну заштиту јесу најскупљи спорови у омену интелектуалне својине. Најскупљи за сада познат спор између *Polaroid Corp v. Eastman Kodak C.*, коштао је странке близу 200.000.000 \$. Да су се странке определиле за АДР трошкови би били знатно нижи; нпр: у споровима из домена интелектуалне својине услуга медијације крее се око 50.000 \$, мед-арб, одн. комбинација арбитраже и медијације 78.000 \$, док би за обавезујућу арбитражу странке морале да издвоје око 151.000 \$.³²

- **Флексибилност.** Ова особина подразумева више различитих аспеката: флексибилност може значити опцију у погледу избора АДР метода, али може значити и слободу избора меродавног права као и слободу у погледу одређивања временског оквира у коме се спор има решити.

- **Неутралност.** Веома важна предност АДР метода јесте њихова неутралност. Заштита права интелектуалне својине, је као што смо већ напоменули, обележена територијалношћу и духом националног суверенитета. Отуда, уколико је реч о споровима са међународним

³¹ Martin J.A., "Arbitrating in the Alps Rather Than Litigating in Los Angeles: The Advantages of International Intellectual Property-Specific Alternative Dispute Resolution", *Stanford Law Review*, Vol.49, No.4, 1997, стр. 922-923.

³² *Ibid*, стр. 925.

обележјем странке се неће врло често препустити „стихији“, и оставити колизионим нормама да одреде меродавно право. Из тог разлога одређивање за АДР методе је веома честа појава у савременој међународној пословној пракси, где странке најчешће унапред уговарају примену АДР метода за решавање њихових евентуалних спорова који у будућности могу настати.

- **Стручност.** Спорове најчешће решавају експерти, особе које су пре свега стручне и компетентне за одређене проблеме.

- **Поверљивост информација.** Странке се најчешће одређују за АДР јер путем ових метода могу добити нешто што им судско решавање спорова не пружа, а то је поверљивост. У споровима из домена интелектуалне својине поверљивост информација, као што су нпр. технолошке иновације, пословне тајне везане за производњу неког производа је веома важна.

- **Очување пословних веза.** Странке поред интереса да спор реше имају и интерес да очувају добре пословне везе, из разлога што оне представљају окосницу њиховог пословања.

II.4. Уговарање надлежности Центра

WIPO центар странкама пружа услуге на чисто добровољној основи. Оне могу уговорити надлежност центра било за будуће спорове што ће најчешће учинити путем уговорне, одн. компромисорне клаузуле, или за спорове који су већ настали и то постизањем посебног одвојеног споразума, одн. кмпромиса.

WIPO клаузуле могу бити саставни део разноврсних уговора из домена интелектуалног власништва, укључујући оне које се односе на патенте, *know-how*, лиценциране софтвере, франшизе, уговоре о пословно техничкој сарадњи, уговоре о дистрибуцији, издавачке уговоре, итд.

Како би олакшао странкама да на прави начин постигну споразум у погледу решавања спорова Центар саставља тзв. модел-клаузуле. Центар такође пружа и помоћ странкама у адаптирању модел-клаузула на конкретне околности уговорног односа.

Модел клаузуле деле се пре свега обзиром на чињеницу да ли је спор настао или се ради о спору који ће евентуално настати у будућности.

Потом, Центар препоручује различите клаузуле обзиром на врсту АДР метода за коју се странке одређују: медијација, арбитража или вештачење експерта.

Поред ових јасно детерминисаних АДР метода WIPO центар нуди и „хибридне“ моделе за решавање спорова. Мед-арб, је нпр. један од таквих модела. Реч је о хибридном двофазном поступку решавања

конфликта који, у првој фази, оточиње као неадјуктивно посредовање (медијација), да би у другој фази, прерастао у адјуктивни поступак одлучивања од стране трећег-арбитра.³³

Центар препоручује клаузулу и за овај хибридни модел. Она гласи³⁴:

„ Сваки спор, несугласица или захтев који произађу из овог уговора, или у вези са овим уговором и његовим накнадним изменама, укључујући његов настанак, ваљаност, обавезујућа дејства, тумачење, испуњење, повреду или престанак, као и вануговорне захтеве, упутиће се на посредовање у складу са правилима посредовања WIPO.

Место посредовања.....

Језик посредовања.....

У мери у којој такав спор.....не буде решен посредовањем у року од.....дана од почетка посредовања, он ће се подношењем тужбе.....упутити и коначно решити пред Арбитражом у складу са Арбитражним правилима WIPO.

Место арбитраже.....

Језик арбитраже.....

II.4. Процесни оквир у коме Центар одлучује

WIPO Центар има своје изворе аутономног права, она су објављена у посебној брошури (WIPO Pub.No.446), и носе назив WIPO Правила за Арбитражу и Медијацију. Такође Центар има посебна Правила и за услуге вештачења.

Ова правила садрже одредбе које се односе на бројна питања процесне природе: ту су пре свега уводне одредбе, потом одредбе које регулишу питања формирања арбитражног трибунала, одн. одређивање посредника, одредбе које се односе на питања која се тичу начина и поступка за доношење одлуке, питања трошкова поступка, поверљивости поступка, као и прелазне и завршне одредбе.

Међутим чињеница да Центар поседује сопствена процесна правила, значи само олакшање за странке, а никако ограничавање њихове аутономије воље, из разлога што странке нису потпуно искључене из

³³ Oghigian V., „ The Mediation-Arbitration Hybrid“, *Journal of International Arbitration*, 2003, str. 75.

³⁴ Клаузула је у скраћеној верзији преузета у: Кнежевић Г., Павић В., *op.cit.*, стр. 243-244.

начина на који ће се поступак даље одвијати и арбитри односно медијатори и вештаци ће их веома често консултовати ради утврђивања даљег тока поступка и начина на који се он одвија.³⁵

II.5. Меродавно право за решавање спора

Сходно чл.59 WIPO Правила за Арбитражу и Медијацију садржи одредбу која се тиче начина одређивања меродавног (материјалног) права за решавање спорова.

Овлашћење да одреде меродавно право најпре имају странке, које служећи се аутономијом воље могу саме, у свом уговору, да постигну споразум о меродавном праву. Интересантно је да се сходно наведеном члану, на самом почетку искључује установа *renvoi*, што произилази из одредбе да ће се избор странака ограничити на супстанционално право, и да не укључује и колизионе норме изабраног права.

Уколико странке саме не одреде меродавно право, тај избор учиниће арбитри. Арбитри се у избору права руководе следећим смерницама: а) право које конкретном случају највише одговара; 2) одредбе уговора и 3) трговачки уговори.

На основу изричитог овлашћења странака арбитража може одлучивати и на основу правичности, одн. на основу *amiable compositeur*, одн. *ex aequo et bono*.

³⁵ Redfren A., Hunter M., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4. izdanje, Sweet and Maxwell, London, 2004, str. 315.

Gordana Damjanovic, Assistant Lecturer
Jelena Belovic, Assistant Lecturer

WIPO ARBITRATION AND MEDIATION CENTRE

Summary

World Property Intellectual Organization was established in 1969 in Stockholm, Sweden. Its mandate is to promote the protection of intellectual property throughout the world through cooperation among states and in collaboration with other intellectual organizations. Its headquarters are in Geneva, Switzerland. Since 1974 WIPO is specialized agency of the United Nations. It is dedicated to developing a balanced and accessible international intellectual property system, which rewards creativity, stimulates innovation and contributes to economic development while safeguarding the public interest.

In order to achieve those goals the Organization create Arbitration and Mediation Center based in Geneva, with a further office in Singapore. The Center was established in 1994 to offer Alternative Dispute Resolution options for resolution of international commercial disputes between private parties. The number of cases constantly increases. WIPO clauses can be found in a wide variety of contracts involving intellectual property, including patent, know-how and software licenses, franchises, distribution contracts, joint ventures, publishing, music and film contract, ect....The Centre posses its own Rules of Procedures concerning both Arbitration, Mediation and Expert Determination.

КАТЕДРА ЗА КРИВИЧНО ПРАВНЕ НАУКЕ



Др Владимир В. Вековић

**ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ
САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У РЕПУБЛИЦИ
СРБИЈИ**

Апстракт:

Мада су Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника (ЗМ) 2006. године по први пут уведени васпитни налози као посебне *sui generis* мере, основни облик реаговања на криминално понашање малолетника у Републици Србији су и даље кривичне санкције, пре свега васпитне мере. Овај податак указује да се основним принципима на којима почива извршење кривичних санкција према малолетницима мора посветити одговарајућа пажња. ЗМ нормира дванаест основних принципа који кореспондирају са стандардима успостављеним у релевантним документима Уједињених нација и Савета Европе у овој области. Изузетак је принцип забране ношења ватреног оружја, па га предстојећим изменама и допунама закона треба ускладити са правилом 65. Хаванских правила (ХП), које прописује забрану ношења и употребе оружја од стране особља у свим установама у којима су смештени малолетници.

Доследна примена ових принципа је, како аутор истиче, неопходна претпоставка извршне индивидуализације која чини органско и функционално јединство са законском и судском индивидуализацијом. На тај начин, кривична санкција се прилагођава личности малолетника што доприноси успешнијем остваривању њене сврхе.

Кључне речи: Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, малолетници, васпитни налози, кривичне санкције, васпитне мере, основни принципи извршења кривичних санкција према малолетницима, индивидуализација.

Проф. др Владимир В. Вековић

ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

І КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

Полазећи од општег материјално-формалног појма кривичних санкција,¹ кривичне санкције према малолетницима могу се дефинисати као законом предвиђене мере које се у циљу сузбијања малолетничке делинквенције, на основу правноснажне одлуке суда донете у поступку према малолетнику или изузетно, у кривичном поступку у коме се поступак према њему спаја са поступком против пунолетног окривљеног, примењују, односно извршавају у односу на малолетнике који су учинили противправна дела законом одређена као кривична дела.²

Према одредби члана 9. став 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту: ЗМ),³ малолетницима се за учињена кривична дела могу изрећи следеће кривичне санкције: **васпитне мере, казна малолетничког затвора, као и мере безбедности предвиђене чланом 79. Кривичног законика (КЗ),⁴ осим забране вршења позива, делатности или**

¹ „Кривичне санкције су законом предвиђене репресивне мере које се с циљем сузбијања криминалитета примењују према учиниоцу противправног дела које је у закону предвиђено као кривично дело на основу одлуке суда донете након спроведеног кривичног поступка.“ Стојановић, З. - Кривично право – општи део, Правна књига, Београд, 2009, стр. 245.

² У циљу отклањања терминолошких недоумица, аутор ове дефиниције истиче да под изразом „делинквенција“ подразумева искључиво вршење кривичних дела од стране малолетника, а не и друга понашања која се могу сврстати у тзв. антисоцијално понашање, односно друге облике деликата. Шкулић, М. - Малолетничко кривично право, Правни факултет Универзитета у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2011, стр. 285. и 26-27.

³ „Службени гласник РС“, бр. 85/2005.

⁴ „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005. – исправка, 107/2005. – исправка, 72/2009. и 111/2009.

дужности.⁵ Млађим малолетницима (који су у време извршења кривичног дела навршили четрнаест, а нису навршили шеснаест година) могу се изрећи само васпитне мере, а старијим малолетницима (лица која су у време извршења кривичног дела навршила шеснаест, а нису навршила осамнаест година), поред васпитних мера које се првенствено примењују, може се изузетно изрећи и казна малолетничког затвора (члан 9. ст. 2. и 3. ЗМ). Уз васпитну меру или казну малолетничког затвора малолетнику се, како смо већ истакли, могу изрећи и мере безбедности предвиђене чланом 79. КЗ, осим забране вршења позива, делатности и дужности. Мере безбедности обавезног лечења алкохоличара и обавезног лечења наркомана не могу се изрећи уз васпитне мере упозорења и усмеравања, док се мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи може изрећи самостално (члан 39. ЗМ). Примена судске опомене и условне осуде према малолетнику није дозвољена.

У регистру кривичних санкција које се примењују према малолетницима, посебну пажњу заслужују **васпитне мере**. Оне су основна врста, тј. група кривичних санкција која је намењена малолетним учиниоцима кривичних дела и судови у Републици Србији им, како указују статистички подаци, дужи низ година поклањају највише поверења.⁶ ЗМ (члан 11. став 1. тач. 1)-3) предвиђа три врсте васпитних мера у оквиру којих постоје поједине васпитне мере (укупно девет). То су:

1) **мере упозорења и усмеравања** – судски укор и посебне обавезе;

2) **мере појачаног надзора** – појачан надзор од стране родитеља, усвојиоца или староца, појачан надзор у другој породици, појачан надзор од стране органа старатељства и појачан надзор уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање малолетника;

3) **заводске мере** – упућивање у васпитну установу, упућивање у васпитно-поправни дом и упућивање у посебну установу за лечење и оспособљавање.

⁵ О изменама у области кривичних санкција према малолетницима, које ЗМ доноси у односу на раније материјално кривично законодавство, видети: Перић, О., Милошевић, Н., Стевановић, И. - Политика изрицања кривичних санкција према малолетницима у Србији, Центар за мир и развој демократије, Београд, 2008, стр. 123.

⁶ Од укупно 9.333 малолетника којима је у периоду од 2006-2010. године због извршеног кривичног дела изречена кривична санкција, васпитне мере су изречене у 9.245 или 99,1% случајева, а казна малолетничког затвора у свега 88, односно 0,9% случајева. Саопштење бр. 202, Статистика правосуђа – Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2010, Републички завод за статистику, Београд, год. LXI, 15. 07. 2011, стр. 3.

Одредбама члана 11. ст. 2-4. законодавац на посредан начин даје упутство суду којим оквирним критеријумима треба да се руководи при оцени која група васпитних мера долази у обзир у конкретном случају.⁷ У складу с тим, мере упозорења и усмеравања изричу се када је потребно и довољно таквим мерама утицати на личност малолетника и његово понашање. За разлику од њих, мере појачаног надзора се, по замисли законодавца, изричу када за васпитавање и развој малолетника треба предузети трајније мере уз одговарајући стручни надзор и помоћ (пре свега, органа старатељства), а није потребно његово потпуно одвајање из дотадашње средине. Најзад, заводске мере изричу се када треба предузети трајније мере васпитавања, лечења и оспособљавања уз потпуно издвајање малолетника из дотадашње средине, ради вршења појачаног утицаја на њега. Заводске мере изричу се као последње средство – *ultima ratio* (квантитативни лимит) и могу трајати, у границама одређеним законом, само колико је потребно да би се остварила сврха васпитних мера (временски лимит).⁸ Очигледно је да законски критеријуми за примену ове три врсте васпитних мера почивају на принципу **поступности**, тј. непримењивања теже мере све док се лакшом мером може постићи сврха.

Поред оквирних критеријума за примену различитих врста васпитних мера, ЗМ у члану 12. прописује и општи критеријум за избор васпитне мере, без обзира о којој мери је реч. Општи критеријум предвиђа да ће приликом избора васпитне мере суд посебно узети у обзир узраст и зрелост малолетника, друга својства његове личности и степен поремећаја у друштвеном понашању, тежину дела, побуде из којих је дело учинио, средину и прилике у којима је живео, понашање после учињеног кривичног дела (посебно да ли је спречио или покушао да спречи наступање штетне последице, накнадио или покушао да накнади причињену штету), да ли је према њему раније била изречена кривична или прекршајна санкција, као и све друге околности које могу бити од утицаја за изрицање оне мере којом ће се најбоље постићи сврха васпитних мера. Очигледно је да приликом избора васпитне мере приоритетан значај имају околности везане за личност малолетника (оне које указују на његове психофизичке карактеристике, социјализацију изражену кроз манифестовано понашање, породични и социјални

⁷ Лазаревић, Ј., Грубач, М. - Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Јустинијан, Београд, 2005, стр. 39.

⁸ Видети: правила 17.1 б), в) и 19. Стандардних минималних правила Уједињених нација за малолетничко правосуђе – Пекиншка правила (ПП) и правило 2. Правила Уједињених нација о заштити малолетника лишених слободе – Хаванска правила (ХП).

амбијент, постојање/непостојање друштвене одговорности и система моралних вредности), мада законодавац упућује и на процену објективних околности, пре свега тежине извршеног кривичног дела. Сем тога, суд ће узети у обзир и друге околности субјективног и објективног карактера које могу бити од утицаја на правилан избор васпитне мере.⁹

Сврха кривичних санкција према малолетницима остварује се у оквиру опште сврхе кривичних санкција (члан 4. став 2. КЗ), што значи да се и кривичним санкцијама прописаним за ову старосну категорију учинилаца кривичних дела остварује заштитна функција кривичног права, тако што се њиховим прописивањем и изрицањем сузбијају дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством.

У оквиру опште сврхе кривичних санкција, сврха васпитних мера је да се надзором, пружањем заштите и помоћи, као и обезбеђивањем општег и стручног оспособљавања утиче на развој и јачање личне одговорности, на васпитавање и правилан развој личности малолетника, како би се обезбедила његова реинтеграција у друштвену заједницу (члан 10. став 1. ЗМ). Овако одређена сврха и начини њене реализације упућују на закључак да је код васпитних мера првенствено изражена специјална превенција.

Сврха малолетничког затвора највећим делом поклапа се са сврхом васпитних мера, али има и неких особености. Поред сврхе која се жели постићи васпитним мерама, применом малолетничког затвора настоји се да се оствари појачан утицај на малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела, као и на друге малолетнике, могуће учиниоце, да не врше кривична дела (члан 10. став 2. ЗМ). Другим речима, подвлачи се специјална превенција и истиче генерална, што није био случај код васпитних мера.¹⁰

Према одредби члана 78. КЗ, сврха мера безбедности састоји се у отклањању стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела, па је сасвим разумљиво да је то и сврха мера безбедности које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. Дакле, и овде је специјално-превентивни ефекат у првом плану.

Доминација специјалне превенције указује да је исходиште наведених кривичних санкција у личности малолетника и потреби за

⁹ Радуловић, Љ. – Малолетничко кривично право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 95-96; Шкулић, М. - нав. дело, стр. 289-290; Перић, О. - Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, ЈП Службени гласник, Београд, 2007, стр. 34-35; Соковић, С. - Васпитне мере, Правни живот, Београд, бр. 9/2010, Том I, стр. 672-674.

¹⁰ Перић, О. - нав. дело, стр. 32.

његовим васпитавањем, надзором и пружањем заштите и помоћи. Основа и мерило за санкцију је личност, у чијој сенци остаје учињено кривично дело као повод за њено изрицање. У складу с тим, приоритетан значај има дијагностиковање потреба личности и проблема у њеном развоју, као и прогноза деловања санкција у правцу васпитавања и правилног развоја малолетника.¹¹ Упознавање личности малолетног учиниоца кривичног дела је, с обзиром на значајне био-психолошке и социјалне разлике које међу њима постоје, неопходна претпоставка за прилагођавање санкције (законска, судска и извршна индивидуализација) његовим карактеристикама, а самим тим и за остваривање специјалне превенције.

Као организована делатност, извршење кривичних санкција према малолетницима почива на принципима који омогућавају остваривање њихове сврхе. Поред основних принципа који ће бити детаљно разматрани, постоје и *Опште одредбе о извршењу васпитних мера* (чл. 98-100. ЗМ) као најзначајнијих кривичних санкција намењених малолетним учиниоцима кривичних дела, као и *Заједничке одредбе о извршењу заводских мера* (чл. 113-119) које подразумевају ограничење слободе кретања малолетника и његову институционализацију.

II ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ИЗВРШЕЊА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА

У оквиру *Основних одредби о извршењу кривичних санкција према малолетницима* (чл. 87-97. ЗМ) нормирани су следећи основни принципи извршења ових кривичних санкција:

1) **персонална надлежност** – одредбе о извршењу кривичних санкција према малолетницима примењују се и на пунолетне учиниоце кривичних дела којима је изречена васпитна мера или казна малолетничког затвора (случајеви када се пунолетним учиниоцима може изрећи одређена санкција намењена малолетницима предвиђени су у чл. 40. и 41. ЗМ), као и на лица која за време извршења ових санкција постану пунолетна (уколико изречена васпитна мера или казна малолетничког затвора траје и након навршене осамнаесте године).

За извршење кривичних санкција према малолетницима важе општи услови из члана 4. Закона о извршењу кривичних санкција (ЗИКС).¹² У складу с тим, извршењу се приступа када одлука којом је санкција изречена постане правноснажна и када за извршење санкције нема законских сметњи. Само изузетно, када је то законом посебно

¹¹ Камбовски, В. - Казнено право – општ дел, Скопје, 2006, стр. 811.

¹² „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 72/2009. и 31/2011.

одређено, са извршењем санкције може се отпочети и пре него што је постала правноснажна одлука којом је она изречена.

2) **забрана дискриминације** – малолетници према којима се извршавају кривичне санкције равноправни су без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално, етничко или социјално порекло, имовинско стање, статус стечен рођењем или други статус малолетника, његовог родитеља, усвојиоца или стараоца, као и на друге облике различитости. Реч је о изузетно важном принципу формулисаном на готово истовестан начин на међународном и националном плану.¹³ Практична вредност забране или елиминисања дискриминације је у оживотворењу, тј. гарантовању и заштити принципа једнакости, који подразумева: једнакост пред законом, једнаку законску заштиту и једнакост при имплементацији закона. Трећи елемент принципа једнакости од посебне је важности пошто јасно истиче да се санкција не сме примењивати на дискриминаторан начин.

Као негација једнакости, дискриминација (без обзира да ли је реч о непосредној или посредној) представља недозвољено разликовање,¹⁴ односно различит третман за који не постоји објективно и разложно оправдање. У складу с тим, дискриминација приликом извршења кривичних санкција према малолетницима може се одредити као истински неправедно поступање засновано на рационално небитним разликама;

3) **индивидуализација у начину поступања** – у току извршавања кривичних санкција треба поступати на начин који одговара узрасту малолетника, степену зрелости и другим својствима личности, поштујући при томе достојанство малолетника, подстичући његов целовити развој и

¹³ Видети: чл. 2. и 7. Универзалне декларације о људским правима (УДП); члан 2. став 1. и члан 26. Међународног пакта о грађанским и политичким правима (МПГП); члан 1. став 1. Међународне конвенције о укидању свих облика расне дискриминације; члан 1. Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена; правило 6.1) Скупа минималних правила о поступању са затвореницима (СМП); принцип 5 Скупа принципа за заштиту свих лица у било ком облику притвора или затвора (СПЗ); принцип 2. Основних принципа поступања са затвореницима (ОПП); члан 14 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (ЕКПС); члан 1 Протокола бр. 12 уз ЕКПС; правило 13. Европских затворских правила (ЕЗП); одељак 55. из 3. Општег извештаја Европског комитета за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака [СРТ/Inf (93) 12]; одељак 25. из 10. Општег извештаја Европског комитета за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака [СРТ/Inf (2000) 13]; члан 2 Конвенције о правима детета (КПД); правило 2.1 ПП; правило 4. ХП; члан 21. ст. 1-3. Устава Републике Србије; чл. 128. и 387. КЗ.

¹⁴ Димитријевић, В., Пауновић, М. - Људска права (учбеник), Београдски центар за људска права и Досије, Београд, 1997, стр. 185.

учешће у процесу сопствене ресоцијализације. Надлежни органи дужни су да се придржавају савремених педагошких, психолошких и пенолошких знања и искустава.

Извршење васпитних мера и казне малолетничког затвора заснива се на појединачном програму поступања са малолетником, који је прилагођен његовој личности и у складу је са савременим достигнућима науке, педагошке и пенолошке праксе. Ти програми се израђују на основу целовитог сагледавања зрелости и других својстава личности малолетника, његовог узраста, образовног нивоа, ранијег живота и понашања у социјалној средини, облика поремећаја понашања, врсте кривичног дела и околности под којима је учињено.

Појединачним програмом посебно се утврђују: ниво зрелости малолетника, друга својства његове личности, могућност укључивања у процес образовања и радног оспособљавања, коришћење и организација слободног времена, рад са родитељем, усвојиоцем или стараоцем малолетника и другим члановима његове породице, као и други облици психосоцијалног, педагошког и пенолошког утицаја на њега. С обзиром да је сваки малолетник личност за себе, програми поступања знатно се разликују. Њихова битна карактеристика је и флексибилност, као неопходна претпоставка остваривања сврхе изречене васпитне мере или казне малолетничког затвора,¹⁵

4) **обезбеђивање услова за стицање образовања** – малолетнику се омогућавају услови за стицање основног и средњег стручног образовања и радног оспособљавања.¹⁶ Стицање једне или друге врсте образовања, односно радног оспособљавања зависи од узраста и конкретне ситуације малолетног учиниоца кривичног дела према којем се кривична санкција примењује, при чему треба имати у виду да је образовни ниво ове старосне популације, генерално узев, низак;

5) **слобода вероисповести** – малолетнику се омогућава слободно изражавање верских осећања и вршење верских обреда;¹⁷

6) **заштита здравља** – малолетници према којима се извршава заводска васпитна мера или казна малолетничког затвора подвргавају се

¹⁵ Перић, О. - нав. дело, стр. 180.

¹⁶ Видети: члан 26. ст. 1. и 2. УДП; правило 71.5) СМП; принцип 6. ОПП; правила 28.1-3, 35.2 и 103.46. ЕЗП; одељак 31. из 9. Општег извештаја Европског комитета за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака [СРТ/Inf (99) 12]; правила 26.1 и 26.6 ПП; правила 38, 39, 42. и 43. ХП; члан 71. ст. 1. и 2. Устава Републике Србије.

¹⁷ Видети: члан 18. УДП; члан 18. став 1. МПП; правила 6.2) и 42. СМП; принцип 3. ОПП; члан 9 став 1. ЕКПС; правила 29.1 и 29.2 ЕЗП; правило 48. ХП; члан 43. ст. 1. и 3. Устава Републике Србије.

најмање једном годишње систематском прегледу од стране одговарајуће здравствене установе.¹⁸ Поред овог прегледа, првенствено усмереног на сагледавање физичког здравља, најмање два пута годишње саставља се извештај о психичком стању малолетника и доставља судији за малолетнике суда који је судио у првом степену и који врши надзор, односно има увид над извршењем кривичне санкције;

7) **забрана упућивања у самицу** – малолетнику не може бити изречена дисциплинска казна упућивања у самицу,¹⁹ јер усамљење, по правилу, резултира штетним последицама по личност малолетника и негативно се одражава на процес његовог васпитавања. Забрана изрицања упућивања у самицу односи се и на пунолетне учиниоце кривичних дела којима је изречена заводска васпитна мера или казна малолетничког затвора, као и лица која за време извршења ових санкција постану пунолетна. Уместо ње, изузетно се може изрећи дисциплинска мера издвајања у посебну просторију (члан 130. став 1. тачка 3) ЗМ) која се састоји у непрекидном боравку два или више малолетника у посебној просторији (став 6. наведеног члана);

8) **забрана ношења ватреног оружја** – унутар завода и установа у којима се извршавају заводске мере или казна малолетничког затвора забрањено је ношење ватреног оружја;²⁰

9) **буџетско финансирање извршења кривичних санкција** – трошкови извршења кривичних санкција према малолетнику падају на терет буџетских средстава. Од овог принципа, међутим, постоје изузеци. Наиме, родитељ, усвојилац или старалац, односно друго лице које је по закону обавезно да издржава малолетника, као и малолетник који има приходе или имовину, уколико су у могућности, дужни су да сносе део трошкова извршења посебних обавеза, мере појачаног надзора у другој

¹⁸ Видети: правило 62. СМП; правило 39. ЕЗП; одељак 52. СРТ/Inf (93) 12; одељци 38. и 41. СРТ/Inf (99) 12; правило 26.2 ПП; правило 49. ХП.

¹⁹ Видети: одељак 35. СРТ/Inf (99) 12; правило 67. ХП.

²⁰ Овај принцип успостављен у члану 92. ЗМ, иначе усклађен са правилом 65. ХП, није доследно спроведен у закону. Према одредби члана 132. став 2. ЗМ, ватрено оружје и хладно оруђе према малолетнику смештеном у васпитно-поправни дом може се изузетно применити једино ако се другим средствима принуде или средствима за привремено онеспособљавање не може заштитити живот малолетника или другог лица у случају непосредног напада. Употреба оружја подразумева да је дозвољено његово ношење унутар ових завода и установа, тако да се одредбе члана 92. и члана 132. став 2. међусобно искључују. Одредбу члана 132. став 2. ЗМ налазимо, уз незнатне измене које не мењају њену суштину, и у члану 89. став 2. Правилника о кућном реду васпитно-поправног дома, као и члану 140. став 2. Правилника о кућном реду казнено-поправног завода за малолетнике, оба објављена у „Службеном гласнику РС”, бр. 71/2006.

породици, појачаног надзора уз дневни боравак у одговарајућој установи за васпитавање и образовање, упућивања у васпитну установу, упућивања у васпитно-поправни дом и казне малолетничког затвора.

О могућности подмирења дела трошкова извршења одлучује суд који је донео одлуку у првом степену на предлог јавног тужиоца за малолетнике, односно органа старатељства. Уколико је због доношења такве одлуке потребно обавити опсежнија испитивања имовног стања ових лица, суд ће најпре донети одлуку о изрицању кривичне санкције, а после тога наставити поступак за одлучивање о подмирењу дела трошкова, о чему доноси посебно решење.

Веће за малолетнике суда који је судио у првом степену може посебним решењем изменити одлуку о подмирењу дела трошкова извршења, тако што ће наведена лица ослободити те обавезе, затим повећати или смањити износ дела трошкова зато што су трошкови извршења у међувремену порасли, односно опали итд.

Родитељ, усвојилац, старалац, односно друго лице обавезни су да сносе део трошкова извршења набројаних кривичних санкција док траје њихова законска обавеза издржавања малолетника. Обавеза малолетника да учествује у делу ових трошкова траје док је у могућности да их сноси;

10) **заштита права малолетника** – када судија за малолетнике у току извршења кривичне санкције утврди да постоје чињенице и околности које упућују на потребу предузимања мера ради заштите права малолетника, дужан је да о томе обавести надлежни орган старатељства према пребивалишту или боравишту малолетника;

11) **право притужбе** – ако сматра да је лишен одређених права или да су му она повређена, као и да су учињене друге незаконитости или неправилности у току извршења заводске васпитне мере и казне малолетничког затвора, малолетник има право притужбе управнику завода или установе у којој се та кривична санкција извршава.²¹ Управник је дужан да у року од три дана, у писаној форми донесе образложено решење поводом притужбе малолетника. Решењем се притужба може одбити као неоснована, односно констатовати њена потпуна или делимична основаност, у ком случају се хитно предузимају одговарајуће мере за отклањање учињених повреда или лишавања права малолетника, других незаконитости или неправилности. Решење мора садржати поуку о правном леку;

²¹ Видети: правило 36.1) СМП; принцип 33 став 1. СПЗ; правило 70.1 ЕЗП; одељак 54. из 2. Општег извештаја Европског комитета за спречавање мучења и нечовечних или понижавајућих казни или поступака [СРТ/Inf (92) 3]; одељак 36. СРТ/Inf (99) 12; правило 75. ХП.

12) **судска заштита права малолетника** – против решења управника о притужби малолетник може, у року од осам дана од пријема решења, поднети жалбу већу за малолетнике првостепеног суда који врши надзор над извршењем васпитне мере, односно већу за малолетнике првостепеног суда који је судио у поступку у којем је изречена казна малолетничког затвора.²² Право на жалбу, уосталом и као горе наведено право на притужбу, представља значајан инструмент за заштиту осталих права малолетних учинилаца кривичних дела и остваривање њиховог гарантованог положаја у заводу или установи у којој се изречена кривична санкција извршава. Из тог разлога, неопходно је створити праведан и ефикасан систем поступања по притужбама и жалбама, који ће уживати пуно поверење код ових лица.

III ЗАКЉУЧАК

Мада је у трагању за адекватним одговором на проблем криминалитета малолетника у Републици Србији законодавац 2006. године по први пут увео васпитне налоге као посебне *sui generis* мере, основни облик реаговања на криминално понашање ове старосне категорије учинилаца су и даље кривичне санкције, пре свега васпитне мере.²³ Овај податак недвосмислено указује да се основним принципима на којима почива извршење кривичних санкција према малолетницима мора посветити одговарајућа пажња како на теоријском и законодавном, тако и на практичном плану.

ЗМ нормира дванаест основних принципа, тј. принципа заједничких за извршење свих кривичних санкција намењених малолетницима. То су: **принцип персоналне надлежности, забране**

²² Видети: члан 2. став 3. МПГП; правило 36.3) СМП; принцип 33 став 4. СПЗ; члан 13 ЕКПС; правило 70.3 ЕЗП; одељак 54. СРТ/Inf (92) 3; одељак 36. СРТ/Inf (99) 12; правило 76. ХП; члан 36. став 2. Устава Републике Србије.

²³ Примера ради, 2009. године број малолетника којима је због извршеног кривичног дела изречена кривична санкција износио је 1.902, док су васпитни налози примењени у свега 110 случаја (јавни тужилац за малолетнике је васпитни налог применио у 72, а судија за малолетнике у 38 случаја). Наредне, 2010. године број малолетника којима је изречена кривична санкција био је 1.640, а број примењених васпитних налога – 151 (у 59 случајева васпитни налог применио је јавни тужилац за малолетнике, а у 92 случаја судија за малолетнике). Саопштење бр. 213, Статистика правосуђа – Малолетни учиниоци кривичних дела, 2005-2009, Републички завод за статистику, Београд, год. LX, 16. 07. 2010, стр. 3. и 8; Саопштење бр. 202, Статистика правосуђа – Малолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2010, Републички завод за статистику, Београд, год. LXI, 15. 07. 2011, стр. 1. и 3.

дискриминације, индивидуализације у начину поступања, обезбеђивања услова за стицање образовања, слободе вероисповести, заштите здравља, забране упућивања у самицу, забране ношења ватреног оружја, буџетског финансирања извршења кривичних санкција, заштите права малолетника, права притужбе, као и судске заштите права малолетника. Набројани принципи кореспондирају са стандардима успостављеним у релевантним документима Уједињених нација и Савета Европе у овој области. Изузетак је принцип забране ношења ватреног оружја; наиме одредбе члана 92. и члана 132. став 2. ЗМ су контрадикторне и међусобно се искључују. Због тога је неопходно да дуго најављиване измене и допуне постојећег ЗМ садрже решење усклађено са правилом 65. ХП, које прописује забрану ношења и употребе оружја од стране особља у свим установама у којима су смештени малолетници.

Доследна примена ових принципа представља *conditio sine qua non* остваривања извршне индивидуализације. С тим у вези, треба подсетити да извршна индивидуализација није самостална и од законске и судске индивидуализације одвојена фаза кривичноправног реаговања. Напротив, оне чине органско и функционално јединство на тај начин што свака наредна фаза у прилагођавању кривичне санкције доприноси остваривању њене сврхе. У том смислу, извршна индивидуализација представља продужетак судске индивидуализације, надовезујући се на њене резултате.

Vladimir V. Veković, LL.D
Full Professor

**BASIC PRINCIPLES OF ENFORCEMENT OF CRIMINAL
SANCTIONS AGAINST JUVENILES IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Although searching for the adequate solution to the problem of juvenile criminality in the Republic of Serbia, the legislator introduced educational directives as special *sui generis* measures for the first time in 2006, the basic form of reaction to criminal behavior of this age group are still criminal sanctions, above all educational measures. This fact explicitly shows that appropriate attention must be paid to the basic principles of enforcement of criminal sanctions against juveniles on theoretical and legislative as well as practical plan.

The Law of Criminal Juvenile Offenders and Criminal Protection of Juveniles standardize twelve basic principles i.e. the principles for all enforcements of criminal sanctions against juveniles. Those are: principle of personal authority, prohibition of discrimination, individualization in treatment manners, providing conditions for education acquirement, freedom of religion, health care, prohibition of solitary confinement, prohibition of carrying firearms, the costs of enforcement of criminal sanctions provided by the budget, protection of juvenile rights. The above mentioned principles correspond to the standards established in the relevant documents of the United Nations and the Council of Europe. The principle of prohibition of carrying firearms is the exception; namely, the provisions of the article 92. and 132. paragraph 2. of this law are contradictory and mutually excluded. Therefore, it is necessary that the amendments of the law announced a long time ago include the solution harmonized with the rule 65. from Havana Rules which states that carrying and use of firearms by personnel is prohibited in any facility where juveniles are detained.

Consistent application of these principles presents *conditio sine qua non* of the realization of executive individualization. Accordingly, one should bear in mind that executive individualization is not independent and from judicial and legal individualization a separate phase of criminal justice reaction. On the contrary, they make structural and functional unity in the way that the next phase of adaptation of criminal sanction always contributes reaching its aim. In that sense, executive individualization presents the extension of judicial individualization, attaching to its results.



Др Петар Станојевић, мр Саша Атанасов

ЗНАЧАЈ ПРОАКТИВНЕ ИСТРАГЕ У СУПРОСТАВЉАЊУ ТРГОВИНИ ЉУДИМА

Апстракт:

У раду разматрамо примену проактивне истраге, односно специфичног истражног поступка у борби против трговине људима. Трговина људима због своје сложености захтева исто тако сложене и квалитетне приступе у њеном сузбијању. Проактивна истрага почива на обавештајним подацима сакупљеним из различитих извора са циљем утврђивања криминалне делатности трговаца људима и њиховог ефикасног кривичног процесуирања. Законито вршена проактивна истрага и координисано деловање полиције и јавног тужилаштва у преткривичном поступку предуслов су правовременог спасавања жртава, хапшења и кажњавања учинилаца. У посебним деловима рада анализирамо законске основе за предузимање проактивне истраге, разматрамо начине извршења трговине људима и структуралне слабости трговаца, односно бавимо се условима и начинима примене ефикасне проактивне истраге.

Кључне речи: *трговина људима, начин извршења трговине људима, структуралне слабости трговаца, проактивна истрага, финансијска истрага.*

Др Петар Станојевић, мр Саша Атанасов

ЗНАЧАЈ ПРОАКТИВНЕ ИСТРАГЕ У СУПРОСТАВЉАЊУ ТРГОВИНИ ЉУДИМА

УВОД

Трговина људима је глобални проблем, најчешће облик организованог криминала који представља један од највећих изазова са којима се суочава данашње човечанство. Укљученост организованог криминала у трговину људима и насиље које учиниоци спроводе над жртвама чини ово дело једним од најтежих за откривање и доказивање, због чега државе предузимају различите мере и радње како би жртве биле спасене, а учиниоци кривично гоњени и осуђени.

У процесу трговине људима жртве трпе различите облике психичког, физичког и сексуалног насиља, па често када буду и избављене из ланца трговине људима због траума нису у могућности да се укључе у кривични поступак и помогну надлежним органима у расветљавању овог дела.

Разумевајући разлоге жртве и полазећи од основних принципа поступања према њима, природе кривичног дела, организованости учинилаца и транснационалног карактера дела, полиција и јавно тужилаштво у преткривичном поступку примењују специфичну истражну опцију тзв. проактивну истрагу.

Проактивна истрага је сложен истражни поступак који се заснива на анализи и комбинацији прикупљених обавештајних података специфичним доказним мерама и техникама – посебним истражним радњама (надзором, оптичким и звучним снимањем, прикривеним операцијама) и стандардним истражним радњама у циљу откривања, хапшења и кажњавања трговаца људима, без сарадње жртве и без њене пријаве или сведочења против трговаца.¹

Проактивна истрага може захтевати прилично велика материјална, техничка и финансијска средства, понекад и временски дуго

¹ Žarković, M.; et al.; *Krivičnopravni sistem i sudska praksa u oblasti borbe protiv trgovine ljudima u Srbiji*, Zajednički program UNHCR, UNODC i IOM za borbu protiv trgovine ljudima u Srbiji, Beograd, 2011, стр. 40.

трајати, али с обзиром на ризик који прети друштву у коме опстаје трговина људима и појединцима који постану жртве трговине, трошење средстава у ту сврху биће оправдано.²

I ЗАКОНСКИ ОСНОВ БОРБЕ ПРОТИВ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Током прошлог и почетком овог века, међународна заједница је донела бројне документе регионалног и универзалног карактера који су се бавили питањима заштите људских права и спречавањем трговине људима.³ Међу њима посебно треба издвојити Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и њен допунски Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, из 2000. године, чијим је доношењем постигнут кључни напредак у регулисању ове проблематике и постављен темељ ефикасне борбе против трговине људима на националном и међународном нивоу.⁴

Све државе, међу којима и наша, које су прихватиле Конвенцију УН против транснационалног организованог криминала и допунски Протокол против трговине људима, преузеле су обавезу да трговину људским бићима третирају као кривично дело и предвиде кажњавање за покушај, саучесништво у извршењу кривичног дела, организовање или наређивање другима да изврше кривично дело, те обавезу да пруже помоћ и заштиту жртвама у току и после учествовања у судском поступку против учинилаца. Затим, у правцу спречавања и сузбијања трговине људима државе морају предузети широк спектар превентивних мера и посебно оспособити службена и друга лица која долазе у контакт са жртвама, односно омогућити тим лицима да усвоје знања неопходна за откривање и утврђивање чињеничног стања кривичног дела трговине људима. Од држава се захтева да уведу у своја законодавства и низ кривичнопроцесних инструмената који се односе на пружање међународне кривичноправне помоћи, трансфер осуђених лица, уступање кривичног гоњења, прикупљање, размену и анализу информација о природи организованог криминала, омогућавање идентификација, праћења, замрзавања или привременог одузимања имовине стечене кривичним делима, заштиту сведока, спровођење заједничких истрага,

² *Trgovina ljudima, Regionalni standardi*, Priručnik za sudije i tužioce, Program obuke u jugoistočnoj Evropi, Međunarodni centar za razvoj migracionih politika, Beč, 2006, стр. 175.

³ Mrvić, P. N.: *Trgovina ljudskim bićima kao specifična forma ženske migracije*, *Trgovina ljudskim bićima, Temida*, br. 1, Beograd, 2002, стр. 16 – 25.

⁴ *Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*, br. 6/2001.

оснивање заједничких истражних органа, примену специјалних истражних техника, и др. Државе се подстичу на закључивање билатералних или мултилатералних споразума или аранжмана, а када таквих споразума нема на непосредну примену одредаба Конвенције.

Република Србија је у оквиру националног законодавства прописала кривично дело трговине људима у члану 1116 КЗ РС (2003)⁵ и извршила измене и допуне постојеће инкриминације 2005. и 2009. године (чл. 388 КЗ РС).⁶

У оквиру кривичнопроцесног права низом измена и допуна Србија је осавременила приступ борбе против организованог криминала, корупције и других изузетно тешких кривичних дела. Посебним одредбама садржаним у глави XXIXа Законика о кривичном поступку (чл. 504а - 504х)⁷ за дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела, па самим тим и за трговину људима, утврђена су посебна овлашћења службених актера кривичног поступка и прописан низ посебних правила за преткривични и кривични поступак.⁸ Органима кривичног гоњења нарочито у фази откривања и истраживања кривичних дела омогућено је коришћење посебних доказних радњи:⁹ надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација (чл. 504е - 504з), пружање симулованих пословних услуга и пружање симулованих правних послова (чл. 504и - 504к), коришћење прикривеног иследника (чл. 504м - 504њ), аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података (чл. 504љ) и сведока сарадника (чл. 504о - 504ћ), а све у циљу ефикаснијег спречавања, откривања и доказивања кривичних дела и кривичне одговорности учинилаца. Разлог за ово одступање од општег кривичног поступка и давање већих овлашћења органима откривања и гоњења треба тражити у недовољности редовних доказних метода, а често и у њиховој потпуној неефикасности када је реч о делима организованог криминала.¹⁰

⁵ *Службени гласник РС*, бр. 39/2003.

⁶ *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005 и 72/2009.

⁷ *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 20/09, 72/09.

⁸ Шкулић, М.: *Законик о кривичном поступку*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 42-43. У: Бејатовић, С.: *Кривично процесно право*, Службени гласник, Београд, 2011, стр. 585.

⁹ Станојевић, П.; Стевановић, Ч.: *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2010, стр. 363 - 364.

¹⁰ Grubač, M.: *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Union u Beogradu-Službeni glasnik, Beograd, 2009, стр. 518.

II ПРОЦЕС РЕАЛИЗАЦИЈЕ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА

Ради успешног откривања и доказивања кривичног дела трговине људима и ефикасног коришћења проактивног истражног проступка против трговаца људима на националном и међународном нивоу, неопходно је утврдити и проучити све начине извршења и појавне облике испољавања трговине људима.

Трговина људима је процес који настаје, развија се и опстаје на одређеном простору и у одређеном временском периоду. То је процес који се реализује кроз неколико фаза и потфаза, који садржи више радњи које се међусобно смењују и преплићу у циљу експлоатације жртава и стицања огромног профита од стране трговаца људима.¹¹

Процес трговине људима може трајати од неколико дана до више година, а понекад чак и онда када из неког разлога дође до његовог прекида, исти процес може бити поново обновљен.

Ради потпунијег схватања, процес реализације трговине људима нужно је посматрати и са географског аспекта. Тако се почетна фаза регрутовања жртава најчешће одвија у земљи порекла, која је претежно сиромашна и економски неразвијена земља света, земља у процесу транзиције, ратом разрушена и у којој се грубо крше елементарна људска права и слободе. Жртве се до крајњег одредишта, тј. до земље дестинације која је углавном индустријски развијена, политички стабилна и у којој се жртве трговине људима искоришћавају, превозе и пребацују преко територија трећих земаља које се називају транзитним земљама.

Трговина људима не мора обавезно подразумевати прелазак државне границе и одлазак у другу државу, односно она се може одвијати и унутар граница једне државе, па тада говоримо о унутрашњој трговини људима која бележи сваки даном све већи пораст не само у свету, него и код нас. У случају унутрашње трговине људима уместо земље порекла, транзита и одредишта говоримо о месту порекла, месту транспортовања и месту одредишта.

Комбинујући сврху деловања учиниоца и поменути географски аспект, трговина људима је процес који се одвија кроз три фазе: фазу регрутовања жртава у земљи порекла; фазу транспортовања (транзита) жртава до места одредишта и фазу експлоатације у земљи одредишта.

¹¹ Више о томе: Мијалковић, С.: *Супростављање трговини људима и кријумчарењу миграната*, Службени гласник, Београд, 2009, стр. 97 – 118.

а. Регрутовање жртава трговине људима у земљи порекла

Почетна фаза извршења кривичног дела трговине људима је регрутовање (проналажење) жртава у циљу њихове експлоатације. То је скуп врло различитих метода, радњи и средстава чијом се применом према одређеном лицу доприноси постанку тог лица жртвом трговине људима.¹² Фаза регрутације одвија се у земљи или месту порекла.

Регрутовање може бити присилно или добровољно, што значи да неке жртве буду отете, док друге добровољно, често преваром, дођу у положај потчињености.

1) Отмица може бити извршена на различите начине, али сви подразумевају насилно одвођење жртве ради експлоатације. Принуда при извршењу дела може бити усмерена према жртви и/или према њој блиским особама.¹³

2) Превара (врбовање) подразумева да се жртва доводи или одржава у заблуди у погледу одређених чињеница и околности, а у вези са сврхом одласка у неко друго место и/или у вези са условима рада. Регруттери саопштавају жртви потпуно лажне податке о њеном запослењу и условима у којима ће радити (потпуна превара) или јој саопштавају делимичну истину о условима рада (делимична превара).

Потпуна превара остварује се најчешће тако што индивидуални регруттери непосредно прилазе потенцијалним жртвама у кафићима, ноћним клубовима, дискотекама и сл. и нуде им примамљиву понуду (запослење, брак, путовање) или се остварује преко огласа у којима се нуди посао или студирање у иностранству.

У случају делимичне преваре зна чиме ће се бавити у земљи одредишта, али јој нису познати услови обављања такве делатности. На пример, жртва мисли да ће моћи контролисати своју делатност, да ће располагати зарађеним новцем и моћи напустити посао којим се бави кад год то пожели.¹⁴

Када регруттери користе рафиниране методе врбовања у којима често свесно или несвесно учествују блиски и познати жртви, у чије се информације не сумња па се некритички прихватају, те када се томе дода све чешће суделовање бивших жртава трговине људима, онда проблем откривања и доказивања постаје веома тежак и сложен.¹⁵

¹² Мијалковић, С.: *Трговина људима*, Беосинг, Београд, 2005, стр. 173.

¹³ Члан 134. КЗ РС, *Службени гласник РС*, број 85/05, 88/05 и 72/09.

¹⁴ *Trgovina ljudima, Regionalni standardi, priručnik za sudije i tužioce*, стр. 47 и 48.

¹⁵ Obradović, V.: *Trgovina ženama u Bosni i Hercegovini*, The Embassy of The United States of Amerika, Fakultet kriminalističkih nauka, Sarajevo, 2004, стр. 29.

У пракси органа откривања и гоњења, начин регрутовања путем делимичне истине представља најчешћи начин регрутовања жртве и ствара највише проблема, управо због ограниченог пристанка жртве и учешћа у властитој виктимизацији.

3) Продаја жртве подразумева продају од стране родитеља, старатеља, усвојоца и других лица којима је жртва фактички или правно поверена. Овај начин регрутовања сличан је отмици јер искључује пристанак жртве на експлоатацију.¹⁶

б. Транспортовање жртава трговине људима до места одредишта

Транспортовање жртава трговине људима је процес који се састоји од просторног савладавања одређене удаљености, односно од превозења или одвођења жртве од места полазишта до места одредишта. Транспорт може бити међународног или националног карактера, односно жртве се могу превозити унутар једне државе, или из једне земље у другу, односно преко територије више страних држава.¹⁷ Транспортовање се врши најчешће коришћењем различитих превозних средстава,¹⁸ али може бити извршено и пешице, пливањем или уз коришћење домаћих животиња.¹⁹ Начин транспорта зависи од степена организованости криминалне организације, броја жртава које се превозе, географског положаја земље порекла и земље одредишта, конфигурације и природних препрека на терену, од контроле надлежних органа у земљи полазишта, транзита и одредишта. Транспорт може трајати од неколико сати до више дана.²⁰ Процес транспортовања понекад већ на самом почетку може укључивати низ радњи којима се крше основна људска права, физичко и психичко злостављање, као и сексуално злостављање које се више показује као правило.²¹ Жртве су лишене правога идентитета јер многе не поседују пасош за легално прелазење границе, па подлежу гоњењу од стране имиграционих власти. Слобода кретања им је максимално ограничена, па

¹⁶ Николић, Д.: Трговина људима као тешки облик криминалитета, *Тешки облици криминала*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Виша школа за унутрашње послове, Београд, 2004, стр. 297.

¹⁷ Glonti, G.: *Human Trafficking: Concept, Classification and Legal Issues*, Transnational Crime - Corruption centre, Tbilisi, 2003, стр. 8.

¹⁸ Кривокапић, В.; Жарковић, М.; Симоновић, Б.: *Криминалистика тактика*, Виша школа унутрашњих послова Земун, Београд, 2005, стр. 300 - 310.

¹⁹ Obradović, V.: *нав. дело*, стр. 33.

²⁰ Крунић, Р.: Илегалне миграције (кријумчарење људи и трговина људима), *Безбедност*, број 2/05, МУП РС, Београд, стр. 257.

²¹ Bjelica, J.: *Trgovina ljudima na Balkanu*, на: <http://www.b92.net/doc/bjelica/03.php>, 19. 08. 2004, стр. 11.

многе већ у току путовања схватају да су обмањене и да права сврха њиховог путовања коју организују трговци људима јесте њихова експлоатација.²²

На питање зашто жртве не беже када примете да им је нешто сумњиво у поступању транспортера, као најчешће разлог жртве наводе: страх од полиције, јер су и саме учествовале у набављању фалсификованих докумената, свесне су да прелазе преко границе на незаконит начин, лакоћа којом транспортери прелазе преко границе корумпирајући граничне службенике, посебно - нада коју трговци људима непрестано подржавају код жртава, те примена насиља и претњи.²³

Од положаја земље порекла и земље одредишта углавном зависе канали транспортовања жртава трговине људима.²⁴

Када је реч о простору наше земље један крак тзв. *балканске руте* води преко Београда, јужно ка Косову и Метохији, Македонији и Црној Гори, а други западно од Београда ка Републици Српској и даље ка Босни и Херцеговини.²⁵

Државна граница се може прећи на граничном прелазу, или ван њега, на легалан или илегалан начин. Међутим, у пракси су чешћи случајеви прелажења преко границе изван граничног прелаза.²⁶ Гранична линија се прелази сувоземним, воденим и ваздушним путем или комбиновано.²⁷

в. Фаза експлоатације

Фаза експлоатације је последња и кључна фаза трговине људима, која започиње и одвија се у месту одредишта. Стизањем жртава у место одредишта започиње процес искоришћавања свих жртвиних физичких, психичких и сексуалних потенцијала.

Организатори трговине људима у овој фази остварују циљ који представља покретачку криминалну снагу, тј. обезбеђују огромну добит искоришћавајући друге.²⁸

²² Tamura, Y.: Disagreement Over the Immigration of Low-Income Earners in a Welfare State, *Journal of Population Economics*, Vol. 19, No. 4, стр. 691 - 702.

²³ Vukadin-Kovčo, I; Jelenić, D.: Trgovanje ljudima: kriminološki i kaznenopravni aspekt, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 10, broj 2/2003, Zagreb, 2003, стр. 676.

²⁴ *Trafficking in Human Beings in the European Union: A Europol Perspective*, Europol, Februar 2008, стр. 4.

²⁵ Бјелица, Ј.: *нав. дело*, стр. 11.

²⁶ Крунић, Р.: *нав. дело*, стр. 257.

²⁷ Вјелица, Ј.: *нав. дело*, стр. 7 - 8.

²⁸ *Trgovina ljudima, Regionalni standardi, priručnik za sudije i tužioce*, стр. 51 - 54.

По преласку границе (ако је реч о међународној трговини људима), или по доласку у место одредишта (ако је реч о унутрашњој трговини), над жртвама се у фази експлоатације заснива потпуна контрола и онемогућава свака слобода кретања (уколико то није већ раније урађено у току транспортовања). Жртве се прихватају и смештају у разне објекте, одузимају им се или уништавају лична документа. Жртвама се саопштава положај у коме се налазе и новонастала обавеза да за лице које је „платило“ трошкове њиховог доласка у место одредишта сада морају да се проституишу, да просјаче, врше кривична дела, ратују, дају органе, принудно раде или врше друге радње којима ће трговцима вратити „дуг“, односно донети им огроман профит.

Жртве се по доласку у место одредишта прихватају и смештају у различите погодне објекте, над њима се истовремено успоставља потпуна контрола са циљем довођења у подређен положај, погодан за њихову експлоатацију. Организатори трговине људима смештају жртве у приватне станове, куће, ноћне барове, викендице, подруме, локале и сличне објекте. Организатори трговине људима одмах продају неке од жртава другим трговцима, док друге жртве задржавају за себе и различитим методама контролишу их и искоришћавају.

Сврха контролисања жртава од стране трговаца јесте онемогућавање бекства жртава из објекта у који су смештене, спречавање пријављивања организатора криминалне трговине надлежним органима или указивање на положај у коме се жртва налази. Затим, сврха контроле је онемогућавање успостављања присних веза са корисницима сексуалних услуга, или другим лицима са којима жртве долазе у контакт (превозници, поштари, инкасанти и др.), спречавање задржавања новца од стране жртава, спречавање самоповређивања жртава или напада на „клијенте“.²⁹

Стварање осећања у жртви да је у страниој земљи, изолована од свих познаника, пријатеља и чланова породице, без познавања језика и без комуницирања на матерњем језику са другим лицима, без личних и путних докумената, уз сталне претње (како њој, тако и њеној породици), уз трпљење сталног физичког, психичког и сексуалног насиља, премештање и препродавање жртве има за циљ да је доведе до физичке и психолошке заробљености од стране трговаца. Страх који жртвама усађују трговци представља озбиљну сметњу за сарадњу жртве са надлежним органима.³⁰

²⁹ Исто.

³⁰ Ristanović-Nikolić, V.; et al.: *Trgovina ljudima u Srbiji*, Viktimološko društvo Srbije, Organizacija za evropsku bezbednost i saradnju, Beograd, 2004, стр. 82.

III СТРУКТУРАЛНЕ СЛАБОСТИ ТРГОВАЦА ЉУДИМА

Трговци људима, да би реализовали замишљени план и остварили максимални профит, морају предузети низ радњи које, без обзира на све предузете мере предострожности (мењања рута транспорта, коришћења лажног идентитета, коришћења различитог начина извршења дела и др.), открива њихов прикривен положај надлежним државним органима и другим субјектима:³¹

1) трговци људима *изнајмљују просторије* за склоништа, јавне куће, канцеларије за агенције за брачно посредовање, манекене, фотомоделе и сл.;

2) врше *рекламирање* својих понуда - у процесу регрутовања путем средстава јавног информисања настоје привући и регрутовати што већи број жртава, а у процесу експлоатације, користећи се различитим средствима комуникације, обавестити потенцијалне кориснике на постојећу понуду услуга. Смисао довођења жртава које су принуђене на проституцију не би имало оправдања у противном;

3) *комуницирају* међусобно, или са потенцијалним жртвама и клијентима, путем фиксне и мобилне телефоније, интернетом, писменим путем или на други начин;

4) организују и врше *транспорт* и *транзит* преко границе жртава помоћу различитих превозних средстава, набављају личне и путне исправе;

5) врше различите *финансијске трансакције* током свих претходно поменутих активности.

Трговина људима може функционисати само уз помоћ наведених радњи, а свака од њих представља потенцијални доказни материјал личне или материјалне природе.

Најслабија карика трговаца јесу докази који ће настати путем личних контаката, не само са жртвом, сарадницима и запосленима (као што су радници у саунама, рецепционери у хотелима или баровима), већ и са службеницима у туристичким агенцијама, са рекламним агентима и агентима за некретнине, службеницима у банкама и др. Лични контакти манифестују се и кроз настајање различитог писаног материјала који може послужити за анализу дела и чини снажан доказни материјал против учинилаца.³²

³¹ *Borba protiv trgovine ljudskim bićima*, Regionalni praktični priručnik za borbu protiv trgovine ljudima namenjen kriminalističkim službama, Razvojni program Ujedinjenih nacija i Vlada Rumunije, 2003, стр. 22 - 31.

³² Исто.

IV РЕАЛИЗАЦИЈА ПРОАКТИВНЕ ИСТРАГЕ

Проактивна истрага је истражна опција која се спроводи ради спасавања жртава, хапшења и кривичног процесуирања трговаца људима без ангажовања жртве, односно њене сарадње и сведочења у кривичном поступку. То је истрага која се заснива на прикупљању оперативних података и доказа о најслабијим тачкама процеса трговине људима, односно о структуралним слабостима трговаца људима, употребом посебних доказних радњи, тзв. *специјалних истражних техника* и коришћењем редовних истражних радњи. У пракси то значи да успостављање и руковођење мрежом организоване трговине људима, предузимање комерцијалних радњи без којих се трговина људима не може реализовати (рекламирање, изнајмљивање просторија, транспортовање комуницирање, финансијске трансакције), оставља многобројне трагове у свим фазама деловања трговаца људима (у фази регрутације, транспорта и експлоатације). Посебно су трагови вршења дела видљиви у земљи одредишта када фаза експлоатације започне и када није могуће сакрити тржиште и рекламирање услуга жртава.³³

Проналажењем жртве трговине људима, односно места где се жртве регрутују или искоришћавају, рута којима се транспортују, односно експлоатишу и слично, ствара се погодна основа за примену проактивне истраге.

Проактиван истрага започиње након разматрања прикупљених обавештајних података о претходно наведеним околностима које се тичу структуралних слабости трговаца људима и процене степена ризика по жртве које се искоришћавају. Уколико постоји ризик по жртве питање предузимања проактивне истраге уопште се не поставља већ се предузима тренутна акција на спасавању жртава и хапшењу трговаца. Такође, на исти начин ће се реаговати и када географски и/или топографски услови не дозвољавају присмотру или када није могуће постићи тајно убацивање у криминалну групу.

Успешно планирање и руковођење проактивном истрагом подразумева јасно одређивање стратегије и тактике истраге, односно оперативног циља и тактичког поступања органа откривања и правосудних органа.³⁴

Под одређивањем стратегије подразумева се договарање заједничког поступања свих учесника на националном или међународном

³³ *Borba protiv trgovine ljudskim bićima*, стр. 26 – 32.

³⁴ *Trgovina ljudima, Regionalni standardi*, Priručnik za sudije i tužioce, Program obuke u jugoistočnoj Evropi, Međunarodni centar za razvoj migracionih politika, Beč, 2006, стр. 177 - 178.

нивоу у спровођењу истраге. Док јасно одређивање оперативног циља и тактичког поступања подразумева: квалификацију кривичног дела, одређивање врсте и обима истражних радњи које ће бити употребљене, идентификацију учинилаца кривичног дела, начин спасавања жртава, планирање момента лишења слободе учинилаца и идентификовање имовинске користи стечене чињењем кривичног дела.³⁵

Тактичке опције које постоје по питању радњи и мера које ће бити примењене у току истраге (као што су праћење помоћу техничких средстава, надзор и снимање и др.), људство и друга средства, такође морају бити одређена у плану деловања који сачињава руководиоца истраге (јавни тужилац).³⁶

Операција присмотре представља уобичајени начин отпочињања проактивне истраге, а у оквиру ње се најчешће примењују поједине посебне истражне технике:³⁷ надзор телефонских комуникација и оптичка и аудио снимања осумњичених лица (504е - 504з), пружање симулованих пословних услуга (504и - 504к), прикривени иследник (504м - 504њ) и сведок сарадник (504о - 504ћ).³⁸ Као најделотворнија мера откривања и гоњења извршилаца кривичног дела трговине људима издвојила се мера надзора комуникација осумњичених лица, а као веома опасна техника - примена прикривеног иследника и ангажовање службених лица у улози „лажних клијената“.

На основу наредбе истражних судија у случају трговине људима (чл. 388 КЗ РС) мера надзора телефонских комуникација осумњичених лица у периоду од 2006. до 2009. године примењена је према деведесет једном осумњиченом лицу. Применом наведених истражних мера Служба за борбу против организованог криминала у периоду од 2006. до 2009. године поднела је шест кривичних пријава и лишила слободе 35 лица.³⁹

³⁵ *Zaštita djece od trgovine ljudima*, Priručnik za zaposlene u tužilaštvu, policiji, socijalnim i zdravstvenim institucijama, Ured državnog koordinatora za borbu protiv trgovine ljudima i ilegalne migracije u BiH; Save the Children Norway Regionalni ured za Jugoistočnu Evropu, 2006, стр. 32.

³⁶ *Trgovina ljudima, Regionalni standardi, priručnik za sudije i tužioce*, стр. 178.

³⁷ У зависности од врсте мере, надлежност органа за извршење мере је различита. Тако, нпр. меру аутоматског рачунарског претраживања личних и других са њима повезаних података спроводе органи унутрашњих послова, Безбедносно-информативна агенција (БИА), Војно-безбедносна агенција (ВБА), органи царинске службе и др., док прикривени иследник може бити службено лице органа унутрашњих послова, БИА-е, ВБА-е, а ако то захтевају посебне околности случаја и друго обучено лице које, под условом узајамности, може бити и страни држављанин.

³⁸ Законик о кривичном поступку, *Službeni list SRJ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр 58/04, 85/05, 115/05, 46/06, 49/07, 20/09 и 72/09.

³⁹ Žarković, M.; et al.: *нав. дело*, стр. 41.

Присмотра се спроводи кроз неколико фаза: статичну присмотру, мобилну и присмотру главних осумњичених употребом мобилних средстава присмотре. У првој фази истраживања, када је пронађена најбоља локација за праћење (објекат у коме се жртве регрутују или експлоатишу) коришћењем најчешће савремених техничких средстава за вршење надзора над телефонским и другим комуникацијама, за оптичко и аудио снимање прикупљају се подаци о начину извршења дела, главним осумњиченим и навикама трговаца. Затим се прелази на мобилно праћење, са циљем да се утврде адресе учинилаца и њихових сарадника, или жртава, уобичајене руте њиховог кретања, време доласка и одласка и сл.

Након што су у претходним фазама, прикупљени подаци о начину извршења дела и о главним осумњиченима, следи прикупљање доказа против трговаца људима и утврђивање њихових веза са жртвама. Настоји се доћи до доказа да трговци врше специфичне делатности како би олакшали регрутовање, транспортовање или експлоатацију жртава (власници су агенција за запошљавање, ноћних клубова, барова, имања, и др.). Затим, треба утврдити криминални „начин живота“ који подразумева трошење великих количина новца непримерено било каквим законитим изворима прихода.⁴⁰

На овај начин могуће је прикупити доказе о постојању криминалне организације и о удруживању, доприносу саучесника у извршењу, начину извршења трговине људима, о физичком, психичком или сексуалном злостављању жртава, стварању и контроли ланаца сексуалне експлоатације жртава, о незаконитим финансијским трансакцијама новца и прању новца, поседовању некретнина, банковних рачуна и о др.⁴¹

Да би се утврдио износ средстава која потичу из вршења кривичног дела трговине људима и открило где се та средства налазе, односно да би се након хапшења учинилаца могла одузети незаконито стечена материјална и новчана средства, не сме се занемарити важност вођења финансијске истраге. Трговину људима трговци предузимају ради новца. Све радње које врше захтевају извесне финансијске трансакције, стога правило “трагај за новцем, прати га и пронаћи ћеш трговца“ даје запажене резултате. Прикупљени докази који се овом приликом добију на суду представљаће необорив доказ за одбрану, а то су по правилу: готовина, кредитне картице, чековне књижице и друга документација која се односи на финансијске трансакције, формулари за трансфер новца, купони, дневници услуга трговине, ценовници, документација у вези са

⁴⁰ *Борба против трговине људима*, стр. 28-29.

⁴¹ *Zaštita djece od trgovine ljudima*, стр. 32-34.

издавањем пасоша и виза, карте за улаз у воз, авион или аутобус, рекламни материјал и др.

Када је трговина људима извршена од стране организоване криминалне групе, која делује на транснационалном нивоу, проактивну истрагу је најсврхисходније применити у земљи одредишта, јер је немогуће сакрити тржиште и рекламирање услуга, експлоатацију која је започела и постојање бројних видљивих доказа. У земљи порекла и транспорта трговци вешто прикривају своје намере, јер није дошло до експлоатације жртава. Потенцијалне жртве ретко желе сведочити и уопште много је теже доказати извршење дела или покушај, односно удруживање ради вршења овог дела, или других са њим повезаних дела.⁴² Међународна проактивна истрага представља најефикасније средство које стоји на располагању надлежним органима, јер омогућава прикупљање и међусобно допуњавање доказа из све три фазе трговине људима.⁴³

Када је прикупљен довољан број доказа о околностима случаја трговине људима, проактивна истрага се завршава хапшењем једног или више учинилаца.

Приликом хапшења полицајци, у сарадњи са тужиоцем, морају јасно разликовати: трговце људима од жртава, клијената и сведока. Затечене жртве трговине људима биће одмах премештене с места хапшења како учиниоци не би вршили утицај на жртве. Након хапшења трговаца, биће извршен претрес просторија и лица, што ће за циљ имати прикупљање доказа који ће бити привремено одузети. Докази који ће том приликом бити прикупљени по правилу јесу: новац, чековне књижице, документација која се односи на финансијске трансакције, кредитне картице, формулари за трансфер новца, признанице за пртљаг, документација у вези са уплатама и исплатама из банке од стране учинилаца, карте, признанице и друга документација.

Након хапшења са осумњиченима ће бити обављен разговор са намером да се прикупе докази који ће поткрепити оптужницу за било које кривично дело у вези са трговином људима, сексуалним или радним искоришћавањем, физичким и/или сексуалним злостављањем, живљењем на рачун зараде која је стечена на незаконит начин итд. Приликом испитивања треба користити све доказе до којих се дошло предузимањем посебних истражних радњи.

⁴² *Борба против трговине људима*, стр. 28.

⁴³ *Zaštita djece od trgovine ljudima*, стр. 31-35.

ЗАКЉУЧАК

Трговина људима је сложено и тешко кривично дело, најчешће облик организованог криминала који се због своје сложености веома тешко открива и доказује. Проактивна истрага представља најефикасније средство које стоји на располагању органима откривања и гоњења јер омогућава да се дело открије и докаже не само када је извршено, већ и када је у фази припремања.

Органима откривања и гоњења на располагању стоје различите доказне радње стандардног и специјалног карактера, тзв. *специјалне истражне технике*, тј. посебне доказне радње које, иако се предузимају у преткривичном поступку, имају доказни значај на суду. Предузимање проактивне истраге захтева планско, методично и законито поступање органа откривања и гоњења, јер учиниоци који располажу великим финансијским средствима неће жалити новчана средства да би пронашли недостатке и пропусти у поступању надлежних органа како би ови одбацили доказе прикупљене против њих као ирелевантне.

Иако веома сложена истражна опција, она представља веома снажно средство у комбинацији са финансијском истрагом, и треба је користити увек и где год је то могуће, како на националном, тако и на међународном нивоу, узимајући у обзир све позитивне ефекте заједничког деловања надлежних субјеката у борби против трговине људима на међународном нивоу.

Petar Stanojevic, LLD
Full Profesor
Sasa Atanasov, LLM
Assistant

Summary

This work deals with the segments of a proactive investigation, paying significant attention to the specifications of investigational procedures related to the prevention of human trafficking. This criminal act, due to its specific complexity and intervention, requires qualified and skilled approaches and dealings. Proactive investigation is based on various intelligence and surveillance sources gathered from diverse procedures, and with the aim of determining these criminal activities, apprehending culprits and successful leading of an investigational and trial process. Legitimate proactive activities along with coordinated interrelations between police forces and district attorney's office in a pre-trial process, is a prerogative for prompt actions in order to save victims, apprehend criminals and prevent further spreading of human trafficking network. The work, in its particular segments, is also dedicated to legal basis and boundaries that lay around these proactive procedures. Structural weaknesses of these criminals as well as conditions and the proper conduct of these proactive procedures are also included, all for the purpose of effective and prompt reaction.

KEY WORDS: human trafficking, manners of committing, structural weaknesses, parallel financial investigation, proactive investigation.



Мр Драган Благић

ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Апстракт:

У раду се разматра сложена проблематика временског важења кривичног закона као и његова примена у теорији и пракси. Са одређивањем који се закон примењује на учиниоца кривичног дела, законодавац тиме практично одређује према коме се закону процењује да ли одређено људско понашање представља кривично дело и које се санкције могу изрећи за то дело. На значај временског важења закона указује и Устав Републике Србије чланом 197. којим се предвиђа да се на учиниоца примењује онај закон који је био на снази у време када је кривично дело учињено.

У даљем тескту рада посебна пажња се посвећује примени блажег закона у односу на продужено кривично дело, бланкетне норме, темпоралне законе, као и његовом утицају и примени у поступку по правним лековима.

Кључне речи: примена блажег закона, продужено кривично дело, међузакони темпорални закони, бланкетне норме.

Mr Драган Благоић

ВРЕМЕНСКО ВАЖЕЊЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНА

Увод

Временско важење кривичног закона односно када кривични закон ступа на снагу, представља веома важно питање за кривичноправну област. Реч је о сложеном кривичном законнику, па је то време по правилу дуже него код других закона. Разлог за то је потреба да се грађани што боље упознају са новим кривичним законом. Постоји могућност да се пропише да неке одредбе закона касније ступају на снагу у односу на цео закон (потребно време за стварање услова за извршавање неке нове кривичне санкције). Зато се у законодавној пракси у области кривичног права, могу наћи случајеви, да то време траје и дуже од годину дана (Француска, Данска).¹ Уколико није изричито прописан дан ступања на снагу кривичног закона, важи опште правило, тј. закон ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у службеном гласнику.

Закон, према уставној одредби, ступа на снагу најраније осмог дана од дана објављивања. Некада је истом одредбом дозвољено да се из оправданих разлога одреди и краћи рок од осам дана за ступање на снагу закона (чл. 196. Устава Србије). За кривичне законе, због своје сложености и природе материје, не би било оправдано предвидети краће време од осам дана од дана објављивања.

У кривичном праву постоје одређена (специфична) правила везана за временско важење кривичног законика. Правило које садржи одредба члана 5.КЗ, односи се на „ да се на учиниоца кривичног дела примењује закон који је важио у време извршења кривичног дела,“ свакако је нужна последица важења начела законитости.² Предвиђен је, међутим, важан изузетак од тог општег правила (члан 5. став 2.). Реч је о обавезној ретроактивној примени закона који је *блажи за учиниоца*. Уколико је нови закон строжи за учиниоца, он се ни у ком случају не може ретроактивно применити. Могуће је да се закон после извршења кривичног дела измени

¹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2009, стр. 36.

² З. Стојановић, *Нова решења у кривичном законодавству и досадашња искустава у њиховој примени, Саветовање Удружења за кривично право и криминологију*, Београд, 2006, стр. 5.

не само једном, већ више пута. То значи да одредба става 2. приликом процене да ли је неки закон блажи, изричито указује и на узимање у обзир и међузаконе (интеримних закона), тј. закона који су важали након закона који је важио у време извршења кривичног дела, а пре закона који је важио у време суђења.³ Удаљем тексту рада говорићемо о временском важењу кривичног закона (*примени блажег закона*) у односу на продужено дело, бланкетне норме, као и о његовом утицају и примени на међузаконе и темпоралне законе.

1. Примена блажег закона у односу на продужено кривично дело

Посебна природа *продуженог кривичног дела*⁴ захтева временску повезаност између појединих радњи, а свакако је важна и због саме примене закона. Дакле, код продуженог кривичног дела када су неке радње извршене за време важења старог кривичног закона, а у међувремену је дошло до измене закона, поставља се питање важења, тј. који ће се закон применити (блажи или строжи). Тако на пример, Немачком кривични закон (чл. 2. КЗ) предвиђа да код трајних и продужених кривичних дела дође до измене закона, примениће се закон који важи у време када је дело довршено. У том случају није битно да ли је нови закон блажи или строжи.⁵

Време извршења кривичног дела је важно за решавање питања временског важења кривичног закона. Наше законодавство полази од теорије делатности, тј. кривично дело је извршено у време кад је извршилац радио или био дужан да ради, без обзира кад је последица дела наступила (чл.16. ст. 1. КЗ).

Када је реч о моменту који се узима као време извршења продуженог кривичног дела, у теорији кривичног права постоје различита схватања. Према једном схватању сматра се да је, у случају продуженог кривичног дела, време извршења моменат, у коме учинилац предузима последњу радњу која улази у састав продуженог кривичног дела.⁶ Друго

³ *Ibidem*

⁴ Сматра се да се ради о правном јединству које полази од природне повезаности појединих кривичних дела, З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, стр. 230.

⁵ Н. Н. Jescheck / Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5, 1996, стр. 137, и С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Band I, 4, München, 2006, стр. 162.

⁶ Златарић, сматра да је дело извршено у часу последњег акта који улази у састав продуженог кривичног дела, Б. Златарић, *Кривично право - први свезак*, Загреб, 1997, стр. 106. Такође, Бутуровић сматра да се у случају продуженог кривичног дела може ретроактивно применити блажи закон, под условом да је промена закона наступила након извршења последње радње у саставу продуженог кривичног дела. Ј. Бутуровић,

схватање се односи на то да је продужено кривично дело учињено за време извршења сваке радње појединачног кривичног дела у његовом саставу.⁷ Наша судска пракса (постоји врло мали број пресуда), сматра да када је учинилац кривично дело извршио и у време важења старог и у време важења новог закона, примењује се нови закон, јер је радња извршења довршена у време доношења новог закона.⁸

Сматрамо да је оправдано решења наше судске праксе, јер продужено кривично дело је једно кривично дело. Дакле, примениће се онај закон који је био на снази у том моменту (време довршења), без обзира да ли је он блажи или строжи. У супротном примена конструкције продуженог кривичног дела не би била могућа.

На једног учиниоца више кривичних дела суд може применити различите законе за поједина кривична дела, односно један учинилац једном пресудом може бити осуђен за поједина кривична дела по старом, а за друга кривична дела по новом закону. У таквој ситуацији се одредба о санкцији за кривична дела у *стицају* може применити и по новом и по старом закону, дакле, примениће се она одредба, која је у конкретној ситуацији најповољнија за учиниоца.⁹

2. Примена блажег закона у односу на бланкетне норме

Код *тзв. бланкетних кривичних дела* поставља се питање како на временско важење кривичног закона утиче чињеница да је дошло до измене прописа који употпуњују законски опис кривичног дела. Према једном схватању, које полази од става, да је због тих нових прописа сам

Продужено кривично дело. Београд, 1980, стр. 179, 3. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, стр. 81.

⁷ Таховић сматра да треба да важе закони који су важили у време извршења свих кривичних дела из његовог састава. Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 1962, стр. 191, као и Д. Јовашевић, *Кривично право*, Београд, 1995, стр. 172.

⁸ Пресуда Врховног суда Србије Кж.154/05 од 2. јуна 2005, и пресуда Окружног суда у Јагодини К. 161/04 од 30. новембра 2004. год.) и КЗ Црне Горе у чл. 133. ст. 2. истиче да „ако се у току извршења кривичног дела измени закон, примењиваће се закон који је важио у време довршења кривичног дела.“ И. Симић, *Кривични законик, практична примена*, Београд, 2007, стр. 28.

⁹ Када се учиниоцу суди за више кривичних дела извршених у стицају, па је за прва два дела блажа запређена казна по новом закону, а за треће запређена иста казна, другостепени суд је преиначио, према ставу ВСС, првостепену пресуду у погледу правне квалификације за прва два дела, а за треће је задржао правилно утврђену казну, па применом чл. 60. КЗ изрекао јединствену казну затвора (пресуда Кж.2319/05 од 16. фебруара 2006. године и пресуда Окружног суда у Београду К.900/05 од 17. октобра 2005. године. И. Симић, *Кривични законик*, стр. 27.

Кривични закон постао блажи, примењује се блажи закон и на дело учињено раније, док су били на снази строжи прописи, који су употпуњавали законско биће кривичног дела. Законски опис таквог дела постаће блажи, ако је изменом тих допунских прописа учинилац стављен у повољнији положај.¹⁰ Према другом, пресудно је да ли је променом бланкетног кривичног закона измењено и правно схватање о друштвеној опасности конкретног кривичног дела. Ако није, онда измена таквог прописа нема утицаја на примену блажег закона.¹¹

У вези с тим, треба узимати у обзир и друге законе, а у неким случајевима и подзаконске акте који употпуњују њихово биће, јер од тих прописа зависи постојање или непостојање одређених кривичних дела. Даље, то значи да код временског важења промена ванкривичноправних норми којима се испуњава биће кривичног дела, може учинити саму кривичноправну норму блажом и треба је као такву, тј. испуњену тим новим садржајем, применити. Начелни став је да се кривичноправна норма мора увек посматрати у целини, тј. не може се толико широко схватити и тврдити да део те норме, односно њен садржај чине и ставови судске праксе. Поготово није прихватљиво упоређивати ставове судске праксе код института, који нису законом били предвиђени са новим законским решењем, као што је случај код продуженог кривичног дела.¹²

3. Примена међузакона и темпоралних закона

Примена блажег закона у односу на *тзв. међузаконе*, односно, законе који се у одређеном временском периоду мењају два или више пута, захтева детаљнију анализу. Наиме, постоје ситуације када се закон мења више пута, тако да између закона који је био на снази у време

¹⁰ Н. Н. Jescheck / Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, стр. 125, Ф. Бачић, *Казнено право*, Загреб, 1998, стр. 88, као и П. Новоселец, *Опћи дио казног права*, Загреб, 2007, стр. 87.

¹¹ Б. Златарић, *Кривично право*, стр. 103, као и Бабић, који сматра да је друго схватање прихватљивије, образлажући да иако и бланкетна законска бића кривичних дела представљају целину, ипак је неопходно узимати у обзир и један допунски вредносни, криминалнополитички критеријум, - да ли дата промена представља и измену криминалнополитичке оцене негативности и штетности тог понашања? Ако тога нема, онда промена бланкетног прописа нема утицаја на примену старог кривичног закона. М. Бабић, „Конкурентност закона у времену њихова важења“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, бр. 5/2004, стр. 22.

¹² Нови ставови судске праксе који су повољнији за учиниоца требало би да буду узети у обзир из других разлога, а не зато што то произлази из одредаба о временском важењу кривичног законодавства. З. Стојановић, „Нова решења у кривичном законодавству“, стр. 10-11.

извршења кривичног дела и новог закона који је на снази у време суђења, може постојати још нека измена закона која је важила у одређеном временском интервалу. У вези с тим, постојало је схватање¹³ да треба искључити тзв. међузаконе, јер они нису везани ни за време извршења дела, ни за време суђења, а основно је правило да се на учиниоца примењује закон који је важио у време извршења дела.

Потпуна примена правила да се у случају измене закона на учиниоца примењује онај закон који је за њега најповољнији, може остварити само, ако се то односи на све измене учињене од момента извршења дела, па све до доношења правноснажне судске одлуке. Тако је у став 2. чл 5. КЗ употребљена формулација „ако је измењен закон једном или више пута“, која подразумева да се наведена одредба такође односи и на тзв. међузаконе. Дакле, и у теорији кривичног права преовлађује мишљење да се у случају измене закона на учиниоца примењује онај закон који је најповољнији.¹⁴ У случају да је било више измена закона, суд мора да утврди који је закон од тих најблажи за учиниоца и да примени тај закон. Постоји могућност да то буде закон који није важио ни у време извршења дела, ни у време суђења (доношења пресуде). *Ratio legis* такве одредбе јесте у томе да учинилац не сме доћи у неповољнији положај само зато што суд није судио у време важења таквог међузаконa, када би га, очигледно, морао применити ако је блажи. Бачић такође истиче, да када је после извршења кривичног дела, казна новим законом била ублажена, а у време суђења законски пооштрена, на учиниоца се примењује блажи закон, тј. закон који је у међувремену био донесен. Затим, учинилац се не би казнио иако је кривично дело у време извршења или суђења било кажњиво, ако је у међувремену донесен закон, који предвиђа ослобођење од казне за то кривично дело. У сваком случају,

¹³ Тако, Живановић сматра да се приликом примене закона не треба водити рачуна о тзв. међузаконима. Т. Живановић, *Основи кривичног права – општи део*, Београд, 1922, стр. 155. Слично сматра и Таховић, где се код примене блажег закона узима у обзир само закон који је важио кад је дело учињено, као и закон који је на снази када се доноси одлука. Ј. Таховић, *Коментар Кривичног законика*, стр. 210.

¹⁴ Тако, Фукс истиче примену најблажег закона у случају да је дошло до измене закона од момента извршења кривичног дела, као и за време суђења; Н. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wien, 2004, стр. 35-36. Затим, Dannecker, истиче примену најблажег - најповољнијег закона (тзв. међузаконa) за учиниоца уз поштовање начела законитости. G. Dannecker, „Des Grundsatz der „lex mitior“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, бр. 117, 2005, стр. 739-740. У домаћој науци је такође заступљен став примене најблажег закона на учиниоца и примена међузаконa, што је и регулисано у чл. 5. ст. 2 КЗ. З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, стр. 36.

учинилац који је стекао право да му се суди по блажем закону, то право не може изгубити тиме што је у међувремену донесен строжи закон.¹⁵

Прихваћено је решење које допушта примену међузакона, тј оног закона који је најблажи за учиниоца. У случају да су закон који је био снази у време извршења кривичног дела и закон који је на снази у време доношења пресуде једнако строги, примениће се закон који је био на снази у време када је дело учињено, јер ни у том случају нови закон није блажи за учиниоца.

У случају спора, тј. када се не може утврдити који је закон најблажи за учиниоца, треба остати при основном правилу ст. 1. чл. 5. КЗ и применити закон који је важио у време извршења кривичног дела.¹⁶

Када је реч о **примени временских (темпоралних) закона** тј. закона са ограниченим временским трајањем, треба имати на уму да је реч о посебним ситуацијама, када после престанка ванредних околности, ти закони престају да важе. Одредба става 3. члана 5. КЗ односи се на *тзв. темпоралне законе*, према којој се закон са ограниченим временским трајањем примењује и после престанка његовог важења ако је кривично дело, које је прописано тим законом било извршено за време док је био на снази, под условом да тим законом другачије није решено. Реч је о новој одредби које досадашње домаће кривично законодавство није познавало, а такви случајеви су решавани применом одредбе о временском важењу, што значи да је и код закона са ограниченим временским важењем долазила у обзир примена каснијег блажег закона (ОКЗ). Међутим, КЗ сада решава ово питање тако што се на учиноца кривичног дела које је предвиђено законом са одређеним временским трајањем примењује тај закон, без обзира на то кад му се суди, осим ако тим законом није друкчије одређено (чл. 5. ст. 3 КЗ).

Другим речима, у теорији кривичног права преовлађује мишљење да је искључена примена новог блажег закона код временских закона.¹⁷ Роксин /Roxin/ истиче су то закони, који од самог почетка треба да важе на „*одређено време*“, било да је у самом закону одређен рок важења, било календарски или пак неким догађајем (временски закони у ужем смислу). Такође, то су и закони чије важење недвосмислено произлази из садржаја и сврхе, као и да се њима уређују временски ограничени односи (временски закони у ширем смислу).¹⁸

¹⁵ Ф. Бачић, Ш. Павловић, *Коментар Казненог законика*, стр. 39.

¹⁶ З. Стојановић, *Коментар Кривичног закона*, стр. 40.

¹⁷ Н. Н. Jescheck / Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, стр. 141 и С. Roxin, *op. cit.* стр. 171, Дакле, реч је о изузетку од примене ретроактивног важења блажег закона са ограниченим временским трајањем

¹⁸ С. Roxin, *op. cit.* стр. 172.

Временски закони у ширем смислу, чешће се срећу код бланкетних кривичних дела, где је важење норме на коју упућује бланкетни пропис временски ограничено. Тако престанак важења временских закона није условљен променом правних схватања о кажњивости неког понашања, него је то условљено престанком посебних околности које закон има у виду, те стога не би било оправдано одустати од кажњавања кад су те посебне околности престале. Дакле, учинилац би у последњој фази њиховог важења прекршио закон, без бојазни да ће бити кажњен, јер би учинилац био сигуран да неће бити осуђен до њиховог стављања ван снаге. Стога немачки кривични закон чл. 2 изричито предвиђа да ће се на учиниоца кривичног дела применити закон за дела учињена за време његовог важења и након престанка важења закона чије је важење временски ограничено.¹⁹

Тако је и у нашем кривичном праву, по узору на немачко кривично право, изричито предвиђено у чл. 5. ст. 3. да се искључи могућност примене блажег закона у случају са ограниченим временским трајањем, осим у случају ако тим законом није друкчије одређено. Овде се ради о специфичној ситуацији, у којој се проблем важења закона са ограниченим трајањем може решити само доношењем изричите законске одредбе, попут немачког и аустријског кривичног закона. Наиме, у нашем кривичном праву су такође превагнули криминалнополитички разлози да код закона са ограниченим временским трајањем, треба искључити примену каснијег блажег закона. Међутим, у одредби чл. 5. ст. 3. је ипак остављена могућност да се законом са ограниченим временским трајањем друкчије реши ово сложено питање.²⁰

У судској пракси се по питању закона са временским трајањем истиче, да се ови закони доносе у ванредним околностима, после чега престаје њихова важност. Тако на пример, наредба о легализацији и предаји оружја (Службени лист РС бр. 31/03 и 37/03) према којој су власници оружја који немају оружани лист могли да предају оружје у периоду од 24. марта до 24. априла 2003. године, и у том случају нису могли бити изложени кривичном гоњењу. Ти закони би касније губили смисао, ако би се у односу на њих дозволила примена блажег закона што се не би могло применити на већину других кривичних дела у време њиховог важења.²¹

¹⁹ *Ibidem.*

²⁰ З. Стојановић, *Кривично право*, стр. 87.

²¹ И. Симић, *Кривични законик*, стр. 27-28.

4. Примена блажег закона у поступку по правним лековима

У кривичноправној теорији преовлађује схватање да се примена блажег закона треба примењивати у свим инстанцама редовног кривичног поступка. У случају да је након доношења првостепене пресуде донесен нови закон, који је повољнији за учиниоца, другостепени суд у жалбеном поступку мора обезбедити примену тог закона.²² Такође, није спорно да ретроактивно дејство закона, па и када је блажи, није могуће, ако је судска одлука којом је изречена кривична санкција већ извршена (или је у поступку извршења).²³ У теорији и судској пракси преовлађује схватање, по коме правило о примени блажег закона важи у другостепеном поступку. Када другостепени суд одлучује по жалби на одлуку о кривичној санкцији, не решава само питање блажег закона, већ и друга битна питања. Могуће је применити нови закон као блажи, а да се због других разлога, који нису у вези са новим законом (а које је рецимо првостепени суд погрешно ценио) изрекне строжа санкција од првостепеног суда који је кривичну санкцију изрекао по старом закону, а који је строжи од новог.²⁴

Најспорније је питање да ли примена важења блажег закона долази у обзир и у поступку по ванредним правним лековима, ако је закон измењен после доношења правноснажне судске одлуке, а уложен је ванредни правни лек. Према једном схватању примена блажег закона након правноснажности пресуде је искључена, јер такав закон нема никакав утицај на правноснажно пресуђене случајеве, нити таква измена може бити основа за понављање поступка. Дакле, таква измена закона није разлог ни за један ванредни правни лек, па се и у том случају правноснажне одлуке морају извршити, осим ако сам закон у том погледу не одређује друкчије.²⁵ Према другом схватању, више заступљеном у

²² М. Бабић, „Конкурентност закона у времену њихова важења“, стр. 21.

²³ Љ. Лазаревић, *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2006, стр. 20.

²⁴ Постоји могућност, на пример, да се уместо условне осуде изрекне затвор, иако се примењује нови закон као блажи, јер прописује нижи посебни максимум казне затвора, зато што околности случаја нису оправдавале изрицање условне осуде (Окружни суд у Београду Кж. 3282). Такође је могуће да другостепени суд изрекне исту санкцију и по новом, по запрећеној казни блажем закону, у ком случају преиначује првостепену пресуду само формално у погледу правне квалификације примењујући одредбе новог КЗ, Више о томе: З. Стојановић. „Нека решења у кривичном законодавству“, стр. 9-10.

²⁵ Више о томе: Новоселец сматра да би озбиљно био нарушен ауторитет правноснажних одлука, јер би судови након сваке измене кривичног закона морали преиспитати све правноснажне или барем извршне пресуде. Неправде које том приликом могу настати, могу се отклонити једино помиловањем. П. Новоселец, *Onhu duo казног права*, стр. 89. Такође, Р. Кобе - Лј. Бавсон: *Kazenski zakonik s pojasnili in sodno prakso*, Ljubljana, 1970, стр. 143.

теорији кривичног права и судској пракси, које подразумева да, ако после правноснажности пресуде поводом изјављеног ванредног правног лека дође до поновног суђења (*in merito*) учиниоцу, онда се мора дозволити примена блажег закона, који је у међувремену ступио на снагу.²⁶

Судска пракса такође је заузела став да ће се у поступку по ванредним правним лековима применити правила блажег закона и после доношења правноснажне пресуде (ако је у поступку о неком ванредном правном леку дошло до главне расправе).²⁷ Сходно наведеном, сматрамо да је прихватљиво мишљење да је примена блажег закона могућа и после доношења правноснажне пресуде ако се у поступку о ствари поново мериторно одлучуј

5. Закључак

Питање блажег закона (*lex mitior*) јавља се у оним ситуацијама када је кривично дело извршено за време важења једног закона, а до доношења правоснажне пресуде закон је измењен једном или више пута. Реч је о (обавезној) ретроактивној примени блажег закона уколико се утврди да је он најблажи (најповољнији) за учиниоца кривичног дела. Који ће се закон применити, потребно је прво разјаснити два питања: време извршења кривичног дела и закон који је у то време био на снази, односно који је најблажи (најповољнији) за учиниоца. Основно полазиште је да се питање избора најповољнијег закона не решава *in abstracto*, већ *in concreto*, тј. не уопштеним упоређивањем старог и новог или нових закона, већ упоређивањем у односу на дати конкретни случај. При томе је потребно утврдити све околности које могу бити релевантне за наведену оцену, па сходно томе извршити процену: који би закон био повољнији за учиниоца, који закон даје веће могућности за повољнију одлуку у конкретном случају (начело конкретности).

Једноставно упоређивање текстова закона на конкретни случај може дати сигуран одговор само у случају ако је нови закон декриминисао нешто што је по старом било кривично дело, јер је тада

²⁶ Б. Златарић, *Кривично право*, стр. 77, Ф. Бачић, *Казнено право*, стр. 913, З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, стр. 40.

²⁷ Више о томе: И. Симић, *Кривични законик, практична примена*, Београд, 2007, стр. 27. Такође, на примеру пресуде (ВСС Кж.899/99) заузет је став да када после доношења првостепене пресуде дође до измене кривичног закона, тако што је кривично дело за које су оптужени осуђени, постало блажи облик кривичног дела, суд, пошто преиначи првостепену пресуду на блажи облик кривичног дела, може, одлучујући о жалби јавног тужиоца поштрити изречене казне. (Билтен Окружног суда у Београду, бр. 61/2003), стр. 53.

нови закон очигледно блажи. У свим другим случајевима, када је кривично дело кажњиво по оба закона, решење није нимало једноставно, па је стога тада потребно утврдити све околности које могу бити релевантне у избору блажег закона, закона који је (нај)повољнији за учиниоца. Тек упоређивањем закона на тај начин могуће је сагледати све могућности које пружа примена једног или другог закона, па ће се суд морати одлучити за онај закон који је (нај)блажи за конкретни случај. То јасно произлази из одредбе члана 5. став 2. КЗ која предвиђа: да ако је после извршења кривичног дела измењен закон, једном или више пута, примениће се закон који је *најблажи* за учиниоца.

Dragan Blagic, LLM
Assistant

TEMPORAL VALIDITY OF THE CRIMINAL CODE

Summary

The issue of lenient law (*lex mitior*) occurs in those situations where the offense was committed during the validity of a law, and until the final judgments of the law was amended once or several times. It is about (required) retroactive application of a more lenient if it is determined that he was the mildest (best) for the offender criminal act.

What the law will be applied, it is first necessary to clarify two issues: the time of the offense, the law at that time was in effect, that most lenient (best) for the offender. Basic starting point is that the issue of selection of the best laws will not solve in the abstract, but in *concreto*, is not a generalized comparison of old and new, or new laws, but by comparison with regard to a concrete case. It is necessary to identify all circumstances that may be relevant to the above assessment, and therefore to assess: that the law was more favorable for the offender the law gives greater opportunities for a more favorable decision in this case (the principle of specificity).



Мр Здравко Грујић

**ПРИЛОГ УТВРЂИВАЊУ СВРХЕ КРИВИЧНИХ
САНКЦИЈА И КАЖЊАВАЊА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ
КРИВИЧНИМ ПРАВОСУДНИМ ИНСТИТУЦИЈАМА**

Мр Здравко Грујић, асистент

Апстракт:

Питање сврхе кривичних санкција и кажњавања представља једно од сложених питања у области прописивања, одмеравања и извршења кривичних санкција изречених од стране међународних кривичних правосудних институција. Како изворима права ових институција нису експлицитно предвиђене сврхе кривичних санкција и кажњавања покушали смо да анализом текстова извора и судске праксе, посебно базирајући истраживање на пресудама Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, пружимо допринос утврђивању сврхе казни и кажњавања. Иако у савременој пенолошкој мисли ретрибуција има ретроградни контекст, она сигурно, пре свега због природе и тежине међународних кривичних дела, представља основу сврху казни и кажњавања у међународном кривичном праву. Поред ретрибуције, специјална и генерална превенција, као и ресоцијализација и социјална рехабилитација осуђеног представљају сврхе казни и кажњавања. Посебан однос према жртвама кривичних дела у одредбама извора права Међународног кривичног суда указује да ће однос према њима утицати на утврђивање сврхе кажњавања.

Кључне речи: *сврха кривичних санкција и кажњавања, међународне кривичне правосудне институције, МКС, МКТЈ, ретрибуција, специјална и генерална превенција, ресоцијализација.*

Mr Здравко Грујић

ПРИЛОГ УТВРЂИВАЊУ СВРХЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И КАЖЊАВАЊА ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ ПРАВОСУДНИМ ИНСТИТУЦИЈАМА

УВОД

Кривичне санкције се пред међународним кривичним правосудним институцијама изричу учиниоцима најтежих међународних злочина који се у њиховим правним изворима могу класификовати у четири категорије кривичних дела: злочини против мира, геноцид, злочини против човечности и ратни злочини. Имајући у виду вредности и добра која се овим инкриминацијама штите, као основно, поставља се питање које казне прописати и са којим циљем казнити учиниоце међународних злочина. Како питање сврхе кривичних санкција и сврхе кажњавања није експлицитно предвиђено у изворима међународног кривичног права, покушаћемо да кроз рад на ову тему пружимо допринос изналажењу одговора на питања оправданости кажњавања и сврхе се које кажњавањем жели постићи.

ОСНОВНА СХВАТАЊА СВРХЕ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА И КАЖЊАВАЊА

Историјски посматрано, постоје два основна супротстављена филозофска модела за објашњење и оправдавање казне и кажњавања: ретрибутивистички (апсолутне теорије) и утилитаристички (релативне теорије). Поред ова два основна полазишта развијен је читав низ мешовитих, хибридних, теорија о кажњавању које своје основне поставке имају у једној од поменутих теорија. У међународном кривичном праву систем кривичних санкција базиран је на казнама, па ћемо за објашњење сврхе кривичних санкција представити основне поставке сврхе казне и кажњавања у кривичном праву.

Апсолутне теорије у кажњавању виде заслужено зло које друштво наноси учиниоцу кривичног дела због зла које је он извршењем кривичног дела учинио, а оправдање казне виде у самој ретрибуцији (одмазди). Ове теорије за идејну основу имају индетерминистичко схватање о слободи

воље и казни као императиву апсолутне правде.¹ Циљ казне је одмазда са становишта оног који кажњава и испаштање са становишта оног који се кажњава. Одмазда и испаштање су искључиви циљ казне који се апсолутизира, тј. разлог казне лежи искључиво у враћању зла учиниоцу за зло које је он својим кривичним делом другом лицу нанео.² Казна се, према овом схватању, не третира као средство којим се нешто у будућности жели постићи, напротив, она је орјентисана на прошлост и садашњост (*punitur quia peccatum est*).³ Према ретрибутивистичком концепту, учиниоцу кривичног дела изриче се казна која мора бити сразмерна тежини извршеног кривичног дела, зло које се наноси извршиоцу мора бити сразмерно злу које је извршењем дела нанео и степену кривице учиниоца. Историјски, ретрибуција проистиче из талионског принципа: „око за око, зуб за зуб“, и представља синоним за освету.⁴

За разлику од ретрибутивистичког концепта, релативне теорије у оправдању казне полазе од принципа корисности казне. Релативне теорије у казни виде средство за спречавање криминалитета, тако да казна није сама себи циљ него средство за постизање неког другог циља. Не кажњава се учинилац зато што је згрешио, већ зато да даље не би грешио.⁵ Оправдање казне према овим теоријама је у превенцији (*punitur ne recsetur*), која је у служби заштите друштва од криминалитета. Превенција може бити генерална, при чему се наглашава функција казне на генералном плану, деловањем на све људе у смислу да их казна одвраћа од вршења кривичних дела, при чему се полази од застрашујућег (или опоменеујућег) дејства казне, и специјална превенција, која наглашава функцију казне у деловању на појединца погодним начином да он после издржане казне не понови кривично дело. У оквиру једне и друге теорије превенције разликује се већи број варијанти.⁶

Према мешовитим теоријама, које интегришу схватања апсолутних и релативних теорија, сврху казне чини и ретрибуција и превенција. Еклектички став мешовитих теорија прокламује као циљ казне и одмазду

¹ Срзетић Н., Стајић А., Лазаревић Љ., *Кривично право СФРЈ, општи део*, Савремена администрација, Београд, 1990, стр. 321.

² Видети: Чејовић Б., *Кривично право општи део*, Службени лист СРЈ, Београд, 2002, стр. 429.

³ Млађеновић-Купчевић Р., *Основни пенологије*, Svjetlost, Sarajevo, 1981, стр. 63.

⁴ Leviticus 24:19-20, према: Schabas W., "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach" *Duke Journal of Comparative and International Law*, Duke University School of Law, Durham, 1996/1997, стр. 501.

⁵ Јовашевић Д., *Кривично право – општи део*, Номос, Београд, 2010, стр. 211.

⁶ Стојановић З., *Кривично право - општи део*, Правна књига, Београд, 2010, стр. 250.

према учиниоцу и превенцију криминалитета, кажњава се зато што се згрешило и да се убудуће не би грешило (*punitur quia peccatum est et ne peccetur*).

Наравно, поред ових основних ставова који сврху казне виде у одмазди и у превенцији, схватања сврхе казне и кажњавања током времена су се мењала. Тако је у теорији и пракси у једном периоду двадесетог века преовладало становиште да је основна сврха казне у ресоцијализацији, односно, преваспитању учиниоца кривичног дела. У низу савремених пенолошких концепата све више се развијају ставови о реализацији постулата реститутивне и ресторативне правде, који се базирају на односу између жртве, учиниоца кривичног дела и заједнице, с циљем да се накнади штета и умање последице настале у друштвеним односима извршењем кривичног дела, пре свега кроз активност у заједници, кроз надокнаду жртви и реинтеграцију извршиоца кривичног дела у друштво.

Како кривичне санкције представљају средство за остваривање заштитне функције кривичног права, док се заштита се остваривају предвиђањем одређених понашања као кривичних дела и прописивањем и изрицањем кривичних санкција за та кривична дела, тако и у међународном кривичном праву кривичне санкције представљају средство за остваривање заштитне функције међународног кривичног права.

Данашњи степен развоја међународног кривичног права са сигурношћу указује да вредности које се њиме штите једном речју чине човечност и основна добра и општеприхваћене вредности на којима почива цело човечанство. Сврха прописивања и изрицања кривичних санкција у међународном кривичном праву јесте несумњиво заштита наведених вредности и кажњавање сваког облика понашања којима се на драстичан начин ове вредности угрожавају. Прописивањем најтежих међународних кривичних дела и прописивањем кривичних санкција за те злочине којима се нарушавају човечност и основна добра и вредности међународног права, савремени свет жели да прекине праксу некажњавања учинилаца таквих дела и да њиховим кажњавањем допринесе превенцији истих.

Bassuioni сматра да основни циљ међународног кривичног правосуђа представља очување међународног поретка и међународног мира и безбедности. Према овом аутору, кажњавање одговорних за најтеже међународне злочине сматра се фундаменталним за међународни

поредак и међународну правду, тако да њихово кажњавање у основи мора бити ретрибутивно, чиме се остварује и генерална превенција.⁷

Међутим, одговарајући систем међународних кривичних правосудних институција у светлу реакције међународне заједнице на најтежа међународна кривична дела данас је, ако погледамо начине одмеравања казни и кажњавања у међународним кривичним поступцима, развијенији у односу на стање у прошлости, али је систем идаље у својој ембрионалној фази. Упркос чињеници да са разлогом расте интересовање за питања међународног кажњавања, сматра се да је овај део међународног кривичног права у зачетку, у систематској изградњи, и да идаље у великом броју питања није регулисан у поређењу са начином на који је регулисано питање кажњавања на националним нивоима. У ствари, тренутно стање у међународном кажњавању представља панораму коју не карактеришу прецизне норме и претходно дефинисани принципи.⁸

СВРХА КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА У ИЗВОРИМА ПРАВА МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ПРАВОСУДНИХ ИНСТИТУЦИЈА

У изворима међународног кривичног права се на експлицитан начин не указује на сврху кривичних санкција, мада одговор на питање сврхе и оправдања кривичних санкција можемо наћи анализирајући саме изворе.

Тако је у Преамбули Римског статута Међународног кривичног суда⁹, на основу које можемо закључивати о сврси кажњавања,¹⁰ посебно назначено да се “државе чланице Статута свесне чињенице да су сви народи повезани повезани заједничким везама и да су њихове културе спојене заједничким наслеђем и истовремено забринуте да такав мозаик може бити сломљен сваког тренутка, свесни да су милиони деце, жена и

⁷ Bassuioni M. C., *Introduction to International criminal law*, Transnational Publishers Inc, Ardsley, New York, 2003, стр. 689.

⁸ D’Ascoli S., “International sentencing and the Undefined Purposes in International Criminal Justice” нацрт чланка у: *Cortona Colloquium - War, Law and Global Order*, No. 18, Milano, 2007, стр. 56.

⁹ Међународни кривични суд је први стални међународни кривични суд основан на Конференцији у Риму у јулу 1998. године, док је Статут Међународног кривичног суда ступио на снагу 1. јула 2002. године. У тренутку израде овог рада Суд је покренуо поступак против 25 лица оптужених за кривична дела из своје надлежности. Нажалост, Међународни кривични суд још увек није донео прву пресуду на основу које би били у могућности да анализирамо питања која се односе на сврху казни и кажњавања пред овим органом.

¹⁰ О томе: Schabas W., *An Introduction to International Criminal Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, стр. 139.

мушкараца били жртве незамисливих свирепости које дубоко шокирају свест о хуманости, увиђајући да тешки злочини угрожавају мир, сигурност и добробит света, потврђују да најозбиљнија кривична дела за која је заинтересована међународна заједница као целина не смеју остати некажњена и да су решене да прекину досадашњу традицију некажњавања истих и на тај начин допринесу превенцији таквих понашања.”

Дакле, иако Римски Статут на јасан начин не одређује сврху и принципе за примену кривичних санкција пред Међународним кривичним судом, анализирајући текст Преабуле можемо закључити да су главни циљ и сврха кривичних санкција пред Међународним кривичним судом ретрибуција и генерална превенција, односно, заштита човечности и основних вредности на којима почива међународна заједница кроз престанак традиције некажњавања међународних злочина, кажњавање учинилаца тешких међународних злочина чиме би се утицало на онемогућавање учиниоца да понове извршење кривичних дела, као и на потенцијалне учиниоце да не врше такве злочине. Има аутора који наглашавају значај генералне превенције, наводећи као аргумент чињеницу да је циљ и мисија Међународног кривичног суда заштита од најтежих злочина предвиђених међународним правом кроз успостављање трајног поштовања и остваривања принципа међународне правде.¹¹

Анализирајући норме Римског статута не може се закључивати о постојању рехабилитативне и преваспитативне сврхе кривичних санкција, мада већина савремених националних кривичних законодавстава предвиђа рехабилитацију и социјалну реинтеграцију као посебне циљеве примене кривичних санкција, чиме се отвара питање да ли је рехабилитација потпуно занемарена приликом изрицања кривичних санкција пред Међународним кривичним судом. Међутим, Правилник о поступку и доказивању¹² (правило 223.) предвиђа да ће судије приликом одлучивања о ублажавању казне узети у обзир и очекивану ресоцијализацију и успешну реинтеграцију осуђеног лица, тако да можемо са сигурношћу утврдити да су ресоцијализација и социјална реинтеграција, иако не примарног онда сигурно секундарног значаја приликом одређивања сврхе кажњавања пред Међународним кривичним судом.

¹¹ Triffterer O., “The Preventive and Repressive Functions of the ICC”, in Politi M., Nesi G., *The Rome Statute of the International Criminal Court – A challenge to impunity*, Ashgate, Dartmouth, 2001, према: D’Ascoli S., Наведено дело, стр. 57.

¹² Акт ниже правне снаге од Статута Међународног кривичног суда којим је регулисан ток поступка и начин извођења доказа пред Судом.

Статут Међународног војног трибунала у Нирнбергу¹³, нема посебних одредби о сврхси казне и кажњавања. Једино је у члану 27. предвиђао да Трибунал може учиниоцу кривичног дела из његове надлежности изрећи смртну казну или другу казну коју сматра праведном. То је инспирисало одређене ауторе да сврху кривичних санкција виде у праведности, односно, да произилази управо из одредаба које говоре о потреби кажњавања да кажњавање буде, пре свега, оправдано.¹⁴

Када су у питању Међународни кривични *ad hoc* Трибунали за бившу Југославију и Руанду¹⁵ још у актима о оснивању ових трибунала можемо да приметимо да је сврха њиховог оснивања, па и сврха кажњавања пред Трибуналима, успостављање и очување трајног мира и међународне безбедности. Дакле, претпоставка за оснивање Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију била је да се дугорочно мирно решење на просторима бивше Југославије може постићи само процесуирањем и кажњавањем учиниоца међународних злочина према међународном праву, као и одвраћање од других тешких кршења одредаба међународног хуманитарног права.

У првом годишњем Извештају о раду овог *ad hoc* Трибунала из 1994. године, наводи се да је основна сврха Трибунала успостављање

¹³ Међународни војни трибунали у Нирнбергу и за Далеки Исток у Токију основани су након II светског рата, иако је у претходном периоду било покушаја оснивања међународних судова, и представљају прве међународне правосудне институције које су судиле одговорнима за злочине који су се догодили за време рата. Трибунал у Нирнбергу водио је поступак против 24 оптужених лица, 12 осудио на смртну казну а 7 на дуготрајне казне затвора. Трибунал у Токију водио је поступак против 28 лица, и изрекао 7 смртних казни, 16 казни доживотног затвора и 2 временске казне затвора. Оснивање и рад ових Трибунала представљало је прекретницу у развоју међународног кривичног права, и, свакако можемо констатовати, утрло пут оснивању сталног Међународног кривичног суда.

¹⁴ Чејовић Б., *Међународно кривично право*, Досије, Београд, 2006, стр. 155.

¹⁵ Међународни трибунал за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије (Међународни кривични трибунал за бившу Југославију, МКТЈ) основан је 25. маја 1993. године, Резолуцијом бр. 827 Савета безбедности Уједињених нација, а њоме је усвојен и Статут трибунала. Међународни кривични трибунал за Руанду (МКТР) основан је Резолуцијом СБ УН бр. 955 од 8. новембра 1994. године. У теорији оспораван основ за оснивање ових *ad hoc* Трибунала представља Глава VII Повеље Уједињених нација и члан 29. Повеље. Иако је питање легалитета и легитимитета оснивања и рада ових Трибунала с правом довођено у питање, не може се оспорити чињеница да је пред овим Трибуналима оптужен највећи број лица у историји међународног кривичног правосуђа. Одлуке и ставови Трибунала сигурно ће у великој мери утицати на рад сталног Међународног кривичног суда посебно у области сврхе казни и кажњавања за најтеже међународне злочине.

правде, одвраћање од нових тешких злочина и успостављање и очување мира.¹⁶ Дакле, на основу Извештаја може се закључити да ретрибуција, генерална и специјална превенција, национално помирење и успостављање и очување мира представљају сврху и оправдање кажњавања пред Међународним кривичних трибуналом за бившу Југославију.

Ralph Henham, износи запажање да принцип сразмерности, као подразумевана парадигма у пракси ретрибутивног концепта кажњавања, наставља да се намеће као „најважнија обавеза“ у приступу *ad hoc* Трибунала начину одлучивања о кажњавању, што може представљати опасност за будућу праксу Међународног кривичног суда. С тим у вези, предлаже да кажњавање у међународном кривичном праву буде осетљивије на захтеве жртава и захтеве заједнице нарушене ратом или социјалним конфликтом.¹⁷ Један од фундаменталних циљева кажњавања пред Међународним кривичним судом биће да осигура да убудуће неће постојати могућност оправдавања тешких нарушавања људских права. Према томе, важност заштите људских права треба да одређује не само легитимне границе оправданости ретрибуције, већ и њихову примену.¹⁸

Позивање на одмазду, односно ретрибуцију, у ставовима већа *ad hoc* Трибунала не тумачи се на начин остваривања чисте освете учиниоцу због учињеног међународног злочина, већ пре свега као праведно кажњавање које потвђује заштиту основних хуманистичких вредности на којима почива међународна заједница. Поред поменутих циљева кажњавања, у пресудама *ad hoc* Трибунала помињу се и други принципи кажњавања, којима се остварују циљеви као што су рехабилитација и помирење.¹⁹ Поменути аутор такође указује на више значајних разлога за

¹⁶Годишњи извештај о раду Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, на: http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_1994_en.pdf

¹⁷ Више о томе: Henham R., “Developing Contextualized Rationales for Sentencing in International Criminal Trials”, *Journal of International Criminal Justice*, No. 5, Oxford University Press, Oxford, 2007, стр. 758.

¹⁸ Наведено дело, стр. 769.

¹⁹ Више о томе: Henham R., “The Philosophical Foundation of International Sentencing”, *Journal of International Criminal Justice*, No.1, Oxford University Press, Oxford, 2003, стр. 68. У овом чланку, такође, аутор се на критички начин односи према циљевима кажњавања у међународном праву и пред међународним кривичним трибуналима, указујући на некоензистентност ставова већа међународних кривичних трибунала у различитим предметима, што често ствара забуне око сврхе и оправдања кажњавања у међународним кривичним предметима, залажући се за критичко преиспитивање филозофских разлога кажњавања у међународном кривичном праву.

утврђивање веза између идеологије ресторативне правде и сврхе кажњавања пред међународним кривичним трибунаlima.²⁰

СВРХА КАЗНИ ИЗРЕЧЕНИХ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ КРИВИЧНИМ ТРИБУНАЛОМ ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ

Међународни кривични трибунал за бившу Југославију покренуо је кривичне поступке против 161 лица, а у тренутку израде овог рада правноснажно је осуђено 64 лица, док је првостепени поступак окончан према 16 лица. Имајући у виду чињеницу да се ради о великом броју пресуда овог Трибунала, највећем броју у историји међународних суђења, покушали смо да анализом донетих пресуда преиспитамо сврху казни и кажњавања пред овим *ad hoc* Трибуналом и да, на основу резултата, закључујемо о томе у коликој мери ће пракса Трибунала утицати на будућу праксу Међународног кривичног суда у области сврхе казни и кажњавања.

Једина казна коју судска већа *ad hoc* Трибунала могу изрицати је казна затвора, с тим што се приликом изрицања има узети у обзир општа пракса у изрицању казне затвора у судовима у бившој Југославији. Овај „путоказ“ у одмеравању казне судска већа нису узимала у обзир и на основу сопствених критеријума покушала да изграде препознатљиву казнену политику.

Потпуно неконзистентна казнена политика *ad hoc* Трибунала у великој мери има упечатљив идентитет. Међутим, и поред неконзистентности у одмеравању казне, покушали смо да се, колико је то могуће, у овом раду бавимо искључиво питањима које се односе на сврху кажњавања пред овим Трибуналом.

Како је Међународни кривични трибунал за бившу Југославију основан 1993. године, за време трајања ратних сукоба на територији бивше Југославије, разумљиво је да се у првом годињем Извештају о раду Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију, између осталог, наводи да је основна сврха рада Трибунала успостављање правде, одвраћање од нових тешких злочина и успостављање и очување мира.

Међутим, и површном анализом, у највећем броју пресуда, може се закључити да су судска већа овог *ad hoc* Трибунала као основне сврхе казне и кажњавања судска већа наводила су ретрибуцију и превенцију, али и у мањој мери рехабилитацију.²¹

²⁰ Наведено дело, стр. 80-81.

²¹ Првостепена пресуда у предмету против оптуженог Милана Бабића од 29. јуна 2004. године, пар. 43, на: www.icty.org/x/cases/babic/tjug/bcs/040629.pdf;

У једном делу пресуда наводи се да сврху кажњавања чине: индивидуална и општа превенција у односу на оптуженог и, посебно, на претпостављене у сличним ситуацијама убудуће; индивидуална и општа афирмативна превенција чији је циљ утицање на свест оптуженог, жртава, њихових породица, сведока и јавности о правном поретку како би се они уверили да се правни систем остварује и спроводи; ретрибуција; јавна осуда и стигматизација од стране међународне заједнице; и рехабилитација.²²

Ретрибуција представља основну сврху казне затвора и кажњавања. У свим пресудама судских већа наводи се да је ретрибуција основна сврха кажњавања. Тако, у првостепеној пресуди у предмету против Милана Бабића судско веће указује да „казном као видом ретрибуције друштво осуђује кривично дело и његовог учиниоца. Она треба да је пропорционална тежини тог кривичног дела. Стога се казном коју изриче овај Међународни суд изражава гнушање човечанства над тешким кршењима међународног хуманитарног права за које је нека особа проглашена кривом. На тај начин казна може да умањи гнев и осећање неправде жртава и шире друштвене заједнице проузроковану извршењем злочина.“²³

Жалбено веће уз предмету против Златка Алексовског истиче да „одмазду не треба схватити као испуњење жеље за осветом, већ као жељу да се на одговарајући начин изрази гнушање међународне заједнице над тим злочинима.“ У наставку се наводи да „тај фактор у великом мери прихватају Претресна већа овог Међународног суда као и Међународног кривичног суда за Руанду. Према томе, казна Међународног суда требала би учинити очигледну осуду међународне заједнице у односу на понашање о коме се овде говори и показати да „међународна заједница није спремна да толерише тешка кршења међународног хуманитарног права и људских права.“²⁴

Првостепена пресуда у предмету против Момчила Крајишника, пар.1134, <http://www.icty.org/x/cases/krajisnik/tjug/bcs/060927.pdf>. У првостепеној пресуди Николи Шаиновићу и осталима, у пар. 1144, наводи да се у пракси Трибунала конзистентно као основне сврхе кажњавања, за кривична дела из надлежности Трибунала, наводе ретрибуција и превенција, видети: <http://www.icty.org/x/cases/milutinovic/tjug/en/jud090226-e3of4.pdf>.

²² Видети, на пример, другостепену пресуду Тихомиру Блашкићу, параграф 678, на: <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acjug/bcs/040729.pdf>, другостепену пресуду у предмету Дарио Кордић и Марио Черкез, пар.1073, http://www.icty.org/x/cases/kordic_cerkez/acjug/bcs/041217.pdf

²³ Првостепена пресуда оптуженом Милану Бабићу, параграф 44.

²⁴ Првостепена пресуда у предмету против оптуженог Златка Алексовског од 25. јуна 1999. године, на: www.icty.org/x/cases/aleksovski/acjug/bcs/000324.pdf

Ретрибуцију у модерном смислу треба схватити као заслужену казну, као што је наведено у предмету против Дражена Ердемовића. „Претресно веће усваја ретрибуцију или „заслужену казну“ као легитимну основу приликом одмеравања казне за злочине против човечности, при чему казна мора бити пропорционална тежини кривичног дела и кривици оптуженог.“²⁵

Када је у питању превенција као сврха казне затвора и кажњавања она је апострофирана у готово свим пресудама судских већа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију. Поред чињенице да оптужени треба да се одговарајућом казном у довољној мери одврати од тога да икада и помисли да поново учествује у таквим злочинима, и лица која се у будућности нађу у сличним ситуацијама треба исто тако да одврате од упуштања у таква кривична дела.²⁶ Превенција представља елемент који се оправдано може разматрати приликом одмеравања казне, који уједно потврђује општи значај превенције као фактора у одмеравању казне за међународне злочине.²⁷

Претресно веће у предмету против Стевана Тодоровића сматра да је генерална превенција један од основних принципа одмеравања казне, у смислу да „казне које изриче Међународни суд морају уопште имати вредност одвраћања у довољној мери да би се осигурало да они који помишљају да учине сличне злочине буду обесхрабрани да их чине.“

У пресуди о казни Милану Бабићу се истиче да се „одвраћање као последица кажњавања састоји од тога да се чињење сличних злочина дестимулише. Његова главна намена је да се учинилац спречи да убудуће чини недела (специјална превенција), али се претпоставља да ће казна одвратити и друге особе од чињења оних злочина које се наводе у Статуту (генерална превенција).“²⁸

У првостепеној пресуди у предмету против оптужених Милана Милутиновића, Николе Шаиновића, Драгољуба Ојданића, Небојше Павковића, Владимира Лазаревића и Сретена Лукића, Претресно веће указује да „одвраћање као сврха кажњавања обухвата две форме: индивидуалну и генералну (општу).” Према томе, “казне изречене пред

²⁵Пресуда о казни Дражену Ердемовићу од 5. марта 1998. године, параграф 65, на: <http://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/bcs/erd-tsj961129b.pdf>

²⁶Првостепена пресуда у предмету Зејнил Делалић и остали од 16. новембра 1998. године, параграф 1234, видети на: <http://www.icty.org/x/cases/mucic/tjug/bcs/cel-tj981116b.pdf>

²⁷Првостепена пресуда у предмету против оптуженог Стевана Тодоровића од 31. јула 2001. године, параграф 30, на: <http://www.icty.org/x/cases/todorovic/tjug/bcs/tod-tj010731b.pdf>

²⁸Пресуда Милану Бабићу, параграф 45.

Трибуналом морају имати довољну вредност одвраћања и према учиниоцу кривичног дела како не би поновио кривично дело у будућности и према другима у обесхрабтивању да учине сличне злочине.²⁹

Међутим, судска већа Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију су морала имати у виду и опасност коју приликом одмеравања казне затвора може изазвати покушај остваривања циљева и специјалне и генералне превенције као сврхе кажњавања. Наиме, у пракси се може догодити да се приликом одмеравања казне с циљем остваривања генералне превенције као сврхе кажњавања учиниоцу изрекне строжија казна затвора у односу на казну која се може сматрати сразмерном и правичном. С друге стране, одмеравање блаже казне учиниоцу кривичног дела с којом се могу остварити циљеви специјалне превенције, може бити контрапродуктивно у односу на циљеве генералне превенције.

У пресуди о казни Милану Бабићу судско веће посебно закључује да „изрицање теже казне само у циљу одвраћања других представљало би неправично решење и у крајњој линији би умањило поштовање према правном поретку у целини.“³⁰

Када је у питању рехабилитација као сврха казне затвора и кажњавања пред *ad hoc* Трибуналом за бившу Југославију, у ставовима судских већа се придавао мањи значај приликом одмеравања казне у односу на претходно споменуте сврхе кажњавања. Рехабилитација се сматра релевантним, али мање важним фактором приликом одмеравању примерене казне.³¹

Рехабилитација као сврха кажњавања има за циљ реинтеграцију учиниоца у друштво. Рехабилитација као сврха кажњавања посебно се узима у обзир приликом одмеравања казне према млађим или слабије образованим оптуженима, јер постоји потреба да се реинтегришу у друштво како би могли да постану његови корисни чланови и како би им се омогућило да воде нормалан и продуктиван живот након што издрже изречену казну.³² Године оптуженог, личне прилике и његова способност за рехабилитацију, као и расположеност одговарајућих услова у установи

²⁹ Пресуда Претресног већа у предмету против оптужених Милана Милутиновића, Николе Шаиновића, Драгољуба Ојданића, Небојше Павковића, Владимира Лазаревића и Сретена Лукића од 26. фебруара 2009. године, параграф 1146.

³⁰ Пресуда Милану Бабићу, параграф 45.

³¹ Пресуда Претресног већа у предмету против оптужених Милана Милутиновића и осталих, параграф 1138.

³² Претресно веће у предмету против Ранка Ћешића сматра да „оптужени потврдим изјашњавањем о кривци предузима важан корак у процесу рехабилитације и реинтеграције.“ Пресуда Ранку Ћешићу од 11. марта 2004. године, параграф 28., на: <http://www.icty.org/x/cases/cesic/tjug/bcs/040311.pdf>.

у којој издржава казну могу и треба да представљају релевантне факторе у том смислу.³³ У првостепеној пресуди Ранку Ћешићу, Претресно веће истиче да „под рехабилитацијом веће подразумева потребу да се узме у обзир рехабилитацијски потенцијал осуђене особе, што често иде у руку са процесом њене поновне интеграције у друштво.“³⁴

У предмету против Анте Фурунције судско веће износи став да „ништа од раније изнетог не треба схватити као умањивање подршке програмима рехабилитације у којима би оптужени могао учествовати док буде издржавао казну.“³⁵

Међутим, с обзиром на тежину међународних злочина из надлежности *ad hoc* Трибунала значај који се придаје рехабилитацији у неким случајевима може бити ограничен. У пресуди Дарију Кордићу и Марију Черкезу цитира се констатација из предмета “Челебићи” „иако национална правосуђа и одређени међународни и регионални документи о људским правима предвиђају да судови при одмеравању казни морају да воде рачуна првенствено о рехабилитацији, то не може да игра доминантну улогу у процесу одлучивања Претресних већа Међународног суда.“³⁶

Можемо на крају ове анализе закључити да су основне сврхе казне и кажњавања у пракси рада Међународног кривичног трибунала за бившу Југославију ретрибуција и специјална и генерална превенција и, у много мањем обиму, ресоцијализација и социјална рехабилитација осуђених лица.

Закључак

Питање сврхе казни и кажњавања пред међународним кривичним правосудним институцијама је сложено, а од одговора на питање на који начин казнити одговорне за најтеже међународне злочине, и с којим циљем, зависи и целокупна активност међународног кривичног правосуђа у заштити човечности и других основних вредности заштићених међународним правом.

Иако у изворима ових институција није на јасан начин указано на сврху казне и кажњавања, покушали смо да у овом раду, анализом текстова правних извора и анализом донетих пресуда, посебно базирајући истраживање на пракси рада Међународног кривичног трибунала за

³³ Првостепена пресуда Зејлену Делалићу и осталима, параграф 1233.

³⁴ Првостепена пресуда у предмету Ранка Ћешића, параграф. 27.

³⁵ Видети: Првостепена пресуда Анте Фурунцији од 10. децембра 1998. године, параграф 291, на: <http://www.icty.org/x/cases/furundzija/tjug/bcs/fur-tj981210b.pdf>.

³⁶ Пресуда Дарију Кордићу и Марију Черкезу од 26. фебруара 2001. године, параграф 1079.

бившу Југославију, пружимо прилог утврђивању сврхе казне и кажњавања пред међународним кривичним правосудним институцијама.

Општу сврху кривичних санкција и кажњавања представља престанак праксе некажњавања најтежих угрожавања вредности заштићених међународним, хуманитарним и правом људских права. Упркос деценијским неуспешним напорима у оснивању сталног међународног кривичног суда и специфичним “експериментима” у спровођењу међународне “правде”, усвајање Римског статута и почетак рада Међународног кривичног суда представља прекретницу у развоју међународног кривичног правосуђа и коначном престанку праксе некажњавања учинилаца најтежих међународних злочина. Преостаје да самосталан рад Међународног кривичног суда коначно омогући спровођење “праведне међународне правде”.

Покушали смо да укажемо да у савременом међународном кривичном праву, с обзиром на природу и карактер најтежих међународних злочина, основну сврху казне и кажњавања, иако у савременом кривичном праву и пенологији ретроградна, представља ретрибуција.

Поред „праведне освете“ за извршени злочин, сврху казне чине специјална и генерална превенција. Могућности генералне превенције су значајније, имајући у виду да су предвиђене, односно, изречене строге затворске казне, чиме се смањује могућност да учинилац понови извршење дела, односно да се утиче на осуђеног, у затворском систему који није у држави држављанства лица, да убудуће не врши кривична дела знатно умањене. Овакав закључак нам отвара низ пенолошких питања али у овом истраживању, због обима рада, нисмо били у могућности да им посветимо посебну пажњу.

Ресоцијализација и социјална рехабилитација као сврхе казне и кажњавања свакако нису од примарног значаја у међународном кривичном праву. Иако предвиђене, ресоцијализација и рехабилитација, представљају сврхе које се, евентуално, могу остварити у поступку извршења кривичних санкција, и нису од већег значаја приликом одмеравања и изрицања кривичних санкција.

Морамо на крају нагласити, с обзиром на бројност одредаба у изворима Међународног кривичног суда које се тичу заштите жртава кривичних дела, њихових породица, компензације и репарација жртава кривичних дела, да ће однос према жртавама кривичних дела у значајној мери одредити сврху казни и кажњавања пред Међународним кривичним судом.

Надамо се да ће нас пракса Међународног кривичног суда убедити у то.

Zdravko Grujic, LL.M
Assistant Lecturer

**A CONTRIBUTION DETERMINING PURPOSES OF CRIMINAL
SANCTIONS AND PUNISHMENT IN THE INTERNATIONAL
CRIMINAL JUSTICE INSTITUTIONS**

Summary

Questions about purpose of penalties and punishment before an international criminal justice institutions are complex problem, and from the answers to the question of how to punish those responsible for the gravest international crimes, and with what aim of punish, depends the whole activity of international justice in protecting humanity and other fundamental values protected by international law.

Although the law sources of international criminal justice institution are not clearly indicated the purpose of penalties and punishment, we attempted in this paper, by analysis texts of the sources and also legal analyzing of the judgements, especially based on the practice of ICTY, to provide contribution to the answer of purposes of penalties and punishment before international criminal justice institutions.

The general purpose of criminal sanctions and penalties is the end impunity for the most serious threat to practice the values protected by international humanitarian and human rights law. Despite decades of unsuccessful efforts in establishing a permanent international court and the specific "experiments" in implementing the international "justice", the adoption of the Rome Statute represents a milestone in the development of international criminal justice.

We tried to point out in this paper that in contemporary international criminal law, because of the nature and character of the most serious international crimes, the basic purpose of the penalty and punishment, although in modern criminal law and penology retrograde, is retribution.

In addition to "just vengeance" for the crime, the purpose of penalties and punishment in international criminal law are special and general prevention.

Resocialization and social rehabilitation as a purpose of penalties and punishment are certainly not of primary importance in international criminal law. Although anticipated, resocialization and rehabilitation, are the purposes

that can, perhaps, be achieved in the enforcement of criminal sanctions, and are not of major importance in determining and imposing criminal sanctions.

We must emphasize at the end, considering the number of provisions in the sources of the International Criminal Court concerning the protection of crime victims, their families, compensation and reparation of victims of crime, that the attitude towards victims of crime will determine the purpose of penalties and punishment by the International Criminal Court.

We hope that practice of the International Criminal Court will convince us in previously stated.



Мирјана Ђукић

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Апстракт:

Аутор у раду обрађује споразум о признању кривице као институт који је релативно скоро почео да се примењује у нашем кривичном поступку. Наиме, реч је о институту који већ своју дугу традицију има у континентално-европским кривичнопроцесним законодавствима, англосаксонским кривичним поступцима, па се с`обзиром на то да се у овим земљама у већини случајева поступак окончава закључењем споразума о признању кривице, у теорији са правом говори о својеврсној зарази оваквим решењем.

Посматрано из угла јавног тужиоца, корист од овакве "сарадње" лежи у значају који исказ окривљеног има за поткрепљивање навода оптужбе. Из угла окривљеног или осуђеног лица, корист се првенствено огледа у могућности блажег кажњавања.

Сврха примене овог института у нашем кривичном поступку је да се у једној пристојној мери растерети кривично правосуђе, а да то не буде штетно по интересе одбране, као ни по интересе оштећеног.

Кључне речи: споразум о признању кривице, елементи споразума, интереси одбране, интереси оштећеног, ефикасност кривичног поступка, право на правично суђење.

Мирјана Ђукић

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Споразум о признању кривице представља један изразито нови институт у нашем кривичном поступку. Карактеристичан је за англосаксонске кривичне поступке, широко је прихваћен и у бројним континентално-европским кривичнопроцесним законодавствима, па се с тога у теорији понекад говори о својеврсној зарази оваквим решењем (plea bargaining infection).¹

Овај институт типичан је за САД, мада га не познају баш све земље у њеном саставу. У компаративним истраживањима и теорији често се запажа да у многим државама САД-а чак између 90%-95% кривичних предмета бива окончано закључењем споразума о признању кривице. Овако високи проценти окончања кривичних поступака закључењем споразума о признању кривице, последица су већ постојеће традиције у САД-у, као и особености свеукупног правног система и судске праксе. Ради се пре свега о чињеници да је казнена политика у тој земљи вишеструко строжија, него што је то случај код нас, па већина окривљених тежи да се поступак оконча споразумом о признању кривице и спремни су на преговарање у самом старту.²

У нашој земљи доминира релативно блага казнена политика, те се из тог разлога не очекују високе стопе решавања кривичних предмета на бази споразума о признању кривице. Наиме, довољно је да се његовом применом, у једној пристojној мери, растерети кривично правосуђе, а да то не буде штетно по интересе одбране, као ни по интересе оштећеног.³

Споразум о признању кривице је један од института предвиђених Нацртом Законика о кривичном поступку. Израду Нацрта отпочела је

¹ Шкулић М., Коментар законика о кривичном поступку, Службени гласник, Београд, 2007, стр. 931.

² Шкулић М., Нав. дело, стр. 932.

³ Шуловић З., Устав Републике Србије, кривично законодавство и организација правосуђа, „Право на правично суђење, уставни основ и кривичноправна разрада“, Златибор, 2007, стр. 341-342.

радна група Министарства правде 2008.године. У Нацрту Законика о кривичном поступку су поред споразума о признању кривице предвиђени тужилачка истрага, као и ефикасни редовни и ванредни правни лекови. Сврха ових института јесте унапређење ефикасности кривичног поступка, омогућавање суђења у разумном року, као и заштита људских права.⁴

II ЗАКЉУЧЕЊЕ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Јавни тужилац може предложити окривљеном и његовом браниоцу закључење споразума о признању кривице, или обрнуто, окривљени и његов бранилац могу предложити јавном тужиоцу закључење споразума. Споразум се може закључити ако се кривични поступак води за једно кривично дело или више кривичних дела у стицају, за које је прописана казна затвора до дванаест година.⁵ Споразумевање није могуће између странака уопште, већ само између јавног тужиоца и окривљеног. Из круга лица која могу закључити споразум искључују се приватни тужилац и оштећени као тужилац. Друга страна споразума је окривљени, уз могућност браниоца да учествује у преговарању након закључења споразума. Дакле, предлог за закључење споразума може бити упућен од стране јавног тужиоца окривљеном, или обрнуто од стране окривљеног јавном тужиоцу. У сваком случају, ради се о страначкој иницијативи у односу на супротну страну.

Споразум мора бити сачињен у писаној форми. Његова форма није стриктно утврђена Закономом, али би по логици ствари требало да буде сличан уговору у писаној форми. Споразум се може поднети до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса. Уколико оптужница није подигнута споразум се подноси председнику већа, након подношења оптужнице споразум о признању кривице се подноси председнику судећег већа.⁶

III ПРЕДМЕТИ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Споразумом о признању кривице окривљени у потпуности признаје кривично дело које му се ставља на терет, односно једно или више кривичних дела учињених у стицају која су предмет оптужбе. При том се окривљени и јавни тужилац саглашавају о:

⁴ Бељански С., Илић Г., Мајић М.: Законик о кривичном поступку, Предговор, Службени Гласник, Београд, 2011, стр. 10.

⁵ Станојевић П., Стевановић Ч.: Кривично процесно право, Косовска Митровица, 2011, стр. 269.

⁶ Станојевић П., Стевановић Ч.: Нав. дело, стр. 270.

а) Висини казне и другим кривичним санкцијама које ће бити изречене окривљеном;

б) Одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом;

в) Трошковима кривичног поступка и имовинскоправном захтеву;

г) Одрицању странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума о признању кривице, када је суд у потпуности прихватио споразум.⁷

Елементи споразума о признању кривице могу бити обавезни и факултативни.

У обавезне елементе спадају: а) признање окривљеног, б) казна, односно кривичне санкције, в) трошкови кривичног поступка и г) одрицање од права на жалбу против одлуке суда донесене на основу споразума о признању кривице.⁸

У факултативне елементе спадају: а) одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице, б) пристанак окривљеног на испуњење једне или више обавеза и в) установљење обавезе окривљеног да врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дела.⁹

Садржински посматрано, признање представља исказ окривљеног који одговара наводима оптужбе. То значи да би окривљени у свом исказу требало да обухвати све чињенично и правно релевантне аспекте кривичног дела садржаног у оптужби јавног тужиоца.

У погледу споразумевања о кривичним санкцијама, јавни тужилац и окривљени се могу споразумети о казни и другим кривичним санкцијама. Споразум може обухватити казну и другу кривичну санкцију, може обухватати само казну, или може обухватати само другу кривичну санкцију. Из наведеног следи да су могуће следеће варијанте споразумевања о кривичним санкцијама :

а) Споразум се може односити на казну као једину кривичну санкцију (нпр. казна затвора од пет година или новчана казна)

б) Може се односити на једну главну или једну споредну казну (нпр. новчана казна са казном одузимања возачке дозволе)

в) Може се односити на казну заједно са другом кривичном санкцијом (нпр. казна затвора и мера безбедности) и

г) Може се односити само на неку другу кривичну санкцију (нпр. условна осуда или судска опомена) .

У оквиру споразумевања о кривичним санкцијама, поставља се

⁷ Шкулић М., Нав. дело, стр. 936.

⁸ Шкулић М., Нав. дело, стр. 937.

⁹ Исто.

питање да ли се јавни тужилац и окривљени морају споразумети о тачној висини казне, или само о одређеном распону кажњавања. Питање је да ли казна мора бити апсолутно одређена споразумом или релативно, у оквиру законског минимума и максимума.

Релативно одређивање казне је уобичајено у многим системима који познају споразум о признању кривице. У том случају изразитију улогу има кривични суд који усваја споразум о признању кривице, а с друге стране у оквиру утврђеног распона казне, индивидуализира казну.¹⁰

С обзиром да се ради о институту који је од скоро почео да се примењује у нашем кривичном поступку, поставља се питање какво решење треба прихватити. Наш Законик о кривичном поступку предвиђа да споразум треба да садржи конкретну казну у оквиру законског минимума и максимума, а суд то може или не мора прихватити.

У погледу трошкова кривичног поступка, с обзиром на то да окривљени у оквиру споразума признаје кривично дело, он би требало да сноси трошкове кривичног поступка. Одлуку о трошковима кривичног поступка доноси суд, када на основу споразума о признању кривице донесе пресуду којом се окривљени оглашава кривим.

Следећи битан елемент споразума о признању кривице јесте одрицање странака и браниоца од права на жалбу против одлуке суда донете на основу споразума о признању кривице. Право на жалбу је витално право утемељено како уставноправним прописима, тако и међународноправним актима. Код споразума о признању кривице нема никакве логике да учесници споразума могу правно нападати судску одлуку која је донета баш на основу тог споразума који се темељи на сагласности њихових воља.

IV ПРИЗНАЊЕ ОКРИВЉЕНОГ

Као што је напред наведено, признање окривљеног представља исказ који одговара наводима оптужбе.

Признање у општем смислу може бити:

- а) потпуно или непотпуно;
- б) истинито или лажно;
- в) засновано на племенитим или дато из ниских побуда;
- г) потпуно слободно или изнуђено.

Потпуно признање окривљеног у класичном кривичном поступку има сличности са споразумом о признању кривице. Сличност се огледа у

¹⁰ Шкулић М., Нав. дело, стр. 942.

томе што у оба случаја постоји потпуно признање окривљеног. Разлике се састоје у следећем: код споразума о признању кривице потпуно признање наступа као плод преговарања између јавног тужиоца и окривљеног, што није случај у класичном кривичном поступку у коме није закључен споразум; у оквиру споразума о признању кривице признање се може односити само на кривична дела за која је прописана казна затвора до дванаест година, док се у класичном кривичном поступку признање може односити на било које кривично дело које је предмет поступка.

У оба случаја признање ће бити потпуно ако кумулативно испуњава следеће услове: а) услов који се односи на општи квалитет, комплексност и јасноћу признања; б) услов да постоји свест окривљеног у односу на сопствено признање; в) услов који се односи на доказни квалитет признања.¹¹

За прихватање споразума о признању кривице од стране суда, врло битна ставка је да је признање окривљеног дато свесно и добровољно. Свест окривљеног представља његову интелектуалну способност да схвати значај свог признања и његових последица. У том контексту мора бити потпуно искључена могућност да је признање окривљени дао у заблуди. У најширем смислу, заблуда представља непостојање свести, или постојање погрешне свести о неким околностима.¹²

Заблуда окривљеног у односу на признање дато у оквиру споразума може произвести озбиљне процесне последице.¹³ Из тог разлога, суд је у обавези да провери да ли је окривљени признао кривицу у заблуди. Судија би у пракси могао да провери да ли је признање дато свесно или у заблуди, постављањем одговарајућих питања окривљеном која се односе на то: да ли је свестан да ће се третирати као учинилац кривичног дела; да ли разуме природу и значај свог признања; да ли схвата да ће бити кажњен у складу са споразумом и др. Од посебног значаја за прихватање споразума јесте питање да ли је признање дато под дејством алкохола или других психоактивних супстанци.

¹¹ Шкулић М., Нав. дело, стр. 1061: „Признање је јасно и потпуно, а окривљени је недвосмислено објаснио све одлучне чињенице које се односе на дело и кривицу; Признање је дато свесно и добровољно, а окривљени је у потпуности разумео све могуће последице свог признања; Признање је у складу са доказима који су садржани у оптужби, те истовремено нема других доказа који би говорили у прилог лажном признању“.

¹² Стојановић З., Кривично право- општи део, Београд, 2007. године, стр. 173.

¹³ Шкулић М., Нав. дело, стр. 953: „Окривљени може бити у заблуди у односу на правац и значај свог исказа ако верује да исказом није признао кривично дело на начин на који је оно формулисано у оптужници, већ је само признао неки други облик учешћа у остварењу кривичног дела.“

Оцену признања окривљеног даје кривични суд на тај начин што, имајући у виду и друге доказе, утврђује у којој мери чињенице које су садржане у исказу окривљеног разјашњавају спорне правно релевантне чињенице у кривичном поступку. При оцени признања окривљеног, суд би требало да се руководи условима који требају бити кумулативно испуњени.

V ОДЛУЧИВАЊЕ О СПОРАЗУМУ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

О споразуму о признању кривице одлучује суд, који споразум може образложеним решењем одбацити, одбити или усвојити. О споразуму суд одлучује на рочишту, коме присуствују јавни тужилац, окривљени и бранилац. О рочишту се обавештавају оштећени и његов пуномоћник.

Одлуке суда поводом споразума могу бити процесне и мериторне.

Процесна је она одлука којом суд у форми решења одбацује споразум. Такву одлуку ће донети ако окривљени који је уредно позван, није дошао на рочиште.¹⁴

Мериторне јесу оне одлуке којима суд у форми решења усваја или одбија споразум.

Суд ће образложеним решењем усвојити споразум ако утврди:

а) да је окривљени свесно и добровољно признао кривично дело, односно кривична дела која су предмет оптужбе;

б) да је окривљени потпуно свестан свих последица закљученог споразума ;

в) да постоје и други докази који поткрепљују признање кривице окривљеног ;

г) да споразумом нису повређена права оштећеног.¹⁵

Уколико неки од предходно наведених услова нису испуњени, суд ће споразум о признању кривице образложеним решењем одбити.¹⁶

Одлуку о споразуму доноси суд у инокосном саставу. Ако је споразум поднет пре подношења оптужнице, о њему одлучује председник ванрасправног већа. Ако је споразум поднет након подношења оптужнице, о њему одлучује председник расправног, односно претресног већа.

Када решење којим суд усваја споразум о признању кривице постане правноснажно, ако је оптужница поднесена, оно ће се сматрати саставним делом оптужнице. У том случају, председник расправног већа

¹⁴ Станојевић П., Стевановић Ч.: Нав. дело, стр. 270.

¹⁵ Исто.

¹⁶ Исто.

доноси пресуду којом окривљеног оглашава кривим и изриче му казну или другу кривичну санкцију предвиђену споразумом.¹⁷

Пресуда донета на основу споразума о признању кривице ће увек бити осуђујућа. Изузетак представља случај када јавни тужилац одустане од кривичног гоњења за кривична дела која нису обухваћена споразумом о признању кривице. У том случају суд може у односу на део оптужбе донети одбијајућу пресуду.

VI ЖАЛБА ПРОТИВ ОДЛУКЕ СУДА О СПОРАЗУМУ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ

Решење које је суд донео на основу споразума о признању кривице се доставља јавном тужиоцу, окривљеном и његовом браниоцу, оштећеном и његовом пуномоћнику. Ради се о лицима која могу редовним правним леком побијати овакво решење. Иако то стриктно није предвиђено одредбама Законика, титуларима права на жалбу би требало уз решење о споразуму доставити и поуку о правном леку, мада пропуштање суда да то учини неће произвести релевантне процесне последице.¹⁸

Као што је претходно наведено, суд може образложеним решењем споразум о признању кривице одбити, одбацити или усвојити.

Против решења којим је суд одбио споразум о признању кривице, жалбу могу изјавити јавни тужилац, окривљени и његов бранилац, у року од осам дана од дана када им је решење достављено.

Против решења којим је суд усвојио споразум, жалбу могу изјавити оштећени и његов пуномоћник у истом року.

Титулари права на жалбу против негативне одлуке суда поводом споразума о признању кривице, као што је напред наведено, јесу сва лица инволвирана у такав споразум, односно лица која су учествовала у његовом закључењу.

Титулари права на жалбу против позитивне одлуке суда донете на основу споразума јесу оштећени и његов пуномоћник. Из логичких разлога право жалбе против позитивне одлуке суда немају странке које су закључиле споразум и чији је споразум прихваћен. Право на жалбу против позитивне одлуке суда утемељено је на тежњи да се одлука суда још једном преиспита судским путем, чиме се спречава правноснажност недовољно утемељене одлуке суда, а са друге стране додатно оснажује легитимитет усвојеног споразума о признању кривице.

¹⁷ Станојевић П., Стевановић Ч.: Нав. дело, стр. 270.

¹⁸ Шкулић М.: Нав. дело, стр. 962.

Рок за улагање жалбе против одлуке суда поводом споразума, било да се ради о позитивној, било да се ради о негативној одлуци суда, износи осам дана од дана достављања решења, што представља дужи рок у односу на рок у коме се побијају решења у кривичном поступку, који износи свега три дана. Оваква дужина рока омогућава припремање квалитетније жалбе.

О жалби против одлуке суда донете на основу споразума, одлучује ванрасправно веће, без обзира на то да ли је решење о споразуму донео председник претресног или председник ванрасправног већа. Одлучујући мериторно о жалби, ванрасправно веће може исту усвојити или одбити као неосновану.

Ако против решења суда о одбијању споразума веће усвоји жалбу, споразум о признању кривице се усваја и аутоматски постаје правноснажан. Ако против решења суда о усвајању споразума веће усвоји жалбу, споразум губи било које правно дејство, па се тиме и кривични поступак враћа на класичан колосек.

ЗАКЉУЧАК

Чињеница да се српско правосуђе у последње време у великој мери суочава са изазовима организованог криминалитета, корупције, ратних злочина, трговине људима, високотехнолошким криминалитетом, за последицу је имала бројне измене и допуне ЗКП-а од 2001. године.

При том не треба сметнути са ума да је наша земља ратификовала бројне конвенције којима се обавезала да своју законску регулативу усклади са међународним стандардима. Једна од најважнијих међународних конвенција је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Међу бројним, Европска конвенција садржи и одредбе које се односе на право на правично суђење, на кажњавање само на основу закона. С тим у вези, треба споменути да је класични кривични поступак у нашем правном систему важно правило, а окривљени има право да му буде правично суђено. Сходно наведеном, окривљени ће се сматрати невиним до правноснажног окончања кривичног поступка. Дакле не треба га ни на који начин приморавати на закључење споразума о признању кривице, већ овај институт треба бити подређен начелу правичног вођења кривичног поступка.

Увођење споразума о признању кривице у наш кривичнопроцесни правни систем, представља најважнију новину која ће унапредити право на правично суђење. Истовремено, овај институт треба да омогући окончање једног броја кривичних предмета у кратким роковима, без много ангажовања судских капацитета.

Mirjana Djukic, LLM
Teaching Assistant

REUSUME
A PLEA AGREEMENT

Summary

In this work the author elaborate the agreement on confession of judgement (admission of judgement) as an institute that has begun to be applied in our Criminal Prosecution quite recently. Namely, that is the institute which already has a long tradition in Continental / European criminal proceeding legislation, Anglo-Saxon criminal proceedings. Considering that in these countries in most cases the proceeding is terminated by concluding agreement on confession of judgement, theory reasonably talks about a kind of infection by this solution!

See from the viewpoint of the public prosecutor, the benefits of such cooperation lies in the significance of the defendant's statement for corroborating allegations. From the perspective of the accused or convicted persons, the benefit is primarily reflected in the possibility of a mild punishment. The purpose of this institute application in criminal proceeding is disburden the criminal judiciary to the reasonable level and that it is not harmful to the interests of defense, or the victim.

КАТЕДРА ЗА ЈАВНО ПРАВНЕ НАУКЕ



Др Владан Михајловић

КОНТРОВЕРЗЕ СЛОБОДНОГ (ИЛИ НЕ) ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА

Апстракт:

Суштину представничке демократије представља слободан мандат као политички однос између бирача и представника кога ови бирају на изборима и дају му овлашћење за вршење власти. Нема истинског представничког система без слободног мандата или, другачије речено, тамо где постоји везани мандат и правна веза између бирача и представника, ту нема правог представничког система или демократије. Слободан мандат је тековина грађанске демократије и произилази из доктрине о националној суверености. По тој доктрини, нацији припада сувереност и она ту суверену власт врши преко изабраних представника. У вршењу те власти представници су слободни, не представљају једну изборну јединицу (где су изабрани), него нацију као целину и као такви су слободни да тумаче и изражавају њену вољу. Иако је слободан мандат аксиом представничке демократије, он наилази на ограничења и то пре свега заслугом политичких странака. Оне настоје да посланике ставе под своју власт или утицај а искључе њихову везу са бирачким телом. Те аномалије у спровођењу доследног представничког система и поштовања слободног мандата праћене су различитим покушајима ограничавања слободе посланика и увођења модалитета везаног мандата (бланко оставки) и опозива, што је супротно природи представничке демократије.

Кључне речи: *представнички систем, национална сувереност, слободан мандат, непостојање опозива, политичка веза између бирача и представника, слобода посланика у тумачењу и изражавању воље бирачког тела (нације).*

Проф. др Владан Михајловић

КОНТРОВЕРЗЕ СЛОБОДНОГ (ИЛИ НЕ) ПОСЛАНИЧКОГ МАНДАТА

1. УВОД

Грађанско (капиталистичко) друштво је дошло после једне велике револуције која је изведена уз помоћ и у име човека, с вером у његову лепшу и сретнију будућност. Она се ослонила и рачунала на човека, али му се и одужила и дала му (вратила) оно што му припада, а што му је вековима пре тога неправедно одузето. Грађанско друштво је донело човеку слободу и једнакост, учинило га грађанином и увело у демократију у којој је власт подешена по мери човека и за њега. То друштво је у једном трену постигло оно што векови пре тога нису; летаргичан и монотон људски живот заменило је оним убрзаним и разноврсним, који се претворио у узбудљиву утакмицу у којој су се такмичиле људске страсти, способности и предузимљивости. Капитализам је уздигао човека који је до тада био роб и на коленима, али то није био и сам почетак вере у њега. Још много пре, у античкој епохи и заслугом Аристотела, рођена је личност, човек као грађанин и оличење најбољих врлина које отварају врата достојног живота у античкој заједници. Та вера је осведочена у античком чуду – атинској (Перикловој) демократији која је остала узор и врхунац људског уздицања и освајања људских слобода и могућности – нешто што се више никад неће поновити. Капитализам је био само сенка те античке вере у човека, али и то што је учинио је било довољно за онога ко је посрнуо, да се тргне, уздигне и храбро крене у сусрет својој слободи и срећи. Капитализам није делио атинску илузију да човек може све - да управља друштвом и самим собом. Чак и ватрени поборници револуције, њени славни инспиратори и идеолози, попут Русоа, били су опрезни у примени доктрине о народној суверености, непосредној демократији и др. Сам Русо је био свестан ограничења непосредне владавине народа и препоручивао је само у малим друштвима, са једноставним обичајима и једнакошћу у положајима и богатству, јер без тога не би опстали ни једнакост у правима и власти.¹

¹ Жан Жак Русо, Друштвени уговор – о пореклу и основама неједнакости међу људима, Просвета, Београд, 1949. стр. 74-75

Више од њега, неки други грађански политички мислиоци и теоретичари умањивали су веру у човека и његове способности. Тако је чувени Монтескије тврдио да народ није способан да сам, непосредно влада; најбоље и највише што може је да изабере своје представнике и повери им да раде (расправљају) оно што њему (народу) није својствено.²

Из такве (помало елитистичке) доктрине је и рођена представничка демократија која је постала срж, симбол и највеће достигнуће модерног капиталистичког друштва. Такво друштво је неодвојиво од представничког система који представља облик остваривања суверености нације или националне суверености. То је доктрина француске правне школе (К. де Малбера) којој је представнички систем у ствари механизам путем кога грађани врше власт преко својих изабраних представника. То значи да претпоставку представничког система чине слободни и демократски избори у којима нација, односно њени грађани могу слободно да изразе своју вољу и изабере оне који ће их представљати у вршењу власти. Представничка демократија је настала и развијала се на недостацима непосредне демократије. Али и поред својих предности и оних који су је величали³, било је и оних других, који су је с правом критиковали и истицали њене мане. Заједнички именитељ свих тих приговора представничкој демократији се своди на то да она не обезбеђује квалитетно и право учешће народа (нације) у вршењу власти. Уствари, и у најдоследније спроведеном представничком систему то учешће грађана у вршењу власти је присутно само приликом избора представника, што се сматра недовољним. До следећих избора грађани немају активну улогу, због чега се и предлаже да се овај систем допуни и комбинује са непосредном демократијом. Овако су данас углавном поступиле модерне државе – нису прихватиле чист представнички систем, него су у њега унеле и поједине институције непосредне демократије и тако добиле модел полунепосредне демократије.

I

Иако је капитализам славио и величао човека (грађанина) он (човек) није постао и остао једина тековина његове представничке

² Видети: Шарл Монтескије, О духу закона, Том I, Филип Вишњић, Београд, 1988, стр. 11 и 146.

³ Видети: Јосип Шумпетер, Капитализам, социјализам и демократија, Култура, Београд, 1960. год. па даље, Georges Vedel, Manuel elementaire de Droit constitutionnel, Libraires, Recueil, Sirey, Paris, 1949, па даље, A. Esmein, Elements de Droit constitutionnel Francais et compare, Tom I, Recueil, Sirey, Paris, 1927. Leon Duguit Lecon de Droit public general E de Boccard Editeur – Paris, 1926. итд.

демократије. Уз човека, па и више од њега, нашле су се и заузеле кључно место и политичке партије. Уствари, данас се са политичким партијама дошло дотле да су оне постале незаменљиви чинилац модерне представничке (парламентарне) демократије. Као феномен модерне цивилизације, политичке странке су услов демократије и оне су историјски настале са њеном појавом. Као што партије не могу без демократије, тако ни ова не може без њих. У представничкој демократији партије су постале важније од грађана јер су се претвориле у центар моћи система, монополисале политику и уместо владавине народа наметнуле своју владавину. Како год да их вреднујемо, морамо да се помиримо са тим да је без њих немогућ савремени политички живот. Како каже наш великан Слободан Јовановић, чим је бирачко право дато народним масама, јавиле су се и политичке странке које управљају изборима јер кандидате о којима се гласа оне истичу.⁴ Али не само да странке господаре изборима, већ оне владају и парламентом јер скоро и да нема посланика који није изабран као кандидат странке.⁵ Политичке партије су се претвориле у машине за освајање гласова и политичке власти, чиме су политичку рационалност ставиле изнад политичких идеала и уверења. Модерне политичке партије могу слободно да се поистовете са макијавелистичким поимањем политике, надалеко чувеном максимом: да циљ оправдава средство, јер су за постизање својих политичких циљева спремне на све. То добро учава М. Вебер када каже да „њихова (страначка) средства за постизање власти могу бити сасвим различита, од најобичнијег насиља било које врсте до тражења гласова грубим или суптилним средствима и новцем, друштвеним утицајем, снагом говора, сугестијом, незграпним подвалама итд. све до сурових и врло лукавих тактика опструкције у парламентарним телима“.⁶

Но, без обзира на то колико су партије демократске или не, оне служе привиду демократије јер, како примећује Слободан Јовановић, оне су потребне у модерној демократији ради организовања јавног мњења.⁷ Оне служе да сакупе и дисциплинују људе истог мишљења и нађу оно мишљење, формулу која ће да остави утисак на колебљиву масу која нема своје мишљење и чека од другог директиву.⁸ Иако партије потичу од

⁴ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. стр. 343.

⁵ Ибид, стр. 344.

⁶ Наведено према: Стјепану Пулишелићу, Политичке странке као фактор сувременог политичког система, Напријед, Загреб, 1971. оп. цит. стр. 17.

⁷ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. стр. 345.

⁸ Ибид, стр. 345

латинског парт-део и значе ужу целину која улази у оквире шире друштвене целине, оне не делују партикуларистички и дезинтегративно. Баш супротно, Слободан Јовановић сматра да странке не цепају народ на непријатељске групе, не уносе раздор у државни живот, него тај живот на неки начин уједињују.⁹ То чине тако што мноштво појединачних (политичких) гледишта своде на неколико великих колективних мишљења и што уместо великог броја малих група, које немају велику политичку снагу, стварају мали број великих и добро организованих и дисциплинованих група које су способне да носе терет државног управљања.¹⁰ Овакве добро организоване и дисциплиноване партије су у јавни политички живот унеле надметања, свађе и нетрпељивост, која се по количини страсти мери, како примећује Слободан Јовановић, са верским фанатизмом.¹¹ Представничка (парламентарна) демократија је успоставила превласт партијског над државним и довела дотле да се због страначких интереса занемаре важнији, државни или народни, интереси. Партије су се окренуле себи, постале себи сврха, а не средство политичке демократије, и као такве успешно одржавају илузију да држава постоји ради партије, а не партија ради државе. Свакако би нам било боље без партија, демократија би се тада ослањала на људе изузетних вредности и уверења, али то неће још дуго (или можда никад) да се деси. Све до тада владаће партије чију војску чине људи осредњих вредности и уверења а над њима и целим друштвом господариће партијске вође које ће са више или мање успеха манипулисати и њима и самим народом, масама. Док год постоје, политичке партије су незаменљиве институције које учествују у јавном политичком животу – обављају јавне послове везане за изборни процес, односно предлагање кандидата и избор представника у представничке институције. То виде и истичу сви важнији партијски теоретичари (аналитичари) и политички мислиоци, када странкама додељују кључну улогу у политичком процесу, освајању и вршењу власти. Тако за С. Нојмана, партија је синоним за политичку групу која је укључена у ширу политичку целину и њено битно обележје је њено учешће у политичком процесу и укљученост, са осталим партијама, у политички систем земље.¹² Слично мисли и Ђовани Сартори када каже да је партија политичка група која се представља у изборима и која је способна да истакне своје

⁹ Ибид, стр. 345

¹⁰ Ибид, стр. 345

¹¹ Слободан Јовановић, Политичке и правне расправе свеска друга, издавач, Геца Кон, Београд, 1910. год. стр. 219.

¹² Др. Владимир Гоати, Савремене политичке партије, компаративна анализа, Београд, 1984, стр. 26.

кандидате за јавне службе.¹³ Неки писци још директније повезују политичке странке и власт као Вилхелм Хазбах, када каже да су оне удружења особа истих политичких уверења и циљева чији је задатак освајање државне власти¹⁴, док Макс Вебер иде и даље и, и у свом социолошком маниру, партије ставља у функцију стицања како политичке власти, тако и моћи уопште.

II

Представнички систем или облик демократије претпоставља постојање односа између грађана, бирача и изабраних представника који их представљају у вршењу власти. Без тог представљања логично је да нема ни представничког система власти. То је случај код непосредне демократије (одлучивања) где грађани непосредно врше власт, сами „себе представљају“ у одлучивању и управљању друштвеним пословима. Када смо код представничке демократије, однос између бирача и представника може да буде различит, да се схвата и тумачи различито, што само по себи говори и о тешкоћама па и недоследностима у остваривању представничког система. Политичкој демократији, због саме политичке суштине њеног живота и односа међу њеним главним протагонистима, више одговара да и односи између бирача и изабраних представника буду политички а не правни. Дакле, у јавним политичким односима између грађана и њихових представника не треба да се налазе и елементи правних односа какви постоје у приватном, грађанском (уговорном) праву. Овакво политичко схватање суштине односа између грађана и изабраних представника је правило које се мање – више спроводи консеквентно.

Но, постоје и изузеци од њега, што нам говори да у животу ништа није идеално и без мана и тешкоћа када се примењује у пракси. Јер једно је оно што тврди теорија и поткрепљује доследним и логичним аргументима, а сасвим друго је пракса која зна и да нас изненади својим погрешкама и одступањима од важећих правила. Зато и не треба да чуди што се у пракси представничког система преплићу и политички и правни односи између грађана и њихових представника у вршењу власти, сусрећу и смењују императивни и слободни мандат представника, односно посланика.

Императивни мандат је једна врста правног или уговорног односа који се ствара између бирача и његовог представника. Он је сличан

¹³ Сартори Ђовани: „Ни председнички систем ни парламентаризам“ у Хрестоматији“. М. Дамјановић, С. Ђорђевић, Изазови модерној управи и управљању, ТИМИТ, Београд, 1995.

¹⁴ Vilhelm Hasbach, Die moderne demokratie, Jena 1925. стр. 471.

институту мандата из римског права који је био једна врста уговора између једне стране (мандатора) која овлашћује другу страну (мандатара) да ради у њено име и за њен рачун.¹⁵ По овако схваћеном мандату, изабрани представници и нису прави представници народа, него су више опуномоћеници, од њега (народа) овлашћени да поступају у оквиру његовог пуномоћја и извршавају његове стриктне налоге. Из таквог односа зависности произилази да представници немају никакву самосталност да доносе било какве одлуке јер морају да поштују добијене налоге и да о њиховом спровођењу подносе рачуне налогодавцу. Овакав систем мандата је поуздан са становишта одлучивања јер доводи у апсолутну сагласност вољу једне и друге стране. Изабрани представник мора верно да тумачи и спроводи вољу свог властодавца – прима налоге и инструкције и по њима поступа онако како пуномоћник поступа по налозима и инструкцијама свог налогодавца, оног кога заступа. Онда када то не чини како треба, када одступи од воље и изневери добијено поверење грађана, биће кажњен односно смењен или, још тачније, опозван. То је у ствари и императив представничке демократије јер и она тражи да представник спроводи вољу грађана који су га изабрали и заступа њихове интересе, а не да спроводи своју вољу (самовоља) и ради за свој рачун. Иако је императивни мандат ефикасан и спречава да представници изневере своје бираче и од њих се отуђе, он се данас не примењује или се то чини ретко. Зато овај систем везаности представника за бираче припада прошлости, спецификум је феудалне епохе и примењиван је у средњовековним сталешким скупштинама где је, како примењује проф. Ратко Марковић, имао карактер грађанског односа.¹⁶ У данашњим модерним државама, са развијеним представничким (парламентарним) системом демократије, овакав однос између бирача и представника не постоји. Тамо где га изузетно и има, он се критикује као рђав и превазиђен, супротан доктрини о националној суверености и да као такав представља негацију самог представничког система. Многи савремени уставни изричито забрањују императивни мандат, као нпр. француски (Устав V Републике) и то у експлицитној формулацији да је „сваки императивни мандат ништав“.¹⁷ Овакво решење прихватају и савремени уставни Бугарске, Данске, Пољске, Румуније, Хрватске, Шпаније и др. а, како примењује проф. Ирена Пејић, примењује се и на посланички мандат

¹⁵ Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 73.

¹⁶ Ратко Марковић, Уставно право и политичке институције, „Службени гласник“ са п.о. Београд, 1995, стр. 299.

¹⁷ Видети члан 27. став 1. Устава Француске V Републике од 1958. год.

чланова Европског парламента.¹⁸ Након пропасти социјалистичких држава које су остале верне Русоовој доктрини о народној суверености и теорији о везаном мандату и опозиву изабраних представника, институцију везаног мандата данас ретко и срећемо. То је, рецимо, случај у појединим федералним јединицама САД или појединим швајцарским кантонима где је могућ опозив кантоналних скупштина, мада је тај опозив, по Владану Петрову више институција на папиру.¹⁹

У нашој (српској) пракси представничког система је напуштен императивни мандат и опозив из епохе социјализма. Изузетан случај његове новије примене односио се на могућност опозива српских посланика изабраних у Већу република Савезне скупштине бивше СР Југославије. То је био једини пример опозива у нашој новијој пракси представничког система а предвиђен у случају када српски посланик у Савезној скупштини (Већу република) својим поступцима изазове повреду Уставом утврђеног положаја Републике Србије.²⁰

III

Представнички систем власти се развио из доктрине која истиче националну сувереност или сувереност нације као своју основу. Како је већ поменуто, то је учење француске правне школе и њеног класика Каре де Малбера који је тврдио да представнички систем власти полази од система националне суверености или, обрнуто гледајући, национална сувереност води представничкој влади.²¹ На представнички систем треба гледати као на механизам за остварење националне суверености, у њему нација врши власт преко изабраних представника којима додељује овлашћења у вршењу власти. У систему представничке демократије се јасно разликује титулар власти – нација - и њени представници који ту власт врше у њено име. Тако француски теоретичар Ведел суштину представничког система види у томе да је група представника добила мандат (овлашћење) од нације као једног моралног бића различитог од

¹⁸ Видети: Ирена Пејић, Парламентарно право – Француски немачки, британски, српски и пример Европског парламента, Ниш, Центар за публикације Правног факултета, 2006, стр. 264-266

¹⁹ Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 74.

²⁰ Видети: Закон о избору савезних посланика у Веће грађана Савезне скупштине од 28. јануара 1993. год.

²¹ Видети: R. Carre de Malberg, Contribucion a la Theorie generale d l' Etat изд. Recueil Sirey, Paris, 1922.

појединаца који је чине.²² Простије речено, сада је нација као наредбодавац или опуномоћитељ дала пуномоћје парламенту.²³ То опет значи да претпоставку представничке власти или демократије чине слободни и демократски избори на којима нација, њени грађани, бирају оне који ће их представљати у вршењу власти. И за Џ. С. Мила, представничка влада као облик остваривања националне суверености значи да читава нација, или њен значајнији део, врши власт, преко својих представника које периодично бира.²⁴ Он чак иде дотле да тврди да нација, која поседује врховну власт, мора да буде господарица свих послова или активности владе.²⁵ Иако за француске правне теоретичаре и политичке мислиоце представничка демократија нема алтернативу, треба бити реалан и рећи да тај систем није идеалан, има својих мана и ограничења. Како примећује проф. Павле Николић, демократско значење представничког система је ограничено²⁶ јер овај систем не обезбеђује потпуно учешће народа у вршењу власти. И у најдоследније изведеном представничком систему то учешће грађана у вршењу власти се своди на избор његових представника, а то се сматра недовољним. Практично, до следећих избора грађани немају могућност да врше утицај на власт и изабране представнике па се зато и критикује овај систем и предлаже да се он комбинује са елементима непосредне демократије. Тиме се умањују ограничења представничке демократије јер грађани добијају могућност да непосредније учествују у вршењу власти и остваривању своје суверене воље.

Представнички систем подразумева постојање одређеног односа између бирача и изабраног представника. У доследно изведеном представничком систему важи и примењује се слободан мандат, а у оном недоследном представничком систему, који углавном припада прошлости (феудалном сталешком или социјалистичком) императивни мандат. Слободни мандат се везује за националну сувереност, сувереност која припада нацији као целини, и тумачи се тако да изабрани представници представљају нацију као целину, а не конкретну изборну јединицу где су бирани. Зато већ поменути француски теоретичар Ведел тврди да представничка демократија искључује теорију заповедничког мандата која у изборима види један уговор између представника и гласача из једног

²² Georges Vedel, *Manuel elementaire de Droit constitutionnel*, Lebraires, Recueil, Sirey, Paris, 1949, стр. 135.

²³ Ибид, стр. 135.

²⁴ J.S. Mill, *Le gouvernement representatif*, изд. Guillaumin, Etc. Libraires, Paris, 1862, стр. 102.

²⁵ Ибид, стр. 102.

²⁶ Павле Николић, *Уставно право, Пословни биро, д.о.о. Београд, 1997, стр. 258.*

округа.²⁷ Такав заповеднички мандат је продукт Русоове доктрине по којој посланик није представник нације него „чиновник“ бирача, инструмент у њиховим рукама.²⁸ Као слободан, представнички мандат схвата и Слободан Јовановић. Он закључује да бирачи бирају своје представнике у парламенту на одређено време, с тим да, док им траје мандат, ти посланици су независни од бирача који су их изабрали.²⁹ Из овако схваћеног слободног мандата произилазе и одређене правне и политичке последице. Пре свега, слободни мандат представника је политички, а не правни однос између бирача и представника.³⁰ Пошто није правни однос, посланички мандат нема елементе уговорног односа. То није уговор о пуномоћју у коме је пуномоћник „везан“ пуномоћјем, обавезан да поступа по налозима властодавца, оног који издаје пуномоћје. Из овакве политичке везе бирача и посланика произилази да посланик као власник слободног мандата не мора да буде веран инструкцијама бирача. Он није дужан да им подноси извештаје нити одговара за оно како ради у парламенту и у крајњој линији не подлеже опозиву од стране бирача.³¹

Слободан мандат је проглашен за аксиом представничке демократије, изведен је из политичке суштине односа бирача и представника која му омогућује да се оствари потпуно и апсолутно. Такав, слободан мандат је могућ и остварљив у поједностављеном, боље рећи оскудном политичком систему у коме се политички живот одвија само на релацији бирач (грађанин) и изабрани представник. У модерним државама и демократијама то није случај и у њима бирачи и представници нису једини и најважнији актери политичких односа и дешавања. Са њима или између њих су се уметнуле политичке странке које су постале и важније од њих. Странке су унеле живост и ратоборност у политички живот, продрмале и разбудиле успавано и малодушно јавно мњење, порушиле традиционалне кодексе „витешког“ политичког држања и понашања и у арсеналу својих легалних и нелегалних средстава деловања примениле многе нечасне и користољубиве радње којих се нормалан и поштен свет стиди и презире их.

²⁷ Georges Vedel, Manuel elementaire de Droit constitutionnel, Libraires, Recueil, Sirey, Paris, 1949, стр. 135.

²⁸ Ибид, стр. 135

²⁹ Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије Сабрана дела, том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990, стр. 282.

³⁰ Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 75.

³¹ Ирена Пејић, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 65.

Како год да гледамо на политичке странке, осуђујемо их или бранимо и оправдавамо, без њих се данас не може. Оне господаре модерним државама и демократијама, потисле су и парламент и свеле га на формалног репрезента народа који је у свом одлучивању све више ограничен и потиснут. Како примећује проф. Драган Стојановић, парламент је постао место где се сусрећу везани партијски налози и усвајају формалне одлуке.³² Пошто странке доминирају политичким животом и парламентом, то су и слобода и интегритет посланика доведени у питање. Уствари, посланик не може да се одвоји од странке и њеног утицаја, да делује слободно, односно ван ње, јер своје политичко (посланичко) ангажовање више дугује странци него грађанима, бирачима. Посланички мандат се у представничкој демократији добија од странке јер се избори не дају замислити и спровести без деловања странака. Странке су те које утичу на политичко јавно мњење, опредељују га за кандидате које оне предлажу, тако да грађани углавном имају да се опредељују само између кандидата које предложи странке. Пошто мандат дугују својој странци, посланици се налазе у деликатној ситуацији да морају да имају обзира према бирачима, али много више према странци чијом заслугом су изабрани у парламент. Проф. Ирена Пејић примећује да уставни принцип о слободном мандату мора да се доведе у везу са политичким плурализмом с обзиром да се положај посланика не може одвојити од стварности политичких странака, њихових циљева и програма које посланици заступају.³³

Постојање слободног мандата се још више компликује и доводи у питање у изборном систему који примећује пропорционални метод утврђивања, односно расподеле мандата. Пропорционални систем расподеле мандата данас преовлађује у модерним парламентарним државама и по њему бирачи гласају за партијску листу (а не кандидата) на којој се не виде имена посланичких кандидата. Зато је и тај (како каже проф. Драган Стојановић) персонални састав листа готово без значаја а положај посланика слаб јер је у власти своје странке.³⁴ Но, и поред тога што посланик зависи од странке и уз њену помоћ улази у парламент, у теорији преовлађује гледиште да је његов мандат слободан. То се објашњава тиме да посланици слободно одлучују да ли ће се повиновати страначкој

³² Драган М. Стојановић, Правни положај посланика, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999, стр. 5.

³³ Ирена Пејић, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2011, стр. 67.

³⁴ Драган М. Стојановић, Правни положај посланика, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 1999, стр. 19.

одлуци јер им се гарантује независност према странци³⁵, без обзира колико су јој лојални или не. Сматра се да, иако је посланик као члан странке изложен страначкој дисциплини којој се повинује, то не важи и за његов посланички положај и мандат који је слободан. Посланички мандат је одређен уставном и законском регулативом и он се најчешће поклапа са животом и мандатом парламента – легислатурним периодом од 4 година те не зависи од воље странке или њеног руководства. Зато проф. Ирена Пејић сматра да је недопустиво да странка одузима мандат посланику пре истека изборног периода и мења посланике са листе по свом нахођењу.³⁶ И проф. Владан Петров сматра да је једно партијска дисциплина и лојалност коју посланик дугује странци, а нешто друго је његов посланички мандат.³⁷ Те две ствари се не искључују јер постојање односа представника и политичке странке не доводи у питање слободни мандат. То су два различита односа по својој садржини.³⁸ Иако су, теоретски гледано, слободан мандат и страначка лојалност и дисциплина посланика одвојени и различити један од другог, у стварности и политичком животу (као и правним решењима неких земаља) то није баш тако. Представнички, односно посланички мандат се данас не добија директно од бирача, него преко странке, бирачи не гласају за посланичког кандидата са именом и презименом него за страначку листу на којој је он (кандидат) увршћен вољом странке. У ствари, бирачи не дају мандат представнику да спроводи њихову вољу и идеје (и да у томе буде слободан), него гласају за идеје и програм странке који им се свиђа а на чијој листи се налази посланички кандидат. Бирајући посланика, бирачи су га „обавезали“ да спроводи програм и идеје странке који им се допада па практично посланички мандат више није слободан у односу на бираче, него у односу на странке. Посланик би био слободан да спроводи програм једне странке исто као и вољу бирача ако би га грађани непосредно бирали и дали му мандат да слободно тумачи и спроводи тај програм. Пошто није тако, јер се посланик бира заслугом странке, са њене листе, он њој дугује тај мандат, њој се обавезује да спроводи њену вољу и њен програм. Дискутабилно је говорити о слободном нахођењу, слободи посланика да спроводи вољу или програм странке када он сам није слободан од странке чијом помоћи је изабран у парламент. Тешко је у пракси повући границу између слободе посланика да тумачи и спроводи вољу и програм странке и његове

³⁵ Ирена Пејић, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 69.

³⁶ Ибид, стр. 69.

³⁷ Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 77-78

³⁸ Ибид, стр. 78.

страначке лојалности и одговорности. Са моралног становишта, слободни мандат се коси са поштењем и моралним интегритетом посланика ако му се дозволи да издаје странку, не спроводи њен програм (због кога је и добио мандат) а и даље у име слободног мандата може да остене на посланичкој функцији. То је свакако један од разлога зашто неке земље са представничким системом (истина ређе) уводе императивни мандат и опозив или систем тзв. бланко оставки које на заобилазан начин постижу исти циљ.

IV

Прихватајући систем грађанске и представничке демократије Србија се у постсоцијалистичкој епохи определила за политичке вредности и институције грађанског друштва – поделу власти, слободан посланички мандат, одговорност владе пред парламентом и др. У њеној социјалистичкој епохи су владале другачије вредности и принципи због којих је Србија као комунистичка држава била на нижем степену политичког развитка и цивилизације. То пре свега важи за њен политички систем који је почивао на механизму тзв. делегатског система, једној врсти ограниченог представништва са везаним мандатом. У том социјалистичком делегатском политичком систему скупштина није била права представничка институција нити су њени чланови били прави посланици у смислу представничке демократије. Они су правно и политички били схваћени и успостављени као делегати који су са својим бирачима комуницирали посредством делегација. Они су спроводили ставове тих делегација, али су имали неку врсту слободног опредељивања пошто им је Устав гарантовао и самосталност у опредељивању и гласању.³⁹ Такав систем представништва је по теорији социјализма замисљен да отклони слабости буржоаског представничког система власти, али се у пракси није показао као ефикасан, није остварио оно што се од њега очекивало. Од њега се очекивало да буде истовремено и заступање и изражавање, да заступник изражава интересе и политику бирача али је и формулише.⁴⁰

То се показало као нереално, па су са крахом социјализма напуштене и делегатске скупштине а Србија је у постсоцијалистичкој епохи, по узору на државе грађанске демократије, добила представничко тело класичног типа. Данас српску Скупштину чине посланици чији је правни и политички положај уређен према правилима представничке демократије. То пре свега важи за њихов слободан мандат који је од

³⁹ Видети: Члан 141. став 1. Устава СФРЈ од 1974.

⁴⁰ Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“ Београд, 1988, стр. 586.

почетка схваћен (мада не доследно регулисан) као слободан, што је у духу представничке демократије и доктрине о националној суверености. Истина, први српски постсоцијалистички Устав од 1990. год. није био у томе баш јасан и прецизан, оставио је одређене дилеме, па и по мишљењу проф. Владана Петрова, простор за како искривљена, тако и гласна размишљања да мандат народних посланика није сасвим слободан.⁴¹ На такав двосмислен став Устава свакако је утицала политичка пракса која је фаворизовала политичке странке, али и више од тога систем сразмерног представништва, односно расподеле посланичких мандата. Овај систем је политички однос између бирача и представника заменио мешовитим правно-политичким односом између посланика и странке са чије листе је посланик изабран и којој (странци) дугује верност.

На побољшање посланичког мандата, замењивања правне везе између бирача и посланика оном политичком, отклањање сумње да ли је слободан или не, највише је утицала стваралачка улога и доследно опредељење Уставног суда Републике Србије за концепцију слободног мандата. У добре намере Уставног суда не треба сумњати када се својом Одлуком⁴² из 2002. год. определио за слободни мандат. Ради истине не треба да се заборави да је она коинцидирала са ружном политичком праксом и позадином која је кулминирала трговином „слободним“ мандатима. Без обзира на дечије болести нашег парламентаризма, злоупотребе посланичких мандата, Уставни суд је желео добро када је заштитио посланике од диктатуре њихових странака и учинио их везаним само за бирачко тело. Свакако да таква одлука подразумева зрелост парламентарног живота и његових институција, али и самог посланика. Он своју слободу одлучивања не сме да апсолутизује или злоупотреби тако што ће помислити да је „слободан“ да свој мандат прода оном ко га добро плати. Уставни суд је у том драматичном политичком тренутку Србије и јако израженим страначким превирањима поступио исправно и доследно. Заузео је исправан став да својство народног посланика, стечено на непосредним изборима, не може бити условљено променом његовог политичког уверења или политичке оријентације.⁴³ За оно што се иза тога одиграло у парламентарној арени или иза њених кулиса није одговоран Уставни суд. То иде на душу и образ или срамоту посланика, а не на адресу Уставног суда који се приклонио посланику и указао му поверење,

⁴¹ Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 79.

⁴² Видети: Одлуку Уставног суда Републике Србије (У-197) 2002. објављену у „Службеном гласнику РС“ бр. 57/2003.

⁴³ Видети: Одлуку Уставног суда Републике Србије (У-197) 2002. год. објављену у „Службеном гласнику РС“, бр. 57/2003.

оцењујући да је његов мандат слободан. На крају, таква срамна политичка позорница нашег парламентаризма на којој се (наочиглед јавности) срамно и дрско трговало без правних последица утицала је и да најновији Устав од 2006. год. донекле одступи од слободног мандата. То добро уочава проф. Владан Петров када наводи сасвим озбиљну аргументацију у прилог сакривања слободног мандата посланика другим уставним одредбама.⁴⁴ Нови Устав Републике Србије од 2006. год. је поново вратио посланика под „власт“ политичке странке јер је донео проблематичну одредбу да је посланик „слободан да под условима одређеним законом, неопозиво стави свој мандат на располагање странци на чији предлог је изабран за народног посланика.“⁴⁵

Звучи двосмислено, па и лицемерно, истовремено помињати „слободу посланика“ и неопозиво стављање његовог мандата на располагање странци. То је осудила и стручна јавност а наишло је и на оштру реакцију Венецијанске комисије⁴⁶ као непримерено европским политичким вредностима. То су две противуречности које не могу да иду једна с другом, искључују се. Није спретно тумачење које ову уставну одредбу покушава да помири са слободним мандатом. По њему, посланик је слободан а под тим се разуме и његова слобода да неопозиво стави свој мандат на располагање странци онда када то жели. То би значило да је посланик власник мандата, а не странка, што у реалном страначком животу звучи наивно када се зна какву стварну слободу има посланик или, боље рећи, каквој строгој страначкој дисциплини и лојалности је изложен.

V

Сумирајући причу о слободном мандату, можемо да кажемо да је тешко помирити њену теорију и праксу, доследност и одређена искушења па и скретања којима су људи склони у својим односима, у политичком животу. Слободан мандат претпоставља доследну теорију и концепцију о националној суверености и чистом политичком односу између бирача и представника, али и развијену парламентарну праксу и културу. Једно не иде без другог.

И уз најбољу правну и политичку доктрину не може се много учинити за слободан мандат ако у парламентарној и политичкој пракси

⁴⁴ Владан Петров, Парламентарно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 80-81

⁴⁵ Видети члан 102. став 2. Устава Републике Србије од 2006. год. Службени гласник РС“, бр. 89/2006.

⁴⁶ Проф. др Маријана Пајванчић, Коментар Устава Републике Србије, Konrad Adenauer Stiftung, Београд, 2009, стр. 129.

„дивљају странке“ које различитим средствима: новцем, уценама, претњом и сл. могу да угрозе интегритет посланика и претворе га у слугу, свог послушника. Такав посланик не може да буде слободан нити таква демократија може да буде парламентарна. Свакако да ни посланици нису „невина јагњад“ у стаду које окружују крвожедни и гладни вукови. И они знају да се понашају непримерено парламентарној демократији, испоље неодговорност па и неморалност у вршењу функције за коју су на изборима добили поверење грађана. Парламентарној демократији требају подједнако зреле и одговорне, како политичке странке, тако и посланици који би у свему били узор достојанственог и честитог политичког понашања и вршења јавног посла. Само тако могу да се избегну ружне политичке појаве, скандали, корупција, подметања, двосмислене и покварене политичке игре које збуњују честите људе и удаљавају их од политике на коју са презиром гледају као на нечасно занимање.

Посланички мандат ће бити слободан онолико колико је и сам посланик слободан у правом смислу те речи: лишен предрасуда, лоших навика, себичног менталитета и похлепе као и покварености која га гура на терен разних смицалица у којима често постаје објекат манипулације, а не субјект политике за коју су га грађани изабрали да је часно представља и за њу се бори. Већа је штета од слободног мандата посланика који га је недостојан и без моралног интегритета него од везаног мандата који таквог посланика дисциплинује па и кажњава због његовог политичког невоспитања. Тешко је поверовати да би и Енглеска као колевка парламентаризма по сваку цену бранила слободан мандат посланика ако би они којим случајем „застранили“ и својим нечасним радњама поткопавали темеље енглеске политичке културе и традиције. Вероватно би прагматични Енглези пронашли неко решење којим би доскочили таквом непарламентарном понашању посланика макар и по цену да се одрекну неких изворних принципа и вредности демократије. Можда би било добро да и ми овако размишљамо о демократији; да се према њој односимо као онаквој каква јесте, а не каква би требала да буде.

Mihajlovic Vladan, LL.D
Full Profesor

CONTROVERSY OF FREE (OR NOT) PARLIAMENTARY MANDATE

Summary

Civil society has made political democracy based on sovereignty of nation doctrine. In that kind of democracy, sovereign power belongs to the nation, and it performs over elected representatives (MPs). In performance of that kind of power, MPs have free mandate, they are free in interpretations and expressing the will of the electorate. This, supposed to mean they are not associated to any orders or instructions from the constituency, because they do not represent that consistency but they do represent, actually the whole nation. Although this representative system does not mean perfect democracy, today this is only alternative to instant democracy itself. In representative democracy main factor of the political life, apart from voters and representatives, are increasingly political parties too. There is no democracy, no representative elections without political parties. The political parties try to connect tightly MPs to themselves, put them under power of the party and disconnect their connection with electorate. This represents great danger for a free mandate of MPs because they tightly connect to the party and become an instrument for achieving that politics. As far as it insists on a free mandate, it is actually, endangered and limited by the influence of political parties. The parties try to establish a legal relationship with their MPs so bounded mandates and obligation to serve and do to the party itself impose to the MPs. According to the length of the MPs' mandate, lack of recall of the party compensates alternative assets such as blank resignation, which force MPs to cancel their function when the party asks it.



Др Мијал Стојановић

ПОСТУПАК СУДСКОГ РЕШАВАЊА КОЛЕКТИВНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СЛОВЕНИЈИ

Апстракт:

Апстракт: Аутор у овом раду разматра поступак судског решавања колективних радних спорова у Републици Словенији. Аутор сматра да овај поступак може бити интересантан као пример за законодавну регулативу у Републици Србији у овој области.

Кључне речи: *Колективни радни спорови, поступак, судови, учесници, предлог, пресуда, решење, привремене мере, судско поравнање.*

Проф. др Мијал Стојановић

ПОСТУПАК СУДСКОГ РЕШАВАЊА КОЛЕКТИВНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СЛОВЕНИЈИ

1. О поступку решавања уопште

Под појмом поступак као општи, генерички појам, означавамо све могуће формалне и неформалне правне форме по којима се врши решавање колективних радних спорова, било од стране самих странака, органа мирења или суда.

Поступак у колективном радном спору (КРС) има неке специфичности по којима се разликује од других поступака решавања спорова. Те специфичности су следеће:

- a) поступак је или неформалан (у случају да странке саме решавају спор) или има много мање формалности (ако га решавају изабрани органи или суд);
- b) поступак је хитан и изискује најмање могуће трошкове;
- c) садржина, ток и исход поступка зависи од тога да ли је у питању интересни или правни спор, јер интересни колективни радни спор не мора решавати суд пресудом зато што се спор односи искључиво на интерес странака за уређивање одређених будућих питања у колективном уговору, те што суд не може одлучивати о томе како ће странке најбоље остварити своје интересе уз уважавање начела аутономије воље у колективном уговору (облигациони тј. уговорни елемент колективног уговора);
- d) одлучујућу улогу и значај у поступку има мирно, надмештајно (вансудско) решавање колективних радних спорова (посредовањем, мирењем и арбитражом) које је доминантно у односу на судско решавање истих.¹

Колективни радни спорови у складу са словеначким законодавством и праксом се могу решавати на два начина:

- a) вансудски, методама мирног решавања, који је примаран и
- b) од стране судова за радне и социјалне спорове (судско решавање).

¹ Novak, Janez: *Delovni spori*, GVZaložba, Ljubljana, 2004, str. 393.

2. Судски поступак

2.1. Уопште о судском решавању колективних радних спорова

Право на судску заштиту је право сваког грађанина у складу с чл. 23. Устава Републике Словеније. Ово право садржано је и у Конвенцији о заштити човекових права и основним слободама („Службени лист РС”, бр. 7/94). Наиме, чл. 6. Конвенције прописано је да свако има право да о његовим грађанским правима и обавезама или било којих кривичних оптужби против њега правично и јавно и у разумном року одлучује независно и непристрасно на основу закона установљен суд.

Наведене одредбе гарантују судску заштиту права и обавеза у најширем смислу речи грађанима, као и правним и физичким лицима која могу бити субјекти односно странке у спору у коме остварују неко право прописано законом. У контексту домаћаја и могућност остваривања овог права у словеначкој правној теорији и судској пракси било је постављено питање у вези могућности остваривања судске заштите КРС као специфичне врсте правних спорова (о чему смо напред расправљали) с обзиром да исти могу бити интересни (економски) и правни (легални). У вези са овим важним питањем заузет је став да судска заштита у интересним КРС у начелу није могућа јер интерес не може бити предмет колективног радног спора.²

Међутим овај став је промењен, јер изричитим одредбама ЗДСС (чл. 2. и чл. 47.) и чл. 18. ст. 1. ЗКолП судска заштита је допуштена, како у интересним тако и у правним КРС. Ипак, стоји чињеница да интересних КРС нема пред судовима за радне спорове, јер их странке решавају вансудски, методама мирног (надомештајног) решавања.

2.2. Претпоставке

Претпоставке за остваривање судске заштите у колективним радним споровима су околности и својства од којих зависи поступак, а то су предлог, расправа и одлука суда.

За остваривање судске заштите у КРС постоје три претпоставке:

а) спроведен вансудски поступак методама мирног (надомештајног) решавања (преговарање, посредовање, мирење и арбитража) ако је такав поступак одређен колективним уговором (у вези с овом претпоставком упућујемо на одредбе чл. 23. ЗДСС о чему је било речи у т. 4.2.2.);

² Novak, Janez: *Delovni spori*, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 407-408.

b) правни интерес који треба да докаже удружење радника као странка која подноси предлог у КРС у вези с колективним уговорима (чл. 47. ст. 2. ЗДСС);

c) рок у коме се предлог може поднети (примењују се одредбе о роковима за поднеске у парничном поступку на основу чл. 44. ст. 2. ЗДСС).

2.3. Примена правила која се односе на индивидуалне радне спорове

Правила садржана у Закону која се односе на степене одлучивања, забрану закључивања споразума о месној надлежности, надложеност у вези с арбитражом судије поротнике, изузеће судија и судија поротника и статуса професионалних судија, која се односе на индивидуалне радне спорове, важе и за колективне радне спорове.

2.4. Стварна надлежност радног суда

Стварна надлежност радног суда у КРС одређена је чл. 6. Закона.

У складу са овим чланом радни суд је надлежан да одлучује:

d) о важности колективног уговора и његовом извршавању између странака колективног уговора или између странака колективног уговора и других лица;

e) о надлежности за колективно преговарање;

f) о усклађености колективних уговора са законом, о међусобној усклађености колективних уговора и усклађености општих аката послодавца са законом и колективним уговорима;

g) о законитости штрајка и других индустријских акција;

h) о учешћу радника у управљању;

i) о надлежности синдиката у вези с радним односима;

j) у вези с одређивањем репрезентативности синдиката;

k) за које је тако одређено законом.

2.5. Месна надлежност радног суда

Месна надлежност у КРС одређена је чл. 9. Закона.

За одлучивање у КРС, у коме је учесник послодавац, месно је надлежан суд који је опште месно надлежан за послодавце. Међутим, за одлучивање о КРС из т. а), б) и ц) чл. 6. Закона у вези с колективним уговорима који важе на целој територији Републике Словеније, месно је искључиво надлежан Радни и социјални суд у Љубљани

2.6. Састав суда првог степена

Састав првостепеног суда у радним споровима одређен је чл. 14. Закона.

У колективним радним споровима сенат суда првог степена састављен је од пет судија од којих је један судија професионалац, а четири су поротници.

Судије професионалци првостепених судова за колективне радне спорове именује Судски савет Републике Словеније.

2.7. Поступак пред радним судом првог степена

Покретање поступка

У КРС поступак се покреће предлогом (чл. 44. ст. 1. ЗДСС). Ова одредба се односи на предлог у главној ствари, а када се ради о предлогу за издавање привремене мере исти је уређен чл. 56. ст. 2. ЗДСС.

Као процесни акт предлог има, дакле, два значења:

- a) предлог је поднесак којим се тражи да суд у КРС изда привремене мере,
- b) предлог је поднесак којим учесник покреће поступак у главној ствари.

Предлог мора садржати:

- a) опис спорног односа,
- b) навођење учесника у КРС,
- c) чињенице које су значајне за одлучивање,
- d) доказе којима се потврђује истинитост или неистинитост навода,
- e) друге податке, које треба да садржи сваки поднесак (чл. 44. ст. 2. ЗДСС).

Ако предлог не садржи захтев, радни суд ће га и поред тога узети у разматрање, што значи да радни суд у КРС није везан захтевом учесника.

Учесници (учесник)

У словеначком радном процесном законодавству у КРС странке и остала лица која учествују у поступку се означавају заједничким појмом учесници.

У складу с чл. 45. ЗДСС:

- 1) учесник у поступку је лице, орган или удружење, који је поднео предлог (предлагач поступка) те лице, орган или удружење против кога је предлог поднет (супротни учесник) (ст. 1.);
- 2) учесници у поступку су такође и лица, органи или удружења, који су носиоци права и обавезе у односу о коме се одлучује, под условима одређеним овим законом (ст. 2.);
- 3) учесници су такође лица којима је законом признато право да учествују у поступку (ст. 3.).

Евидентно је да је овим чланом само генерално одређен појам учесника. Ова тврдња се потврђује увидом у одредбе чл. 47.-51 закона, који садрже правила о томе ко су учесници у појединим КРС.

Чланом 47. Закона прописано је ко су учесници у споровима у вези с колективним уговорима. У складу с овим чланом:

1) удружење радника односно послодаваца или поједини послодавци, који су странке колективног уговора, могу поднети предлог за почетак поступка у вези с колективним уговорима, или да учествују у поступку који је покренуо неки други (ст. 1.);

2) предлог може поднети и удружење радника односно послодаваца или појединци послодавци као и групе радника, који нису обухваћени ст. 1. чл. 47. а за њих важи колективни уговор, ако докажу да основано остварују заједнички интерес. Ова удружења и лица могу подједнаким условима учествовати у поступку који је покренуо било ко други (ст. 2.).

3) оправданост остваривања заједничког интереса из ст. 2. чл. 47. Закона суд оцењује с обзиром на све околности случаја, а нарочито узимајући у обзир ниво за који је био закључен колективни уговор (ст. 3.).

Чланом 48. Закона прописано је ко су учесници у КРС о законитости штрајка. У складу с овим чланом:

1) предлог за почетак поступка о законитости штрајка може покренути онај који по закону има право да организује штрајк и онај против кога је штрајк организован (ст. 1.);

2) у споровима о законитости штрајка синдикат може учествовати у поступку који је покренуо било ко други (ст. 2.).

Чланом 49. Закона прописано је ко су учесници у споровима о надлежности синдиката у вези с радним односима. Синдикат у складу с међународним и регионалним радним стандардима, Уставом и законом има изворно право да поред радника штити права својих чланова. У складу с чланом 49. Закона предлог за почетак поступка о надлежности које има синдикат у вези с радним односима може покренути синдикат.

Чланом 50. Закона прописано је ко су учесници у споровима о репрезентативности синдиката. У складу с овим чланом:

1) предлог за почетак поступка у вези с одређивањем репрезентативности синдиката може покренути синдикат против одлуке надлежног министра односно одлуке послодавца, којом је утврђено да синдикат не испуњава услове за одређивање репрезентативности (ст. 1.);

2) ако надлежни министар односно послодавац у року од два месеца од подношења захтева синдиката за одређивање репрезентативности не одлучи, сходно се примењују одредбе ст. 2. и 3. чл. 72. овог закона (ст. 2.).³

³ Ст. 2. и 3. чл. 72. Закона прописано је право странке да у случају ћутања органа управе може поднети тужбу као да је њена жалба била одбијена.

Чланом 51. Закона прописано је да у КРС, поред учесника из т. 1-4 у поступку могу учествовати и друга лица.

Чланом 51. Ст. 1. Закона прописана је обавеза суда да обавештава о почетку поступка лица, органе и удружења који су носиоци да права и обавеза у односу о којем се одлучује и даје им могућност да учествују у поступку. Обавештење се објављује у "Службеном листу Републике Словеније" и на огласној табли суда.

Ставом 2. истог члана прописано је да лица, органи и удружења из чл. 51. ст. 1. Закона могу за све време поступка на рочишту или писаним предлогом да пријаве учешћа у поступку.

Ставом 3. истог члана прописано је да о томе суд обавештава друге учеснике и одређује им рок у коме се могу изјаснити о учешћу.

Ставом 4. истог члана овлашћење суд да може такође без изјаве других учесника одбити ућешће, ако утврди да правни интерес лица које је пријавило учешће није дат.

Ставом 5. истог члана прописано је да до правноснажности решења којим се одбија учешће, учесник може да учествује у поступку и његове процесне радње се не могу искључити.

Најзад ставом 6. истог члана је прописано да против решења којим суд допушта учешће, није допуштена посебна жалба.

Правила поступка

У колективним радним споровима који се решавају у судском поступку од стране радних судова важе правила која важе у индивидуалним радним споровима садржана у ЗПП и правила садржана у заједничким одредбама о поступку у радним споровима (чл. 18.-33. Закона) о којима је било речи када смо расправљали о поступку у индивидуалним радним споровима, под условом да одредбама чл. 44.-57. није друкчије прописано. О заједничким правилима која важе како у ИРС тако и КРС нећемо расправљати, јер је о истима било речи када смо расправљали о ИРС, што значи да ћемо изложити и расправљати о правилима која важе само у КРС.

Повлачење предлога

Предлагач у КРС може предлог повући у складу с правима садржаним у чл. 46. Закона. У складу с наведеним чланом:

- 1) предлагач поступка може повући предлог до краја главне расправе без пристанка супротног учесника (ст. 1.);
- 2) повлачењу предлога суд обавештава друге учеснике (ст. 2.);
- 3) сваки учесник може за осам дана од дана којег је био обавештен о повлачењу наставити започети поступак (ст. 3.).

Из садржине цитираног члана произлази да предлагач у КРС нема ограничења да може диспонирати предлогом до закључења главне расправе пред судом за радне спорове првог степена. После закључења главне расправе предлагач може диспонирати предлогом само уз пристанак супротног учесника у КРС.

Специфичности поступка у споровима о учешћу радника у управљању

У споровима о учешћу радника у управљању важе посебна правила садржана у чл. 52. Закона. Ова правила се односе на: 1) рок за одговор на поднесак; 2) одлучивање без главне расправе и 3) рок за жалбу.

У споровима о захтевима савета радника за именовање радничког директора, о жалби против изборне комисије о одбијању предлога кандидата за чланове савета радника односно о неважности избора чланова савета радника, рок за одговор је три дана (чл. 52. ст. 1. Закона).

Ако у стварима из чл. 52. ст. 1. Закона чињенично стање међу учесницима није спорно и нема других сметњи за доношење одлуке, суд може одлучити без главне расправе. У супротном случају суд ће одржати рочиште за главну расправу најкасније за три дана од пријема одговора односно од истека рока за одговор. Рочиште може да се одредити телефоном, телеграфом, коришћењем телекомуникацијских услуга или информационе технологије (чл. 52. ст. 2. Закона).

У стварима из чл. 52. ст. 1. Закона рок за жалбу је три дана. Суд другог степена о жалби одлучује најкасније за три дана (чл. 52. ст. 3. Закона).

Одлуке првостепеног суда

1) Начини разрешења колективних радних спорова

Из садржине одредби Закона произлази да првостепени суд може КРС спор решити на један од следећих начина:

- a) одлучити о самој ствари (одлука о главној ствари);
- b) одлучити о процесним питањима, али и о главној ствари (решењем);
- c) одлучити о предлогу за издавање привремене мере;
- d) судским поравнањем, које странке закључе пред судом, а суд га потврди.

2) Пресуда

О самој ствари (главна ствар) у КРС као и у ИРС суд за радне спорове одлучује пресудом.

То произлази из одредби чл. 28. и 29. Закона и чл. 31. ЗПП, иако у чл. 53. Закона којим се уређује одлучивање суда није садржан појам

пресуде, већ је садржан појам одлука (ст 3. и ст. 5.). Ипак, треба нагласити да је у чл. 53. ст. 4. Закона употребљен израз "ако суд пресуди", што може навести на закључак да резултат пресуђивања може бити у форми пресуде као појединачног судског акта.

У словеначкој правној теорији се аргументовано износи став да је у КРС с обзиром на нове појмове (предлог, предлагач и супротни учесник) који се разликују од појмова у ЗПП (тужба, тужилац и тужени) и за назив судског акта којим се одлучује о главној ствари требало наћи адекватнији појам уместо пресуде.⁴

Одлучивање суда у КРС о главној ствари уређено је одредбама чл. 53. Закона.

Чланом 53. ст. 1. Закона прописано је да ако суд утврди да је захтев основан, с обзиром на природу односа пре свега:

1) утврђује важност или неважност колективног уговора, повреду права и обавеза из колективног уговора, несагласност колективног уговора са законом, несагласност међу колективним уговорима или несагласност општег акта послодавца с законом односно с колективним уговором;

2) делимично или у целини укида односно поништава општи акт послодавца или појединачни правни акт и, с обзиром на околности случаја, налаже усвајање или доношење новог правног акта.

Чланом 53. ст. 2. Закона прописано је да у случајевима из ст. 1. т. 1. тог члана Закона суд може, с обзиром на природу односа, на захтев појединачног учесника, наложити другом учеснику испуњење одређене обавезе.

Чланом 53. ст. 3. Закона прописано је да када суд поступи по одредби ст. 2. тог члана Закона, свако може тражити извршење одлуке којом му је било признато какво право, иако није био учесник поступка.

Чланом 53. ст. 4. Закона прописано је да ако суд процени да је нужно за заштиту права учесника, може у случајевима из ст. 1.12. тог члана Закона решењем делимично или у целини заменити спорни акт.

Најзад, чл. 53. ст. 5. Закона прописано је да одлука суда из ст. 1. тог члана Закона, која се односи на колективне уговоре и опште акте послодавца, објављује се у јавном или другом гласилу у коме је објављен колективни уговор односно општи акт послодавца.

Из наведених одредби чл. 53. Закона произлази да суд у КРС може донети све врсте пресуда као и у ИРС, о чему је било речи у т 4.2.4.8.

Када су у питању врсте пресуда о главној ствари у КРС, поред одредби чл. 53. Закона значајне су и одредбе чл. 6. Закона којима је

⁴ Novak, Janez: *Delovni spori*, GV Založba, Ljubljana, 2004, str. 427-428.

прописана ствама надлежност радног суда у тим споровима. Из садржине тог члана произлази углавном да су пресуде радног суда утврђујуће.

Посебан случај одлучивања о самој (главној) ствари представља одлучивање радног суда по тужби за укидање (поништење) арбитражне одлуке у КРС (чл. 11. Закона). У тој ситуацији радни суд ће, применом заједничких одредби о поступку у радним споровима и одредби које се односе на ИРС, уважавајући специфичност КРС, кондемпнаторном пресудом укинути (поништити) арбитражну одлуку и одлучити о тужбеном захтеву (предлогу).

3) Решење

У КРС као и у ИРС једно од основних процесних начела, које је прописано ЗПП, је да радни суд одлучује решењем о процесним питањима. У тим ситуацијама радни суд, дакле, не одлучује о самој (главној) ствари, већ о стварима које се тичу тока парнице. Ипак, радни суд може и решењем одлучити о самој (главној) ствари (нпр. о повлачењу предлога којим се покреће КРС; одбијању предлога ако нису испуњене процесне претпоставке за судски поступак, зато што није спроведен поступак помирења или арбитражни поступак; о трошковима поступка и др.). Наравно, треба нагласити да у таквим случајевима суд у суштини не одлучује о самој ствари, већ о захтеву (предлогу) који садржи предмет спора.

У КРС радни суд одлучује о процесним питањима решењем у следећим случајевима:

1) када одлучује о учешћу учесника по материјалном праву (чл. 51. Закона). На основу ст. 4. тог члана радни суд ће решењем одбити учешће у поступку ако утврди да правни интерес лица које је пријавило учешће није дат (непостојање оправданости правног интереса). У супротном, ако радни суд утврди постојање правног интереса решењем ће одобрити учешће лица у КРС. Ако радни суд допусти учешће, против решења којим се исто допушта није допуштена посебна жалба (чл. 51. ст. 6. Закона);

2) када одбије (не дозволи) закључење поравнања (чл. 26. Закона; чл. 306. ст. 4. и 5. а у вези чл. 3. ст. 3. ЗПП).

4) Привремене мере

Привремене мере у КРС су уређене чланом 56. Закона.

У току поступка у КРС суд може и по службеној дужности да изда привремене мере које су потребне да се спречи употреба силе или настанак тешко накнадиве штете (чл. 56. ст. 1. Закона).

Привремене мере се по природи ствари доносе хитно.

Ако учесник у КРС предложи издавање привремене мере, суд о предлогу одлучује најкасније за три дана (чл. 56. ст. 2. Закона).

Хитност привремених мера важи и за другостепени судски поступак јер о правном средству против решења о привременој мери у КРС надлежни суд одлучује најкасније за осам дана (чл. 56. ст. 3. Закона).

Привремене мере у КРС се издају по одредбама закона којим се уређује осигурање, ако овим чланом није друкчије одређено (чл. 56. ст. 4. Закона).

5) Судско поравнање

Судско поравнање је обавезно у радним споровима (индивидуалним и колективним). Одредбе о поравнању у радним споровима су садржане у чл. 26. Закона и чл. 305а - 309. ЗПП), о чему је било речи у т. 4.2.4.4.⁵

2.8. Поступак пред радним судом другог степена ***Правна средства***

У Закону (ЗДСС) нема одредби о томе којим правним средствима се побијају одлуке (пресуде и решења) првостепених судова за радне спорове у колективним радним споровима. Међутим, из садржине чл. 30. Закона и одговарајућих одредби ЗПП произлази да је против првостепених одлука и у КРС дозвољено редовно правно средство жалба.

За садржину жалбе и поступање од стране другостепеног радног суда по њој важе одредбе чл. 30. Закона као и одредбе чл. 333.-366. ЗПП, о чему је било речи у т. 4.2.5. где смо расправљали о жалби у ИРС.

О жалбама против одлука суда првог степена одлучује Виши радни и социјални суд у Љубљани (чл. 3 ст. 2. Закона).

За правна средства против првостепених одлука у КРС важе извесне специфичности којих нема у ИРС. Ове специфичности су прописане чл. 54. Закона.

Учесници могу улагати правна средства иако нису учествовали у поступку у првом степену (чл. 54. ст. 1. Закона).

Учесник из чл. 54. ст. 1. Закона мора уложити правно средство у року који важи за учесника коме је одлука најкасније уручена (чл. 54. ст. 2. Закона).

Суд ће сматрати као правовремено и правно средство учесника који нису учествовали у поступку у првом степену, иако је било уложено

⁵ Детаљније о судском поравнању у радним споровима видети: *Poravnalni narok, Strokovno svetovanje sodnikov Dsod, Ljubljana, 10.02.2003. god.*

по протеку рока из чл. 54. ст. 2. Закона, ако га је примио пре него што је одлучио о правовремено уложеном правном средству другог учесника (чл. 54. ст. 3. Закона).

2.9. Поступак пред трећестепеним судом

Правна средства

У КРС као и ИРС допуштен је и трећестепени поступак. У трећем степену и у колективним радним споровима одлучује Врховни суд Републике Словеније (чл. 3. ст. 3. Закона).

Против одлука другостепеног суда за радне спорове и у КРС су дозвољена два правна средства:

- 1) **жалба на решење** (чл. 30. ст. 2. Закона)
- 2) **ревизија** (чл. 3. ст. 3. и чл. 31. и 32. Закона).

О жалби на решење из чл. 30. ст. 2. Закона нема потребе да расправљамо јер се у том поступку примењују одредбе ЗПП о жалби против решења суда првог степена.

О ревизији као ванредном правном средству у КРС такође нећемо овде расправљати јер је о њој било речи у т.4.2.6. када смо расправљали о ИРС.

Када је реч о другим ванредним правним средствима у КРС важно је истаћи: нису допуштени: а) захтев за заштиту законитости (што важи и за ИРС) на основу чл. 33. Закона и б) обнова поступка, на основу чл. 55. Закона;

допуштена је тужба за раскид судског поравнања (чл. 392.-393. ЗПП) иако у Закону то изричито не пише. Наиме, овакав закључак произлази из чл. 19. Закона. Међутим, о овом ванредном правном средству у КРС нећемо расправљати већ само упућујемо на одредбе о истом садржане у чл. 392.-393. ЗПП.

Литература

1) Bertzbach, Kirchner: Analiza delovnih sodišč, študija v okviru Twinning projekta Modernizacija sodstva in izobraževanja sodnikov, Ministarstvo za pravosodje Republike Slovenije, Ljubljana, 1998.

2) Brus, Marko: Dopustitev revizije v nemškem in slovenskem delovnem procesnem pravu - primerjalni pregled, Podjetje in delo, 3-4/2005, Ljubljana, 2005.

3) Cvetko, Aleksej: *Sodna poravnava*, Rešavanje delovnih sporov v praksi - strokovno gradivo, Planet Gv, Ljubljana, 2006.

4) Galič, Aleš: *Vloga sodnika pri spodbujanju sodnih poravnav*, Zbornik znanstvenih razprav, Ljubljana, 2002.

5) Novak, Janez: *Delovni spori*, GV Založba Ljubljana, 2004.

6) Novak, Janez: *Kolektivni delovni spori (primerijalnopravna analiza)*, Podjetje in delo, Ljubljana, 1995; št. 7.

7) Poravnalni narok, *Strokovno svetovanje sodnikov Dsod*, Ljubljana, 2003.

8) Стојановић, Мијал: Радни спорови и поступак њиховог решавања у словеначком праву и пракси, Радно и социјално право, бр. 1-6, Београд, 2004.

9) Стојановић, Мијал, Радни спорови – СР Немачка, Аустрија, Република Италија, Република Словенија и Република Србија, Крагујевац, 2007.

10) Tičar, Luka: *Sodna poravnava v delovnih sporih*, Pravna praksa, št. 19/2003.

11) Vodovnik, Zvone: *Arbitraža v delovnem pravu – izbrana razvojna vprašanja*, Portorož, II, Dnevi delovnega prava in socialne varnosti, 2003.

Mijal Stojanovic, LL.D
Full Profesor

**PROCEEDINGS OF THE JUDICIAL SETTLEMENT OF COLLECTIVE
LABOR DISPUTES IN THE REPUBLIC OF SLOVENIA**

Summary

The author of this paper discusses the procedure for judicial settlement of collective labor disputes in the Republic of Slovenia. The author believes that this procedure may be interesting as an example of legislation in the Republic of Serbia in this area.

Key words: *Collective labor disputes, proceedings, judgments, participants, suggestion, judgments, decisions, provisional measures, judicial settlement*



Мр Слободанка Перић

СЛОБОДА РАДА

Апстракт:

Слобода рада је основно, универзално начело савременог радног права. Радни однос не постоји без слободе рада. Под слободом рада подразумева се право сваког лица да слободно изабраним или прихваћеним радом обезбеди себи средства за живот. Основни постулат слободе рада је негација принудног рада – да нико противно својој вољи није дужан да ради (да се упусти) код другог.

У раду је анализирана слобода рада као сегмент универзалних слобода и права човека и као фундаментални принцип радног права.

Кључне речи: слобода, слобода човека, слобода рада.

Мр Слободанка Перућ

СЛОБОДА РАДА

Слобода рада је саставни и нераскидиви део слобода човека, као суштаствена и егзистенцијална вредност свег људског и хуманог, израз његовог слободарског и човечног бића. По неким схватањима слобода човека је његово природно право, док је други везују за однос човека и друштвене заједнице.¹

Уопште говорећи, питање слободе није тако ново, јер како истиче *J.S.Mil* „оно покреће човечанство још од искона. Борба слободе против силе – то ја значајна црта повеснице; са њом нас, понајпре, упознају грчка, римска и енглеска историја.“² Најпознатији покушај озакоњења овакве идеје слободе, представљају француске декларације права човека и грађанина. Декларација од 1789.године одређује да се слобода „састоји у могућности да се чини све оно што не шкоди другима... ове границе могу бити одређене само законом.“ Декларација од 1793.године проширује ову одредбу једним моралним императивом: “Слобода је моћ која припада човеку да ради оно што не нарушава права других: она има за начело природу; за правило правду; за заштиту закон; њена је морална граница садржана у изреци: Не чини другоме оно што не желиш да теби други чине (члан 6).³ Слобода једноставно представља овлашћење да се не послуша ниједан закон осим оног за који је појединац дао своју сопствену сагласност. Појединац се, дакле, приклања принуди општег закона, али остаје слободан остајући свој властити законодавац.⁴

Слобода – то је начелно и фактички, основ добро постављеног темеља сваког државног и правног поретка. Она је смисао владавине права. *John Locke* је још у седамнаестом веку нагласио: „Циљ закона није да укине или ограничи, већ да очува и увећа слободу; јер, у свим државама створених бића подобних за законе, тамо где нема закона нема ни слободе“.⁵ Другим речима, омогућити слободно деловање у складу са

¹ Политичка енциклопедија, Савремена администрација, Београд, 1975, стр. 979.

² Ц. С. Мил, О слободи, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 1999, стр. 19.

³ Цитирано према, К. Чавошки, Право као умеће слободе – оглед о владавини права, Службени гласник, Београд, 2005, стр. 189.

⁴ Нав. дело, стр.193.

⁵ Ц. Лок, Две расправе о влади, II, Младост, Београд, 1978, стр. 37.

слободом сваког. Суштина слободе је у ограничењу. Неограничена слобода је негација негације слободе, и анулирање свих система норми и друштвено-моралних вредности. Апсолутна слобода није могућа у организованом друштву.

Слобода рада, више него многе друге слободе људи, ограничена је друштвено-економском ограничењем слободе избора или прихватања било рада (запослења), било приватне самосталне делатности.⁶ У основи, у стварном животу најпре је ограничена исто таквом слободом других људи, затим реалним-материјалним, историјским и традиционалним околностима. С тога је, за дефинисање слободе рада битан негативан аспект, тј. да и та слобода значи непостојање забрана или ограничења, а не и стварне могућности слободног избора.⁷

Основни постулат начела слободе рада очитује се у томе да нико противно својој вољи није дужан да ради (да се упосли) код другог. Међутим, и слобода рада трпи одређена друштвено оправдана ограничења: у свом позитивном облику (у слободи да се обавља било који правно допуштен рад) и у свом негативном облику (у слободи да не ради, односно да не прими другог на рад).⁸

Слободу рада доносе прве буржоаске револуције. Један од захтева Француске буржоаске револуције 1789. године био је реформа еснафског система, да би се већ 1791. године укинули еснафи и била проглашена слобода рада у индустрији, трговини, занатву. Проглашена слобода рада значила је негацију свих патримонијалних и сталешких стега, и свега што је имало „боје“ феудалног.

Слобода рада и егзистенцијална нужност рада су две фундаменталне правне и друштвено економске претпоставке, које су условиле појаву радног односа. Радни однос не постоји без слободе рада. Слобода рада је формално-правна претпоставка појаве и опстајања радног односа.⁹ За појаву радника на тржишту рада, било је најпре потребно да он постане слободан. Слободан у двоструком смислу. Слободан од свих

⁶ Н. Тинтић, Радно и социјално право, Књига прва: радни односи (I), Народне новине, Загреб, 1969, стр. 62.

⁷ Исто.

⁸ Позитивни облик слободе рада не улази у предмет радног права, негативни облик слободе рада од посебне је важности, јер укључује претпоставку да радноправни однос може бити заснован само добровољно, тј. споразумом обе стране у радном односу. У томе је веза између проблема слободе рада, с једне стране, и ропског рада, присилног рада, поправног рада и опште дужности рада, с друге стране. Ови облици, у овој или оној мери и на овај или онај начин, искључују слободу избора или слободно прихватање рада који је дужан обављати онај који га, у том облику, обавља. Н. Тинтић, нав. дело, стр. 62, 63.

⁹ П. Јовановић, Радно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 1993, стр. 90.

стега и патримонијалних веза, притисака у продаји своје радне снаге, и слободног „ослобођеног“ од земље и средстава за производњу, тј. човека без господара тзв. пролетера. То је условило стварање масе лумперпролетеријата, који нема од чега да живи, осим од продаје једине робе коју поседује – сопствене радне снаге.

Поникла на темељима приватне својине, у време јачања капиталистичког друштвено-економског, политичког и правног система, слобода рада је и била у функцији заштите и учвршћивање постојећих производних односа. Аутономија воље, слобода уговарања као израз „ореола светости и неприкосновености“ приватне својине, лишили су државу безмало, сваке интервенције у радне односе. Смисао слободе рада, се састојао у ослобађању и потпуној апстиненцији државе у однос радник – послодавац. Под окриљем социјалних револуција, слобода рада је радницима донела најгрубљу експлоатацију у историји радног права.

Данас, је појам слободе рада у знатној мери трансформисан. Слобода рада је основно, универзално начело савременог радног права.¹⁰ Основна начела радног права, јесу темељна, најбитнија и најкарактеристичнија или, лапидарно речено, иманентна систему радног право конкретне земље, кроз њих се изражавају основни погледи и основни друштвени циљеви које треба остварити посредством радноправних норми. Она су јединствена за „све и сваког“ јер произилазе из јединствене основе друштвено-економског, политичког и правног система дате државе.¹¹ Неовисно о томе у којој су мери она изражена *verbis expressis* у уставу или у неком основном закону, односно ако су општа у општем закону, или живе у облику *аксиома или максиме*, она нису *формуле* (које су увек асптрактне), већ су *генеричне формулације заповести* које се остварују кроз опште, основне или посебне правне норме које с тим начелима чине системско јединство, целину.¹²

¹⁰ Начело (*principium*, Grund, Principle, principe, principio) као основно правило понашања која садржи основне и усмеравајуће одредбе, које изражавају објективну закономерност развоја у одређеној области правних односа. Њихов је садржај условљен друштвено-економским и политичким поретком, као и законитостима развоја у одређеној земљи у даном моменту, па зато основна начела и изражавају политику својих стваралаца. О томе више: Н. Тинтић, Радно и социјално право, нав. дело, стр. 58.

¹¹ О томе више: Д. Паравина, Нека основна начела радног права, Зборник радова Правног факултета у Нишу за 1980, стр. 172.

¹² Н. Тинтић, Радно и социјално право, нав. дело, стр. 59.

Слобода рада подразумева право сваког лица да слободно изабраним или прихваћеним радом обезбеди себи средства за живот.¹³ Дакле, у том значењу, слобода рада обухвата:

- 1) слободу у избору будућег позива, занимања или професије;
- 2) слободу сваког лица у опредељивању да ли ће средства за живот обезбеђивати радом из радног односа или из какве самосталне, професионалне делатности;
- 3) слободу тј. добровољност у одлучивању о заснивању и раскидању радног односа;
- 4) забрану принудног рада;
- 5) једнакост и равноправност у доступности свих радних места и функција под једнаким условима, укључујући и изричиту забрану дискриминације, по ма ком основу;
- 6) обезбеђивање средстава за живот из личног рада као основни циљ или разлог постојања ове слободе.¹⁴

Слобода рада спада у ред основних права и слобода човека које су међу првима нашла своје место у законодавствима многих земаља, и тиме правну потврду (превасходно уставно-правну), и конкретизацију кроз примену и пре свега, најбитније правну заштиту.

Начело слободе рада, уз начело права на рад, заштиту на раду, и тд., су класични принципи, „основна ћелија грађе“ у многобројним актима међународног универзалног и регионалног радног права. Међународна организација рада је прва светска организација која је континуирано, кроз плодносни рад, оличен у бројним конвенцијама и препорукама стално проширивала, неговала и унапређивала слободу рада.¹⁵

У Уставу Европе,¹⁶ (Део први) једна од вредности на којима се заснива Унија је и принцип слободе.

У нашем правном систему, основна начела јединственог система радноправних односа су: начело слободе рада, права на рад, синдикалне слободе и права, начело управљања по основу својине и рада, заштите радника и њихових права у радном односу, јединственост система радних

¹³ Међународни пакт о економским и социјалним и културним правима из 1966. године, „Службени лист СФРЈ“, бр. 7/1971., (чл. 2. и 6.).

¹⁴ Д. Р. Паравина, нав. дело, стр. 177.

¹⁵ Нпр. Конвенција МОР о принудном раду бр. 29 из 1930. године (Ратификована у Југославији 1932. године, „Сл. новине“, бр. 297-СХ/І 1932. год.). Поводом истог питања Међународна организација рада је усвојила 1930. године и две препоруке: 1) Препоруку бр. 35 о индиректном принуђивању на рад, и 2) Препоруку бр. 36 о регулисању принудног или обавезног рада. Међународна организација рада је 1936. године донела Препоруку бр. 46 о поступном укидању регрутовања.

¹⁶ Устав Европе, Службени гласник, Београд, 2005.

односа, начело равноправности радника у радном односу, начело социјално-материјалне сигурности радника, начело хуманизације рада, начело узајамности и солидарности, итд. У радноправној теорији различито се третира питање његове самосталности. Понекад се слобода рада издваја као посебно начело, али се и везује за право на рад.¹⁷ Према нашем мишљењу, слобода рада, представља засебно начело радног право. У прилог идеји самосталности навешћемо само неке разлоге. Најпре, историјске, наиме, слобода рада је прокламована много пре права на рад (Вајмарским уставом 1919. године дата је прва прокламација права на рад, коју је радничка класа искористила да инкорпорира што више својих захтева, па је ту судбину поделила и слобода рада). Слобода рада је претходила појави радног односа; радног односа може да постоји без прокламације права на рад, али нема радног односа без слободе рада; слобода рада је иманентна радном односу, а право на рад није; слобода рада је једно „животно“ начело, а право на рад декларативно, и тд. Слобода рада се и у међународним актима универзалног и регионалног карактера издваја као самосталан принцип. Штитећи је конвенцијама којом се забрањују сви облици принудног рада, слобода рада се уздиже на пиједестал самосталности.¹⁸ Поменути дивергентна схватања се могу наћи често, и код истих теоретичара у различитим декадама развоја.

Идеја, рад у условима слободе, у функцији је пристојног рада, што наглашава чињеницу да рад/посао треба да буде слободно изабран – без притиска на појединца – и да одређени облици рада нису допустиви у XXI веку. Нарочито, ово значи да принудни рад, дужничко ропство, и најгори облици дечјег рада требају бити искорењени у складу са усвојеним међународним Конвенцијама.¹⁹ Претпоставља и релативно висок степен законом обезбеђене заштите радника, од свих облика експлоатације, која данас поприма све више „мутиране“ облике.

Слобода рада је у идејном смислу пробила оквир концепта којим се изједначава са слободним одлучивањем о заснивањем радног односа. Данас је то право неспорно. Суштина слободе рада је услед

¹⁷ Слободу рада као саставни елемент права на рад дефинишу: проф. А. Балтић, *Основи радног права Југославије, Савремена администрација, Београд, 1981, стр.139-148.*; проф. Р. Пешић, *Радно право, Научна књига, Београд, 1966, стр.117.* Од савременијих радноправних теоретичара издваја се: проф. В. Брајић, *Радно право, Савремена администрација, Београд, 1991, стр. 111-118;* проф. П. Јовановић, *Радно право, Службени гласник, Београд, 2000, стр. 117.*

¹⁸ Ово схватање заступа и проф. Д. Р. Паравина. О томе више: *Радно право, Службени гласник, Београд, 1998, стр. 14.*

¹⁹ R. Anker, I. Chernyshev, Ph. Egger, F. Mehran and J. A. Ritter, *Mesuring decent work with statistical indicators, International Labour Review, Geneva, Vol. 142, No. 2, 2003, стр. 151.*

друштвено~економског, политичког, културног и цивилизацијског напретка проширена. Наиме, она значи и да су радници слободни да приступају радничким организацијама, и слободни од дискриминације, да слободно учествују у регулисању свог рада и управљању својим радом. То се манифестује кроз (учешће) партиципацију у управљању, кроз закључивање колективних уговора, и тд.

Право је умеће доброг и правичног (*ars boni et aequi*) у мери у којој правне норме гарантују и обезбеђују слободу рада. Увећање слободе ја у свакаком погледу, пожељан, али и тешко достижан циљ за сваку државу која стреми владавини права. Тада, достизањем овако амбициозног циља, можемо рећи, да је право постало и умеће слободе (*ars libertatis*). То је примарни услов/претпоставка како би сваки човек уживао благодети пристојног рада. Јер, „сваком човеку је последњи и највиши циљ да што више и складније развије своје снаге у њиховој личној особини, а услови којима ће то постићи јесу: слобода рада и разноликост положаја“ (*Вилхелм Хумболт*).²⁰

²⁰ Ц. С. Мил, О слободи, нав. дело, стр.17.

Slobodanka Peric, LL.M
Assistant

FREEDOM AT WORK

Summary

Freedom to work is a basic, universal principle of contemporary labor law. Work in conditions of freedom underscores the fact that work should be freely chosen – i.e. not forced on individuals – and that certain forms of work are not acceptable in the twenty-first century. Specifically, this means that bonded labour, slave labour and the worst forms of child labour should be eliminated in accordance with applicable international Conventions. It also means that workers should be free to join workers' organizations and from discrimination.

Key words: freedom, freedom of man, freedom to work.



**Мр Бојан Бојанић*

О ЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ И ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ

* Мр Бојан Бојанић, асистент на Правном факултету Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици

Мр Бојан Бојанић, асистент

Апстракт:

Када је у питању вертикална организација државне власти она може бити уређена на принципу централизације или децентрализације. За разлику од централизације која подразумева хијерархијски однос између централних и нецентралних органа, децентрализација се огледа у самосталности нецентралних органа у оквиру свог делокруга надлежности.

Кључне речи: централизација, децентрализација, концентрација, деконцентрација, статичка и динамичка децентрализација.

Мр Бојан Бојанић

О ЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ И ДЕЦЕНТРАЛИЗАЦИЈИ

Унитарна, регионална и федерална држава представљају три облика државног уређења која се разликују, у основи, у степену децентрализације. Наиме, федерална (сложена) држава се карактерише изразито великим степеном децентрализације. Унитарна држава, пак, може бити мање или више централизована, односно децентрализована. Регионална држава, као *tertium genus*, по степену децентрализације, као и својим осталим особинама, налази се између два класична облика државног уређења. Има и правних писаца међу којима је и доајен наше правне науке, Радомир Лукић, који федерацију сматрају унитарном државом, која се од обичне унитарне државе разликује високим ступњем децентрализације.¹ Ако би прихватили овакво гледиште, иста констатација би важила и за регионалну државу, с тим да је разлика у односу на унитарну мање изражена.

У овом раду ћемо, када говоримо о централизацији и децентрализацији, првенствено имати у виду унитарну државу и федералне јединице које се, такође, могу (по)сматрати као унитарне државе.

1. Државна власт је централизована уколико се укупна државна активност врши са једног места, из једног центра, и то тако да је врши један или више органа који имају централни карактер. Овакав облик централизације власти назива се концентрација. Имајући у виду карактер данашњих држава, при чему мислимо на њихову величину и разноврсност активности које врше, о доследној примени овог начела не може бити ни говора. У савременим условима је далеко прихватљивији и применљивији облик такозване „непотпуне или релативне“ централизације.² У систему релативне централизације имамо мрежу централних и нецентралних органа за вршење државне власти. Карактеристика нецентралних органа је то да су они „везани“ у вршењу послова. Они су потпуно подређени

¹ Радомир Д. Лукић, *Теорија државе и права, I. Теорија државе*, Сабрана дела, Том 2, Завод за уџбенике и наставна средства и БИГЗ, Београд 1995, 357.

² Павле Николић, *Уставно право*, НИУ“Службени лист СРЈ“, Београд 1993, 440.

централним органима, што значи да њихове одлуке подлежу оцени не само законитости, већ и целосходности. Ови нецентрални органи називају се централизованим или подручним органима.³ То значи, да нецентрални органи и поред тога што имају свој делокруг надлежности, немају самосталност у њеном вршењу. Дакле, сваки акт, свака одлука коју они донесу може бити измењена или укинута од стране централних органа. Однос између централних и централизованих органа је однос пуне потчињености или хијерархијски однос.⁴ То је, у ствари, деконцентрација државне власти. Она представља прелаз од централизације ка децентрализацији.⁵ Или, како то запажа Михаило Илић, деконцентрација, приближавајући власт народу, може представљати припремну фазу за шире спровођење децентрализације.⁶ Но, и деконцентрација која не води децентрализацији, по схватању овог аутора, има смисла. Њоме се сужавају надлежности централних у корист деташираних органа.

Деконцентрација је нужност тамо где нема децентрализације. Вршење власти које се обавља преко дислоцираних, деташираних органа је знатно ефикасније и једноставније, ближе је самом појму демократије, без обзира на чињеницу да су ови лишени било какве самосталности у раду. Њоме се смањује централизам, али се не мења централистички карактер државе.⁷ Но ни деконцентрација управо из тих разлога нема било каквих додирних тачака са децентрализацијом.

2. Децентрализација се, пак, огледа у самосталности нецентралних органа у оквиру свог делокруга надлежности. Што значи да они обављају одређене државне послове без мешања централних органа. Или да будемо још прецизнији, она је ограничена на право контроле законитости аката које доноси од стране централних органа. Овим се исцрпљује њихово право надзора над локалним органима, јер су лишени могућности да се упуштају у оцену целисходности њиховог рада. Овде је искључена арбитрерност која постоји у систему централизма. Такав положај децентрализованих органа произилази из чињенице да је он уређен законом, а веома често је и предмет уставне материје. Тако су они дужни да се у свом раду држе закона и устава, а не да удовољавају централној власти, да буду пуки извршиоци њених жеља. Уколико су, пак, донети

³ Драган М. Стојановић, *Уставно право* II, Ниш 2007, 405.

⁴ Радомир Д. Лукић, 359.

⁵ Слободан Јовановић, *О држави, основи једне правне теорије*, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд 1990, 402.

⁶ Александар А. Миљковић, *Схватање професора Михаила Илића о деконцентрацији и децентрализацији власти и федерализму*, Саопштење са научног скупа „Правна и политичка мисао Михаила Илића“ одржаног у Београду 1994, 274.

⁷ Владан Михајловић, *Уставно право*, Краљево 2009, 479.

акти у супротности са законом, централна их власт може једино укинути, али их не може мењати, нити давати упутства какав акт треба донети уместо оног који је поништен. Централни орган може децентрализованом издавати наређења само путем закона.⁸

Децентрализација се препознаје по томе што се послови који се издвајају из надлежности централних органа преносе на нецентралне органе, који за разлику од система деконцентрације нису дислоцирани органи централне власти, већ су они изабрани од стране грађана, односно територијалне јединице. То су органи локалног карактера, дакле органи самоуправе, а не државне управе.

Лазо М. Костић сматра да је нужна претпоставка децентралистичког уређења држава приличног, чак и великог територијалног опсега.⁹ За деконцентрацију је потребно, сматра он, да постоје посебни и повећи одломци државне територије, који ће преко својих нарочитих представника носити делове првобитне државне власти. Дакле, само постојање малих територијалних целина, какве су општине, не сматра критеријумом за постојање децентрализације.¹⁰ Јер сасвим је логично да само ако су веће и моћније, оне располажу капацитетима за вршење значајнијих функција и обима власти, те њихова самосталност једино тада може доћи до изражаја и дати праве ефекте, какве подразумева децентрализација. Исти аутор даље закључује, да се у једном сви писци слажу, а то је да су федерација, аутономија и самоуправа три ступња, три степена децентрализације.¹¹ При том, федерализам је највиши, а самоуправа њен најнижи степен. По њему могућа је вишестепена децентрализација државе. Могућа је и хијерархијска скала децентрализације. Објашњава је на примеру СССР-а - једна чланица овог савеза је федерална држава (Русија), која у свом саставу има многе аутономне области. Тако и друге њене федералне јединице имају аутономне области, а оне самоуправне јединице.¹²

3. Када говоримо о децентрализацији увек треба имати на уму да она може да буде спроведена (извршена) у веома различитим облицима. Према степену децентрализације издвајају се два: први, такозвани систем дуплог колосека, постоји онда када децентрелизовани органи све послове врше као такви. За централизоване послове, држава формира мрежу

⁸ Радомир Д. Лукић, 359.

⁹ Лазо М. Костић, *Федерализам, аутономија, самоуправа*, Штампарииа Љубомира Богдановића, Нови Сад 1940, 1- 2.

¹⁰ Исто, 2.

¹¹ Исто, 5.

¹² Исто, 5.

дислоцираних органа.¹³ Тако имамо у исто време две врсте нецентралних органа, једни су централизовани, а други децентрализовани. За разлику од овог, познатог и као француски систем, у енглеском систему или систему једног колосека постоје само децентрализовани органи, односно нецентрални орган је делимично централизован, а делимично децентрализован.¹⁴ Он дакле, има две врсте надлежности. Први чине послови карактеристични за ову врсту органа – то је њихова сопствена надлежност¹⁵, а другу чини државна надлежност тј. послови који су на њега само пренети.

У зависности од врсте послова које се „преваљују“, може се говорити о децентрализацији законодавства, управе или судства.¹⁶ Децентрализација може бити територијална и нетериторијална. Најважнија је територијална децентрализација која подразумева преношење надлежности на органе територијалних заједница какве су општине, срезови, окрузи, парохије, региони, аутономне области итд.

Нетериторијална децентрализација има два појавна облика. Један је персонална, односно лична, која постоји када се једној заједници на основу личних својстава, а то могу бити етничко, конфесионално или професионално припадштво, признаје право да одређене државне послове, обављају самостално преко својих органа. Реална или функционална децентрализација постоји када се децентрализује вршење одређених послова – оно се поверава јавним предузећима или другим децентрализованим службама. То може бити: поштанска служба, железница, путеви, послови социјалног осигурања, културна или здравствена делатност итд.

4. За разлику од традиционалне теорије државе, Келзен нам пружа нешто другачији поглед на питање централизације и децентрализације. У пројектовању природе (де)централизације, он се користи, како квантитативним критеријумима одређења степена „потпуне“ или „делимичне“ (де)централизације, тако и квалитативним мерилима „савршене“ или „несавршене“ (де)централизације.¹⁷ Он износи једну веома изнијансирану лествицу децентрализације. На једном њеном полу имамо децентрализацију нултог степена, односно потпуну централизацију – све норме важе за целу територију. На другом полу лествице је

¹³ Радомир Д. Лукић, 360.

¹⁴ Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, Милован Д. Митровић, *Увод у прав*, Београд 2000, 308.

¹⁵ Исто, 360.

¹⁶ Исто.

¹⁷ Јован Комшић, *Теорије о политичким системима*, Институт друштвених наука, Београд, 2000, 450.

централизација нултог карактера, односно потпуна децентрализација – све норме важе једино за територијалне јединице.¹⁸ Минимум испод кога се централизација не може спустити и максимум који децентрализација не може прећи, а да не дође до раскидања правне заједнице, јесте постојање макар једне централне норме које ће важити за целу територију. Квантитавно степен централизације и децентрализације зависи, на првом месту, од броја ступњева у хијерархији правног поретка на који се простире централизација или децентрализација. На другом месту, од броја и значаја предмета регулисаних централним или локалним нормама - каже овај аутор. Тако је могуће да буде централан само устав, а законодавство, администрација и судство децентрализовани у погледу на сва подручја. Осим тога, могуће је да законодавство и извршење закона буду само делимично централизовани или децентрализовани. Такође, дешава се да уставни и законодавни ступањ буду у потпуности централизовани, док извршни ступањ може бити делимично или потпуно децентрализован.

Све ово што смо до сада изложили Келзен подразумева под статичким појмом децентрализације и централизације. Оно по чему се он суштински разликује од класичне теорије јесте једно ново поимање, један нови аспект овог проблема, који он назива динамичким појмом централизације и децентрализације, а потпуно се разликује од статичког појма тако да територијално подручје важења норми престаје да буде једино битно.

Сада треба дати одговор на следеће питање: да ли централне и локалне норме стварају и извршавају један исти орган или неколико органа и како су сами ти органи створени?

Ако постоји мноштво органа, а сваки се налази на подручју на коме се простире његова надлежност и сваки од њих доноси норму за своје подручје, тада се ради о статичкој и динамичкој децентрализацији у исто време. Уколико више различитих органа доноси централне норму, онда имамо децентрализацију само у динамичком, а не и у статичком смислу. Пример статичке децентрализације и динамичке централизације имамо када монарх доноси разне законе из исте материје за различите територијалне јединице.

За динамички појам централизације и децентрализације, важан је не само број органа који стварају норму, већ такође и начин њиховог уређења. Разлика између централизације и децентрализације именована, односно избора, најјасније је изражена у наследној монархији, с једне и изабраном председнику републике са друге стране.

¹⁸ Ханс Келзен, *Опита терија права и државе*, Архив за правне и друштвене науке, Београд 1951, 292.

Уводећи појам динамичке централизације и децентрализације, Келзен покушава да проникне у суштину односа између та два облика уређења и облика владавине, демократије и аутократије.¹⁹ Динамичко разликовање између два облика уређења отвара могућност виђење демократије као децентрализованог метода стварања норми. Наиме, у демократском облику владавине, нормативну активност врши више органа од којих се већина не налази у центру, већ су распоређени по целој територији односног правног поретка. Насупрот томе, у аутократији имамо једно лице које ствара правни поредак и разликује се мноштва лица подређених поретку.²⁰

Ако, пак, централизацију и децентрализацију посматрамо као статичке појмове, онда је тешко наћи непосредну везу између облика уређења и облика владавине. Аутократија не значи централизам, као што се ни демократија не може поистоветити са децентрализованим поретком. Аутократија и демократија су подједнако могући са територијалним подпорцима државе као и без ње. Ипак, постоји посредна веза између аутократије и демократије, с једне и централизације и децентрализације, са друге стране. Аутократија има унутрашњу тенденцију ка централизацији у статичком смислу док демократија тежи ка децентрализацији. Но, не може се рећи да једно од ова два начела која се примењују у организацији власти добро (боље) или лоше (горе). Ни децентрализација није без мана, као што и централизација има своје предности.²¹

Видели смо да државна у унитарним државама, као и на нивоу федералних јединица може бити организована на принципу централизације или децентрализације. Као предност система централизације наводи се да је он прост, да није скуп и да значи јаку усредсређену управну власт. Он омогућује да се власт врши са ширим погледима и јачим осећањем великих државних интереса. Насупрот њему, систем децентрализације има више гибкости, власт се лакше прилагођава локалним потребама, а и код грађана се одржава стално интересовање за јавне послове (Слободан Јовановић).

У систему децентрализације постоји мрежа нецентралних органа који имају изванредан степен самосталности у раду. То је последица чињенице да се ради о органима који су изабрани од стране грађана, па

¹⁹ Исто, 296.

²⁰ Јован Комшић, 451.

²¹ Владан Михајловић, 477.

самим тим, они нису органи управе, већ самоуправе. Ово доприноси демократском карактеру система децентрализације и управо је то његов највећи квалитет. Ово, ипак, не значи да се централизација може *a priori* одбацити као лош принцип организације власти.

Bojan Bojanic, LL.M
Assistant

ABOUT CENTRALIZATION AND DECENTRALIZATION

Summary

Vertical organization of state power may be based on the principle of centralization or decentralization. Absolute centralization (concentration) of power is one of the possible forms of centralization, and it is only a theoretical possibility. Centralization in now, generally, realized in a milder form, in the form of dispersion of power.

As opposed to centralization, which implies a hierarchical relationship between central and non-central authorities, decentralization is reflected in the independence of non-central authorities by its scope of responsibilities.

The advantages of centralisation is that it is simple, not expensive and that means a strong focus of the administrative authority. In contrast, the system of decentralization has more flexibility, power is easily adjusted to local needs, and the citizens hold constant interest in public affairs.

КАТЕДРА ЗА ПРАВНО ЕКОНОМСКЕ НАУКЕ



Др Зоран Исаиловић

БУЏЕТ У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА

Апстракт:

Иако и данасу савременим државама постоји више инструмената финансирања, као што су: буџет, фондови, финансијски програми, финансијски планови и посебни рачуни, ипак, несумњиво и даље централно место, у оквиру наведених инструмената заузима буџет. Због своје улоге у савременим државама он је изузетно комплексан инструмент, који у себи садржи више различитих елемената: финансијских, економских, политичких, правних и социјалних. Разлог овоме је обогаћивање улоге државе које она остварује путем јавних расхода и јавних прихода. У овом раду аутор је изложио битне карактеристике и начела наведеног инструмента финансирања заступљене у савременој теорији и пракси.

Кључне речи: буџетска права; карактеристике буџета; начела буџета; промене буџета.

Проф. др Зоран Исаиловић

БУДЖЕТ У САВРЕМЕНИМ УСЛОВИМА

I Општа разматрања

Термин буџет је Енглеског порекла, а настао је од латинске речи булга, што значи кожна торба, која се доцније трансформисала у старофранцуску реч *Bugette* са значењем мале торбе, да би као таква прешла у В. Британији и модификовала се у реч буџет. Према *Encyclopedia Britanica*, за британског министра финансија говорило се, када је подносио свој годишњи предлог прихода и расхода државе парламенту, да отвара свој "буџет", тј. торбу са овим предлогом и његовим рачунима.¹

Буџет је општи инструмент финансирања потреба територијално - политичких заједница. Њиме се утврђују средства која ће држава прикупити као своје приходе и та средства распоређују. Демаркациона линија класичног и модерног буџета јесте други светски рат. Разликовање између њих можемо повезати са њиховом садржином. Наиме, функција класичног буџета је била у томе дасу се путем њега задовољавале елементарне функције државе. С друге стране, код савременог буџета са растом јавних расхода после другог светског рата буџет постаје снажан инструмент макрекономске стабилизационе политике. Дакле, свремени буџет активно утиче на привредна збивања и добија развојну функцију. Оваква промена буџетске политике у теорији се објашњава ширењем функција државе која поред алокативне и редистрибутивне добија и економску функцију.² Стварање услова за изложене процесе настају са појавом Велике економске кризе када се у буџет до тада чисто административни, значајно инкорпорирају економски елементи. Економске функције се изражавају кроз антицикличну оријентацију буџета. Наиме, тада су значајна средства планирају буџетом за тзв. велике јавне радове, који су омогућавали инвестиције и запошљавање. На тај начин се деловало против депресије у привреди.

¹ Александар Перић, Финансијска теорија и политика, "Савремена администрација" и Институт за економска истраживања, Београд, 1974, четврто издање, стр. 438.

² Видети: James M. Buchanan, Richard A. Musgrave, *Public Finance and Public Choice: two contrasting visions of the State*, The MIT Press, 2000, str. 63.

Према томе, нови тип буџета карактерише његова економска физиономија, његова тесна веза са привредном политиком државе. Поред монетарне политике, која се употребљава као инструмент антиинфлационе политике, у савременим државама је у истој функцији и фискална политика, у контексту ове и буџетска политика. С правом се од савременог буџета тражи да утиче на стабилност привреде и друштва. Зато буџет мора бити селективан и рестриктиван на расходној страни. У том смеру се данас води активна буџетска политика ради одржавања стабилности цена и стабилности валутног курса. Полази се од тога да постојање превеликог буџетског дефицита може изазвати претерану потрошњу која изазива убрзање инфлације.

Финансијски карактер буџета се изражава тиме што се у њему бројчано исказују приходи по изворима, врстама, облицима и подоблицима, а расходи по носиоцима, корисницима и наменама. На тај начин буџет омогућује финансирање државних потреба, кроз прикупљање, распоређивање и трошење средстава. Бројчано се приходи и расходи у буџету избалансирају, односно утврђују поштујући начело равнотеже.

Изузетно значајна је политичка природа буџета. Наиме, буџет доноси представничко тело (парламент, скупштина), те има могућност да том приликом оцењује рад извршне власти, владе, и да тај рад контролише. То омогућује парламенту да води одлучујућу реч у вођењу економске и социјалне политике државе.

Значајном прерасподелом средстава од богатијих ка сиромашним слојевима буџет исказује и своју социјалну природу. Полазећи од начела плаћања пореза према економској снази држава предвиђа да захвата више од имућних него од сиромашних. С друге стране, путем расхода вршећи улогу филтра, буџет може да утиче на нову расподелу дохотка у друштву, која се разликује од расподеле извршене деловањем тржишних закона.

По правилу буџет се доноси у форми правног акта, закона или одлуке. То није случајно. Организовано трошење финансијских средстава кроз буџет је у савременим условима немогуће без прецизне правне регулативе. Финансијско право у буџету гледа скуп норми које регулишу систематизоване односе органа чији је задатак да предвиђају, остварују и користе заједничка средства.³С тим у вези, говори се о тзв., буџетским правима. Под буџетским правима подразумевамо овлашћења која имају

³Јован Ловчевић, Институције јавних финансија, III књига. *Буџет у теорији и систему*, стр. 7.

надлежна тела (представнички и други државни органи) у погледу припремања (израде), доношења, извршења и контроле извршења буџета.

У теорији постоји уже и шире схватање појма буџетских права. По ужем гледишту буџетска права имају само представнички органи који доносе буџет. По другом гледишту појам буџетских права је шири, тако да буџетска права обухватају не само овлашћења представничких органа већ и појединачна овлашћења органа државне управе у припремању, извршењу и контроли извршења буџета. У контексту овлашћења појављују се и дужности надлежних органа приликом припремања, извршења и контроле извршења буџета.

Посебна пажња се у теорији придаје буџетским правима које има представничко тело (парламент). Природно је да се сувереност народа (његова воља) изражава преко представничког тела (парламента) које доноси буџет. Са гледишта уставног права у буџету је садржан највиши израз суверености народа који једино располаже моћи да одлучује о друштвеним приходима и њиховој употреби; без његове сагласности дате у буџетском инструменту нити се смеју прикупљати приходи нити вршити расходи (постоје одступања).⁴

Парламент (скупштина) остварује буџетска права тако што одлучује о буџетским приходима, буџетским расходима и врши контролу извршења буџета. Код буџетских прихода парламент утврђује укупан износ прихода који ће се наплатити у току трајања буџетске године. Поред тога, парламент одређује и изворе и врсте прихода помоћу којих ће се наплатити утврђени укупни износи. На страни расхода парламент утврђује појединачне друштвене потребе које ће се финансирати из буџета и висину буџетских средстава која се могу трошити за сваку поједину потребу. Контролу извршења буџета парламент (скупштина) врши тако што разматра рад органа који извршавају буџет и који наплаћују приходе и троше буџетска средства. У неким земљама (Словенија, Хрватска, Словачка), постоји обавеза владе да парламенту подноси полугодишње извештаје о извршењу буџета. Поред тога, у Србији на пример, парламент има право да од владе затражи да му достави информације о извршењу буџета када нађе за сходно у току године. Најзад, парламент има прилике да контролише буџет када разматра и доноси завршни рачун буџета.

Најчешћа парламентарна пракса говори да не постоје специјална радна тела (одбори или пододбори) са надлежношћу надзора буџета. Ти послови су поверени буџетском одбору, као матичном радном телу. Међутим, има држава које су ојачале парламентарну надлежност надзора

⁴ Јован Ловчевић, Институције јавних финансија, III књига. *Буџет у теорији и систему*, оп. цит. стр. 15.

буџета формирањем посебног радног тела. Тако, у Словенији темељну контролу над извршењем државног буџета спроводи Одбор за контролу јавних финансија, подносећи извештај националном парламенту о спроведеном надзору са предлогом неопходних мера. Или, у Француској – Одбор за ревизију, чији је основни задатак надзор над управљањем владиним финансијама и њихова усклађеност са буџетом.⁵

Парламент у поступку доношења буџета има у начелу сва овлашћења као и код других закона, јер је буџет и сам закон, иако истина посебне врсте. Управо та посебност се темељи на одређеним специфичностима које се односе на обим и правну садржину парламентарног овлашћења доношења буџета. Она се, пре свега, огледа у немогућности доношења буџета, уколико га не предложи влада. Постоје два типична овлашћења парламента у доношењу буџета: 1) овлашћење да прихвати или одбије предлог буџета који је поднела влада, и 2) овлашћење да измени и допуни предлог буџета.⁶

У теорији је спорна правна природа акта којим се доноси буџет. Разлог томе је то што се буџет разликује од уобичајнијих аката које доноси представничко тело: закона, резолуција, препорука итд. Јер, у поређењу са другим законима, буџет исказује низ специфичности. Наиме, правила буџета трају углавном годину дана, и нису општа, безлична, и не важе за све итд. Није онда случајно што постоје мишљења да буџет није закон већ административни акт, да је закон само у формалном смислу али не и у материјалном. Има чак мишљења и да је буџет правни посао итд.

Међутим, егзистирају и схватања да је буџет закон и у формалном и у материјалном смислу. Група теоретичара која је мишљења да је буџет закон и у формалном и у материјалном смислу полази од следећег: буџет доноси представничко тело (парламент) а не неки административни орган, и садржи редовно обавезне норме за државне органе у погледу његовог извршења. Те се норме односе на наплату прихода и трошење средстава (извршење расхода). Органи који наплаћују приходе могу само наплаћивати оне врсте прихода које су у буџету утврђене (фискални легалитет) иако нису ограничени у погледу висине тих прихода које наплаћују. С друге стране, државни органи могу употребљавати буџетска средства само за оне потребе за које су она предвиђена (легалитет расхода).⁷ Код расхода органи који троше средства су ограничени и

⁵ Срђа Божовић, Буџетска овлашћења парламента, „Правни живот“, бр. 12, Београд, 2012, стр. 930.

⁶ Видети детаљније: Срђа Божовић, оп. цит., стр. 929.

⁷ Миодраг Матејић, Јавне финансије, Завод за образовање административних кадрова СР Србије, Београд, 1975, стр. 349.

висином одобрених средстава. Због изложеног, постоје схватања да је буџет закон и у формалном и у материјалном смислу.

Од изложеног, постоје и другачија мишљења. Наиме, приходи буџета се не установљавају актом којим се доноси буџет, исто тако тим актом се не врше ни расходи. Та питања су регулисана посебним законима и другим прописима. Усвајањем буџета се само активирају ти прописи о наплати прихода и вршењу расхода. У том контексту могло би се рећи да је буџет надређен прописима о приходима и расходима. Ипак, буџет је плански акт, те је као и свако планирање подложен одређеном субјективизму, па се реализација буџета не мора поклапати са планом утврђеним у њему. То су аргументи за тврдњу неких аутора да је буџет закон у формалном смислу, али не у материјалном, односно по садржини. Он би по форми био закон, али је по својој садржини административни акт *suu generis* јер га не доносе административни него законодавни органи.

Трећи, опет, сматрају да је буџет у одређеним елементима закон а у одређеним елементима план. План је што се тиче дела прихода, а закон у делу расхода. Мотив за овакво размишљање је, у томе што се у буџету приходи само планирају по врсти и висини, али те норме нису обавезне, оне су оријентационе односно упућујуће. Јер, државни органи и када наплате утврђени, односно планирани износ прихода могу и даље вршити наплату прихода. Код расхода, пак по правилу постоји обавеза овлашћених органа да се држе износа и врсте расхода како је то и утврђено у буџету.

Због значаја материје коју обухвата буџет данас је највећим делом прихваћено мишљење да је он закон у формалном смислу, па се због тога најчешће и доноси у форми закона, односно одлуке. Но, има земаља у којима се буџет не доноси у тој форми. У Шведској и Швајцарској се, на пример, доноси у форми закључка. Код нас се после Другог светског рата буџет некада доносио као закон о буџету а некад само као буџет за ту и ту годину. Садашњим прописима Републике Србије буџет се доноси у форми закона.

II Појам и карактеристике буџета

Постоје разлике у дефинисању буџета у зависности од приступа изучавања различитих аутора. Тако, се појављују дефиниције буџета код којих као доминантна компонента може бити правна, економска,

политичка, финансијска, административна или социјална.⁸ Према томе, приликом анализирања дефиниције бројних аутора, то треба имати у виду. Већ је било речи о правном дефинисању буџета, у даљем раду навешћу и неке друге дефиниција буџета које су се појављивале у историји јавних финансија. Тако, француски финансијски писац са краја XIX века Рене Стоурм буџет државе дефинише као акт који садржи претходно одобрење јавних прихода и расхода.⁹ По Милану Тодоровићу: "буџет је систематски и у цифрама изражени преглед државних прихода и расхода који обележава циљ и однос државних потреба и има да послужи као обавезни привредни план за државно газдинство у једном буџетском периоду."¹⁰ У теорији постоји и дефиниције буџета као „народно господарског плана“, „основног планског финансијског инструмента“, „централног финансијског плана државе“ итд. Gerhard Colm дефинише буџет као неку врсту "нервног центра који служи као кординатор одлука појединих политичких и представничких тела. У том смислу он се може упоредити са улогом тржишта у тржишној привреди".¹¹ По Glodsheidu буџет је „костур државе који је ослобођен сви варљивих идеологија“. Maurice Duverger истиче да је буџет годишњи финансијски програм који представља скуп државних расхода и прихода утврђених унапред, по правилу годишње, на детаљан начин, који има обавезан карактер.¹² Т. Тишма пише: "Буџет је документ, односно акт донет од највишег органа власти, у коме се за наредни одређени временски период предвиђају и систематски излажу приходи и расходи дотичног јавног - правног тела."¹³

По Ј. Ловчевићу буџет би представљао један рачунско - правни акт који од народног представништва добија сагласност и којим се предвиђају и претходно одобравају приходи и расходи друштвено - политичке заједнице ради остваривања колективних циљева у предстојећем периоду.¹⁴

И најзад, да покушамо и ми да дефинишемо буџет. С наше тачке гледишта буџет је рачунско - правни акт у коме се планирају приходи и

⁸ Видети: Марко Радичић и Божидар Раичевић, *Јавне финансије, теорија и пракса, Дата статус*, Београд, 2008, стр. 220.

⁹ Александар Перић, *Финансијска теорија и политика*, оп.цит., стр. 438.

¹⁰ Милан Тодоровић, *Наука о финансијама*, књига II, *Буџет*, 1933., издавачка књижарница Геце Кона, Београд, стр.11.

¹¹ G. Colm, *Housholtplanning, Staatsbudget, Finanzplan und Nationalbudget*, i *Handbsh dez Finanzwissenschaft*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1952, str. 519.

¹² M. Duverger, *Finances publiques*, Presses Univerzitaires de France, Paris, 1963, str. 199-200.

¹³ Тоша Тишма, *Јавне финансије*, „Информатор“, 1964, Загреб, стр. 260.

расходи територијално политичке заједнице за одређени временски период, по правилу годину дана, ради остваривања финансијских, економских, социјалних и других циљева.

Из праве лепезе дефиниција можемо извући заједничке карактеристике, буџета као инструмента за финансирање општедруштвених потреба.

1. Пре свега буџет је план. У њему се планирају приходи и расходи, за финансирање друштвених потреба у одређеном временском периоду..

2. Ради успостављања реда у финансијама приходи и расходи у буџету се дају прегледно - систематски рашчлањени.

3. И поред одређених промена насталих развојем буџета, у теорији преовладава схватање о потреби равнотеже прихода и расхода у буџету, што је услов здравог финансирања.

4. Кроз буџет влада изражава програм своје државне активности. Оријентација владе за идући период најрељефније се види кроз квантитативно и квалитативно утврђивање приходне и расходне стране. Зависно од тога на које структуре у друштву ће се влада највише ослонити приликом прикупљања прихода, видеће се који ће слојеви више бити оптерећени а који привилегисани. Исто тако, зависно од тога на шта ће се средства употребити, показаће се стварне намере владе за наредни период.

Какав ће бити избор врсте прихода, односно распоред терета, и на шта ће се конкретно трошити средства зависи од оцене коју ће парламент дати о унутрашњој и спољној ситуацији у земљи. Та оцена зависи, нормално, од односа политичких снага у парламенту, те је за коначно усвајање буџета ипак најзначајнији политички критериј. Није онда чудно што је утврђивање и усвајање буџета једно од најважнијих и често драматичних питања која се појављују у парламентима савремених држава.

5. Због значаја за територијално - политичку заједницу буџет се најчешће доноси у форми закона или другог акта са највишом правном снагом који може донети нека територијално - политичка заједница. Примера ради, код нас се одлуком скупштине аутономне покрајине односно одлукама градске и општинске скупштине доносе њихови буџети.

¹⁴Јован Ловчевић, Институције јавних финансија, III књига, *Буџет у теорији и систему*, оп. цит. стр. 8.

III Буџетска начела

У пракси и законодавству, буџет да би одговорио својој намени саставља се и извршава применом одређених правила. Та правила, названа начела или принципи, су зависно од историјских, економских, социјалних, политичких и других разлога трпела одређене измене, док су нека чак и нестајала а протеком времена се опет појављивала и добијала у значају. С тим у вези, у теорији фигурирају класична и савремена начела.¹⁵ Правно гледано ова начела су прописана у више аката. Најзаступљенија су у закону о буџетском систему (понекад и у уставима).

Према томе, буџетска начела не треба схватити као статичну категорију. У савременим околностима, класична буџетска начела се у знатној мери адаптирају новим, промењеним, условима. Тако се при компаративном разматрању буџетских начела у класичној и савременој теорији могу уочити знатне разлике, које су резултат управо овог процеса адаптације.¹⁶

Буџетска начела имају за циљ да обезбеде оптимално задовољење потреба у зависности од националног дохотка и друштвеног производа. Такође, њихов је задатак да буџет учине рационалним, прегледним и ефецијентним.¹⁷

У овом раду изложићу најпознатија класична и савремена начела буџета која је утврдила и прихватила теорија и пракса.

A. Класична начела

1 Начело потпуности (универзалности) буџета

Услов за остваривање начела потпуности (универзалности, општости) је да сви приходи и расходи државе буду исказани у буџету. На тај начин држава је у могућности да преко представничког тела има увид у сва средства и онемогући формирање тајних средстава. Постоје два метода исказивања прихода и расхода у буџету. То су метод бруто исказивања и метод нето исказивања прихода и расхода.

Начело потпуности ће се остварити ако се приходи и расходи државе буду исказали у буџету пре свега у бруто износу. Бруто буџет

¹⁵ У теорији буџета класична буџетска начела се деле на статичка и динамичка. У статичка начела би могли сврстати: начело потпуности (универзалности), начело јединства и начело прегледности (јасноће - специјализације). С друге стране, динамичким буџетским начелима припадају: начело реалности, начело равнотеже, начело јавности, начело претходног одобрења и начело једногодишњости.

¹⁶ Дражена Томљановић, Финансије, "Свјетлост", Сарајево, 1976, стр. 144.

¹⁷ Јован Ловчевић, Институције јавних финансија, оп. цит. стр. 223.

имамо онда кад се приходи исказују у укупном износу без одбијања расхода који су неопходни за наплату тих прихода. На расходној страни бруто начин исказивања постоји ако се расходи исказују у пуном износу без пребијања са приходима који су настали вршењем тих расхода.

О нето буџету говоримо у случају када се приходи у њему исказују у нето износу, односно ако се пребију са расходима који су неопходни да би се ти приходи прибавили. Код расхода начин нето исказивања постоји ако се ови пребијају са приходима који настају употребом тих расхода.

Метод бруто исказивања и метод нето исказивања имају својих добрих и лоших страна. Нето буџет има ту добру особину што је цифарски мањи, па је због тога прегледнији. Међутим, то је истовремено нереалан буџет. Применом нето буџета парламенту се онемогућује да одлучује о једном делу прихода и расхода. То омогућује органима који извршавају буџет да троше средства нерационално, јер нису под контролом представничког тела.

Бруто буџет је цифарно гломазнији те стога и непрегледнији, његова дефектност се посебно огледа у томе што се сваке године морају утврђивати и најситнији износи, што отежава рад државних органа. Ипак, само бруто буџет је реалан буџет. Његовом применом држава може преко парламента правилно да одмери висину државних расхода и прихода. Применом бруто начела могу се правилно оценити државни расходи по њиховој важности, одобрити државни приходи по њиховој издашности и постићи стварна уравнотеженост између једне и друге стране буџета.¹⁸

Изложени разлози су условили да се данас у савременом свету углавном примењује метод бруто исказивања прихода и расхода у буџету. Ипак, буџетски системи појединих земаља омогућавају да се учине изузеци. Они нису тако чести, а састоје се у томе да се законом или другим актом уступе органу управе одређена средства ради тога да их он без распоређивања у буџету користи за подмирење неких својих потреба.¹⁹

Примена бруто метода подразумева потребу да сви приходи улазе у буџет, па да се из те централне касе узимају средства за све утврђене потребе. Из наведеног произилази и правило недозвољавања везивања одређених прихода за подмиривање одређених расхода. Поштује се начело "јединства фонда новчаних средстава", односно начело неафектације прихода. У пракси и од овог правила постоје изузеци.

¹⁸ Оп. цит. стр. 25.

¹⁹ Миодраг Матејић, Јавне финансије, оп. цит. стр. 360.

2. Начело јединства буџета

Потреба да се сви приходи и расходи унесу у буџет и на тај начин омогући парламенту да има контролу над укупним јавним средствима, отвара дилему како ће се они објавити: у једном рачунском акту или у више њих. Дакле, могућа је примен концепта буџетског јединства или примена буџетског плурализма. Савремена наука сматра да држава може водити здраву финансијску политику и са постојањем више инструмената финансирања. Наиме, није потребно да постоји формално буџетско јединство. Довољно је да сви приходи државе и сви њени расходи, иако су презентирани кроз више инструмената финансирања, чине једну недељиву целину. Овакво буџетско јединство у теорији се назива материјалним буџетским јединством.

Према напред изложеном, само би оно финансирање које би се вршило на основу посебних аката и инструмената, у које би се издвојили поједини државни приходи и из тако одвојених прихода финансирале неке државне потребе, довело би до непоштовања начела буџетског јединства. Такво финансирање могло би довести до поремећаја и неуједначености у задовољавању потреба. Поред тога спречавала би се ефикасна финансијска контрола.²⁰

Дакле ако сви приходи не чине једну недељиву целину и ако се тим приходима не покривају сви расходи, тако да постоје и инструменти финансирања у држави који имају своје самосталне приходе и расходе, онда се сусрећемо с егзистирањем буџетског плурализма. И плуралитет (постојање више буџета) такође омогућује начело потпуности, али се сматра да јединство буџета даје потпунији преглед и бољу контролу.²¹

У теорији јавних финансија заступљено је мишљење да јединствени буџет исказује бројне позитивне особине: омогућава се оптимална прегледност и једноставност буџета; равномерно се задовољавају потребе; одржава се равнотежа буџета; омогућава се ефикасна контрола његовог извршења (административна и скупштинска), и олакшано је састављање и извршење таквог буџета. Бивше источно европске државе које су покушавале да изграде тзв., реални социјализам су строго поштовале начело буџетског јединства. Другим речима, буџет је у овим земљама био јединствени фонд новчаних средстава у којем су се прикупљали сви приходи и распоређивали и финансирали сви расходи. То је трајало до слома социјалистичких система ових држава крајем 80 - их година прошлог века.

²⁰ Видети: Миодраг Матејић, *Јавне финансије*, оп. цит., стр. 356.

²¹ Видети: Тоша Тишма, *Јавне финансије*, оп. цит., стр. 270.

Постоје и теорије државама са развијеном тржишном привредомкоје сматрају да један буџет није функционалан за остваривање бројних функција државе. У контексту изложеног, већ тридесетих година Данска и Шведска уводе два буџета редовни и инвестициони буџет. Да је буџетско јединство непотребно у теорији запада се образлаже разним политичким и привредним узроцима. Због тога у пракси савремених држава сусрећемо значајна одступања од примене начела буџетског јединства и испољавају се кроз постојање ванредних, анекских, аутономних и других буџета поред редовног.²²

3. Начело реалности буџета

Свако планирање, те и буџетско, је субјективно процењивање, и добија у свом значају под условом да поштује начело реалности (тачности, стварности). Код буџета се проверавање реалности врши путем праћења његовог извршења добром организованом евиденцијом, а коначно кроз завршни рачун.²³ Доношењем нереалног буџета стварају се велики проблеми у државним финансијама. Долази до неравнотеже између прихода и расхода, што као последицу може имати озбиљне поремећаје у финансирању друштвених потреба. Такође, нереални буџет отежава буџетску контролу парламента, а може доћи и до нерационалног трошења буџетских средстава.

Постоје бројни разлози који условљавају да буџет буде нереално планиран. Као најважнији то су: нестабилни привредни токови; намерно тзв. "фризирање" буџета; непостојање добро организоване финансијске евиденције и статистике;сувише дуги временски период за који се планирају приходи и расходи;непостојање искусне и стручне администрације која ради на изради буџета, и њена слаба материјално - техничка опремљеност; примененеадекватног метода буџетског планирања; неспецифицираност или неадекватна специфицираност буџета итд.

У савременим државама да би се остварило начело реалности приликом планирања јавних прихода и јавних расхода примењују се савремени математичко-статистички методи познати као методи комплексног буџетског планирања. У оквиру поменутих метода можемо убројити методе утврђивања граничних трошкова, планирања – програмирања – буџетирања и др.

²² Детаљније о овоме видети: Зоран Исаиловић, Јавне финансије и финансијско право, Ниш, 2009, стр. 269 – 271.

²³ Тоша Тишма, Јавне финансије, оп.цит., 271.

4. Начело прегледности (специјализације) буџета

Буџетска права парламента се не би могла остварити, ако се приходи и расходи у буџету не прикажу прегледно, да се јасно види одакле ће држава прибавити средства и на шта ће их трошити. Ту прегледност омогућује примена начела специјализације (спецификације) буџета. Наведено начело ће се остварити под условом да се у буџету јасно и недвосмислено могу разликовати приходи према врстама, облицима и подоблицима, а расходи према основним наменама, корисницима и носиоцима средстава.

Поштовање начела прегледности (специјализације) буџета има вишеструки значај. Тако, примена овог начела омогућује представничком телу да правилно оцени потребу прибављања средстава према економској снази обвезника, као и рационално трошење средстава. У суштини ово је једно техничко начело, али има значаја за планирање, за контролу извршавања буџета и касније анализе.²⁴ Доследно поштовање начела специјализације захтева и остваривање одређених услова код прихода и код расхода. Ти услови су далеко рестриктивнији код расхода.

Специјализација прихода захтева да приходи буду приказани према изворима и врстама; да се утврди висина прихода која ће се остварити од сваке поједине врсте прихода и да се наплата прихода може остваривати у трајању од године дана. Међутим, остваривање наведених услова није од подједнаке обавезности. Први услов, да се могу наплаћивати само оне врсте прихода које су утврђене у буџету, је императиван, он се мора поштовати. Код другог услова, међутим, није тако. Наиме, утврђени износи прихода од сваке поједине врсте прихода имају само оријентациони карактер. Практично је немогуће обезбедити стриктну подударност буџетом пројектованих прихода и реализованих с обзиром на квотитетни систем разреза фискалитета и непредвидивост свих момената од којих зависи фискални рандман.²⁵ Према томе, ако се утврђени износи прихода у буџету од сваке поједине врсте прихода у пракси не реализују, може постојати само политичка али не и правна одговорност.

Ни трећи услов није императиван, јер се, приходи буџета наплате каткад по истеку године за коју је буџет донет. Ни то није забрањено. Само се може поставити питање у корист ког буџета ће тако наплаћени износ бити књижен, да ли оног у коме је приход био предвиђен или оног који важи за годину у којој је наплаћен.²⁶

²⁴ Тоша Тишма, *Јавне финансије*, оп.цит., 272.

²⁵ Миливоје Тркља, *Проблеми дефинисања и примене принципа буџетске равнотеже*, „*Финансије*“, бр. 3 – 4, 1997., Београд, стр. 187.

²⁶ Миодраг Матејић, *Јавне финансије*, оп. цит. стр. 374.

И специјализација расхода такође поставља три услова: да сваки расход мора у буџету бити посебно исказан, да за сваки расход мора бити утврђен износ у коме се може извршити, и да се расходи могу извршавати у ограниченом временском периоду од једне године.²⁷ Мада код специјализације расхода постоје неки изузеци од правила (које захтева пракса), ипак услови који се захтевају су много рестриктивнији него што је случај код прихода. На пример, по правилу је забрањена измена намене коришћења средстава утврђене буџетом. Јер, када би се та измена дозволила не би се могла остварити воља парламента преточена у буџет. Ипак, пракса неких земаља је диктирала потребу да се чине изузетци и од овог правила. Тај изузетак се испољава кроз дозволу вирманисања буџетских средстава. Под вирманом подразумевамо измену намене и висине средстава утврђених у буџету.

Забрањено је и прекорачење износа средстава утврђених у буџету. То је услов за законито и правилно извршавање буџета. У пракси и овде постоје нека одступања. Наиме, јављају се прекорачења настала по основу законске одредбе или постојања обавеза по основу јавних зајмова. У овим случајевима се примењују допунски или додатни расходи (непредвиђени расходи).

Буџет траје годину дана, те се због тога забрањује да се потребе утврђене у буџету за једну годину подмирују и после протеча те године. Ова забрана је императивне природе. Међутим, током извршења буџета уочене су дефектности ове забране, па има и покушаја да се оне отклоне, или бар ублаже. То се чини стварањем тзв. рачунске године. Ради се о мери која омогућује коришћење средстава и након истека буџетске године. Међутим, дејство рачунске године ограничено је само на исплату а не и на ангажовање средстава, тј., право извршења расхода. Тако забрана трошења средстава по истеку буџетске године остаје као опште правило у условима класичног буџета.²⁸

5. Начело равнотеже буџета

Када квантитативно приходи одговарају расходима говоримо да је буџет уравнотежен. Разликује се формална и материјална равнотежа буџета. Формална равнотежа је постигнута ако су расходи усклађени са приходима без обзира на изворе покрића расхода. Док материјална равнотежа постоји под условом да су расходи покривени редовним приходима буџета (порезима, другима дажбинама и другим оргинарним приходима). Ако редовни приходи нису довољни за покриће свих расхода,

²⁷ Миодраг Матејић, *Јавне финансије*, оп. цит., стр. 374 и 375.

²⁸ Миодраг Матејић, *Јавне финансије*, оп. цит., стр. 376.

неопходна ће бити и ванредна средства (увођење ванредних пореза, закључивање зајмова и средстава примарне емисије), и тада се говори о дефицитарном финансирању.²⁹

Начело равнотеже буџета је једно од најстаријих буџетских начела, чија се суштина састоји у томе да за све потребе државе треба да буду обезбеђена довољна средства. Равнотежа се код буџета захтева приликом доношења и током његовог извршења. У различитим временским периодима ово начело имало је различито значење. До настајања економске кризе у капитализму, пракса следи ставове класичара финансија који су сматрали начело равнотеже златним правилом финансирања потреба државе. Зато, класичари негативно оцењују јављање дефицита и суфицита у буџету. По њиховом мишљењу, суфицит би стварао опасност од нерационалног трошења средстава, а дефицит потребу за задуживањем државе и емисију папирног новца, што би изазвало појаву инфлације.

Схватање класичара финансија у пракси се почиње напуштати у периоду између Првог и Другог светског рата. То је време настајања економске кризе у капитализму, те с тим у вези, појаве државног интервенционизма у привреди. У контексту наведених збивања заговара се потреба активне улоге буџета. Суфицитно и дефицитно финансирање се не негира. Напротив, то је неопходно и употребљиво зависно од осцилација у привреди.

Како је наведено време кризе и рецесије сугерира се концепција експанзивне фискалне политике, која захтева повећање јавних расхода а и смањење (или задржавање) пореских прихода, што доводи до појаве дефицита у буџету. Међутим, то није проблем за теоретичаре који следе идеје Ц. М. Кејнза. Тако Аба Лернер сматра да влада треба да води политику која ће довести до пуне запослености, без обзира на висину буџетског дефицита. У вези с изложеним, познате су две теорије: "теорија систематског буџетског дефицита" и "теорија цикличног буџета". По теорији систематског буџетског дефицита економски просперитет и елиминисање незапослености у периоду стагнације може се остварити повећањем јавних расхода и смањењем пореског терета. Ако нема довољно средстава треба ангажовати јавне зајмове.

Сродна теорији систематског буџетског дефицита је теорија цикличног буџета. И ова теорија је настала под утицајем учења Кејнза и његових следбеника. Полазиште ове теорије је да буџетску равнотежу треба остварити, али не за годину дана, већ за период привредног циклуса

²⁹ Упореди: Dieter Brummerhoff, Јавне финансије, седмо издање, R. Oldenbourg Verlag, Munchen Wien, превод, МАТЕ, 2000, Загреб, стр. 127.

(од 7 до 10 година). Због тога се појава дефицита у периоду криза санира суфицитом насталим у периоду просперитета. За решавање наведених проблема основан је егализациони фонд, у који су се уливали вишкови прихода настали у времену просперитета а одливали у времену кризе.

Сводна оцена многих теорија по нашем мишљењу је да се у крајњој линији не напушта идеја о потреби да буџет ипак буде уравнотежен. Међутим, и поред таквих настојања, чињеница је да су у последњих 25 година овога века буџети савремених држава по правилу дефицитарни.

6. Начело трајања буџета (или периодичности, односно годишњости)

Као плански акт буџет има одређено временско трајање, по правилу годину дана. Сматра се да је то минималан рок јер обухвата све сезонске варијације у току године. У највећем броју европских држава (нпр. у Француској, Немачкој, Италији, у нашој земљи итд.) буџетска година се подударе са календарском годином, што значи да почиње 1. јануара и завршава се 31. децембра. Од овог правила постоје изузеци. У В. Британији, на пример, буџетска година почиње 1. априла, у САД, Шведској и Норвешкој 1. јула. Добре стране метода буџетске године су: једноставност, могућност лакшег састављања завршног рачуна и подстицање штедње у буџетским расходима.³⁰ Посматрано са правног аспекта, за државу начело једногодишњости буџета би значило ограничење њених овлашћења трошења средстава буџета. Та ограничења су на годину дана, након протекла тог времена овлашћења се гасе и да би поново важила потребно је да се обнове.

У сложеним условима практичног живота потреба за поштовањем начела једногодишњости буџета не може се до краја спровести. Тако, на пример, некада се буџет не може донети на време из различитих разлога објективне и субјективне природе, те се у том случају приступа привременом финансирању (примена тзв. буџетских дванаестина), када буџет траје краће од годину дана (од 1 до 3 месеца). У нашем праву, привремено финансирање врши се највише до једне четвртине износа планираних расхода у акту о буџету претходне фискалне године, с тим што распоређени расходи у претходној години по врстама и наменама не представљају ограничење. У случају да се буџет не донесе ни до 15. марта године за коју се доноси, изузетно привремено финансирање се може продужити за још три месеца, тако да укупно траје шест месе

³⁰ Хамид Филиповић, Наука о финансијама, Сарајево, 1965, стр. 432.

7. Начело јавности буџета

Високи износи средстава који се прерасподељују преко буџета изазивају пажњу широке јавности. То је нормално, јер се буџет највећим делом напада дажбинским оптерећењем огромног броја грађана. Готово се може рећи да нема грађанина који неким финансијским износом не доприноси, учествује у прикупљеним буџетским средствима.

Из изложеног логично произилази потреба поштовања начела буџетске јавности. То начело би требало да пореским обвезницима и другим грађанима омогући да се информишу о свим релевантним подацима везаним за финансирање преко буџета. Практично се остваривање начела јавности изражава на тај начин што се буџет и његов завршни рачун објављују. Такође, средствима јавног информисања (преко штампе, телевизије, радија) грађани се обавештавају о расправама које се воде у скупштинским одборима и другим телима када се буџет претходно испитује. Исто тако, јавна је и скупштинска дебата (пленарна седница) приликом доношења буџета.

Б. Савремена буџетска начела

Нова улога савремене државе и дубоке промене у привреди условљавају настанак битних промена класичних (традиционалних) буџетских начела и/или увођење нових која су неопходна у савременим условима. С тим у вези, данас се у теорији и пракси посебно захтева потреба за рационализацијом јавне потрошње. Међутим, при томе је опредељење за очување духа класичних начела, док се модалитети њихове примене адаптирају новим тенденцијама у друштву.

Код класичних начела се пажња је пре свега усмерена на тзв. *ex ante* буџетске активности везане за припрему и усвајање буџета. С друге стране у англосаксонским државама, нове тенденције развоја буџетских начела повезана су тзв. *ex post* буџетским активностима, где се акценат ставља на начела одговорности, транспарентности, стабилности, учинка и буџетског извештавања.

Код начела одговорности посвећује се пажња трошењу буџетског новца и постигнутим резултатима. Дакле, овде се појављује обавеза владе да информише скупштину пре доношења и после извршења буџета. Минимуми правних норми за сва буџетска извештавања утврђени су у Кодексу ОЕЦД о најбољој пракси за буџетску транспарентност³¹ и

³¹ OECD best practices for budget transparency, 2001. OECD.

Кодексу добре праксе о фискалној транспарентности који је усвојио ММФ.³²

Код начела транспарентности се захтева да се термини коришћени у буџетском закону недвосмислено дефинишу. Поред тога неопходно је разграничити улогу свих субјеката укључених у јавни сектор и да су те чињенице доступне јавности.

Начело стабилности или предвидљивости захтева потребу проширења буџетских предвиђања са једногодишњих на средњорочни буџетски оквир. Најзад, начело учинка (успешности) подразумева потребу сагледавања очекиване и остварене резултате буџетских програма који се морају исказати у буџету. Они се исказују са три Е: економичност (потреба прибављања и корићење средстава са најмање трошкова; ефикасност (показује ниво издатака по јединици расхода) и ефективност (настали резултат остварен коришћењем расположивих средстава).

IV Уместо закључка

Буџет као биланс јавних прихода и јавних расхода у савременим условима не губи у своме значају. Посредством овог инструмента се прерасподељује и до 50% БДП (понегде и преко 50%), и остварују бројне функције од виталног значаја за развој друштва. Са правног становишта најважније је, да законодавац одобравањем буџета и праћењем трошења огромних финансијских средстава има могућност да врши ефикасну контролу над органима и субјектима који извршавају буџет. Није тешко доказати да је то у садашњим друштвено економским и политичким условима један од најважнијих задатака савремене државе. Међутим, једна од претпоставки за реално и ефикасно остваривање поменутих циљева је оптимални развој и примена буџетских начела која се морају адаптирати новим променљивим друштвеним и економским условима.

³² Code of Good Practice on Fiscal Transparency, 2001 *2007(, IMF

Zoran Isailović, LL.D
Full Profesor

BUDGET IN CONTEMPORARY CONDITIONS

Summary

Though also nowadays in contemporary states there are more financing instruments, such as: budget, funds, financial programs, financial plans and separate accounts, nevertheless, within the stated instruments, a central place is taken by the budget. Due to its role in contemporary states it is exceptionally complex instrument, which involves more different elements: financial, economic, political, legal and social. This results from the enrichment of the role of the state which is achieved through public expenditure and public income. In the present article the author presented essential characteristics and principles of the mentioned financing instruments prevailing in contemporary theory and practice.

Key words: budget rights; budget characteristics; budget principles; budget adjustment.



Др Љубомир Митровић

САВРЕМЕНИ КРЕДИТНО - БАНКАРСКИ СИСТЕМ

Апстракт:

У овом раду изнет је савремени концепт кредитно – банкарског система. У теоретском контексту анализиран је утицај кретања слободних новчаних средстава у новчано кредитним условима и њихово усмеравање у облику инвестиција у реални сектор економије. Аутор је у раду указао да високе каматне стопе у тржишној привреди утичу негативно на прикупљање слободних новчаних средстава, доходака и капитала. Такође аутор закључује да националне економије које имају развијене институције финансијског тржишта су ефикасне националне економије.

Циљ рада је био да се истакну нивои банкарског система и њихов значај, као и да се укаже на улогу небанкарских финансијских институција у савременој тржишној економији. Посебно је истакнут значај банкарског система на увећање новчане понуде на принципу новчаног мултипликатора.

Кључне речи: савремени, кредитно - банкарски систем, камате, кредитирање, централна банка, пословне банке, обавезне резерве, вишак резерви, депозитни новац, банкарска мултипликација.

Проф. др Љубомир Митровић

САВРЕМЕНИ КРЕДИТНО - БАНКАРСКИ СИСТЕМ

У тржишној економији новац учествује у привредном кретању (обрту) што условљава његов непрекидни обрт. Привремено слободна новчана средства не треба да буду непокретна, већ да се акумулирају у новчано-кредитним установама и да се усмеравају у облику инвестиција у реални сектор економије.

Најважнији елемент тржишне економије је тржиште новчано-кредитних ресурса. Његова водећа улога означава јачање улоге кредитних институција у руковођењу националном економијом. У том смислу кредит (лат. *Creditum* – веровати, позајмица, дуг) је договор међу економским субјектима у давању новца или имовине на коришћење под условом враћања и плаћања камате. Облик реализације кредита је позајмица. Обично се под кредитом у ужем смислу подразумева кретање позајмљеног капитала, оствареног под одговарајућим условима враћања и плаћања.¹ Заправо, кредит је економско - правни однос између два физичка или правна лица у којем једно иступа као поверилац, друго као дужник. Плаћање за добијену позајмицу (кредит) за одређену суму новца је цена за позајмицу (кредит) и назива се камата. "Камата је цена за коришћење кредитних и новчаних ресурса на финансијском тржишту. Основ за камату налази се у финансијским дебалансима тржишних трансактора и њиховим различитим временским преференцијама према штедњи и потрошњи. Наиме, постоје финансијски суфицитни и финансијски дефицитни трансактори, при чему неки од финансијски суфицитних трансактора одлажу потрошњу за будућност, што је финансијска основа за неке од финансијски дефицитних трансактора који имају веће преференције према потрошњи него што им текући доходак то омогућује. Стога је различита временска преференција трансактора у односу на финансијске ресурсе контрабалансирана каматом као ценом коришћења новца у одређеном периоду."² Камата се изражава у процентима, на месечном или годишњем нивоу. Она може бити непроменљива и променљива у току целог кредитног односа. Уколико је

¹ Види шире о томе: Симић Зорка, Кредит значи поверење, Е.М. 1, 2003.

² Јадранка Ђ. Годоровић и други, Монетарни и фискални менаџмент, Економски факултет, Ниш, 2006, стр. 106-107

каматна стопа променљива (варијабилна) тада уговор одређује начин, односно процедуру по којој се каматна стопа мења током трајања кредита.³

Треба истаћи, да у савременој тржишној привреди, висина камате, односно каматне стопе представља значајни фактор прикупљања слободних новчаних средстава, дохотка и капитала, а самим тим и њихове концентрације и централизације. Активирањем тих средстава подиже се ефикасност националне економије на виши ниво. Чињеница је да оне националне економије које имају веома развијене институције финансијског тржишта су и ефикасне националне економије.

Као извори кредита најчешће су привремено слободна новчана средства предузећа, установа и физичких лица. У својству извора кредитних ресурса могу се појавити привремено неискоришћени новчани ресурси из амортизационог фонда, обртног капитала и фонда за развој производње предузећа.

Кредит има значајну улогу у развоју сваке националне економије. Он има низ важних функција у тржишној економији. Наиме, он је неопходан пре свега, као еластични механизам преливања капитала (прерасподеле новчаних ресурса) између одвојених предузећа, грана и региона. У том својству кредит врши прерасподељујућу функцију. Ту функцију држава активно користи за регулисање производних и територијалних пропорција. Уз помоћ кредита се може успостављати и одржавати континуитет економских токова. Захваљујући кредиту одвија се бржи процес концентрације капитала са циљем остваривања инвестиционих улагања и остваривања прихода. Кредит омогућава да се у обрт уведе кредитни новац (банкноте) и остваре кредитне операције (неготовински обрачуни), што дозвољава да се повећа брзина обрта средстава и смање прометни трошкови. У зависности од начина кредитирања, рокова кредитирања и карактера давања разликују се следеће форме кредита.

Прво, према начину кредитирања разликују се робни и новчани кредити. Објекат робног кредита могу бити сировине, ресурси, инвестициона добра и роба за свакодневну потрошњу. Објекти новчаног кредита су новчани капитал, новчана платежна средства, акције, менице, облигације и друге дужничке обавезе.

Друго, према роковима кредитирања разликују се следеће врсте кредита: краткорочни, при коме се позајмица издаје најдуже до једне

³ Види шире о томе: Борис Б., Мирољуб Л., Александра Ј., Економија за правнике, Правни факултет, Београд, 2008, стр. 514-519.

године; средњерочни, са роком од једне до пет година; дугорочни, од пет и више година.

Треће, према карактеру давања на располагање, кредит може бити међународни, државни, банкарски, комерцијални, потрошачки, хипотекарни, инвестициони.

Међународни кредит је кретање позајмљеног капитала у сфери међународних економских односа. Он има било робну, било новчану (валутну) форму. Као кредитори и позајмљивачи могу бити међународне организације (Светска банка, ММФ), владе, банке и корпорације.

Државни кредит претпоставља давање на располагање новчаних позајмица, од стране државе, становницима и предузетницима, док извори средстава државног кредита су обвезнице државних зајмова.

Банкарски кредит је кредит који се даје на располагање кредитно финансијским установама, субјектима који газдују (фирмама, приватним предузетницима, становништву) у облику новчаних позајмица. Објекат банкарског кредитирања је новчани капитал. То је најразвијенији универзални облик кредита.

Комерцијални кредити су кредити које једни привредни субјекти дају на располагање другим привредним субјектима продајом робе на отплату. Објекат комерцијалног кредитирања је робни капитал.

Потрошачки кредит је најраспрострањенији облик позајмљивања новца данас. То је кредит који се ставља на располагање приватним лицима за различите намене (набавка трајних потрошачких добара, за куповину аутомобила, намештаја, опремање стана, компјутера и сл.) на одређени рок (од једне до три године) и са одређеном каматом. Потрошачки кредит може да буде у облику или продаје робе на отплату по малопродајним ценама или стављање на располагање банкарске позајмице.

Хипотекарни кредит је обично дугорочни кредит, кредит који се ставља на располагање у облику хипотеке, тј. новчана позајмица коју издају специјалне банке и установе приватним лицима, у залог за непокретности (земља, стамбене зграде, грађевински објекти); извори тог кредита су хипотекарске обвезнице које издају банке.

У последње време развиле су се и нове форме кредитирања као лизинг, факторинг, фарфејтинг и траст.

Лизинг је неновчана форма кредита, форма давања на коришћење аутомобила, опреме и других материјалних средстава са каснијом поступном исплатом. Његова примена заснована је на подели функција власништва и коришћења, када право власништва на имовину припада оном ко га даје, а закупац га користи одређено време, до потпуне отплате вредности те имовине. Лизински споразуми закључују се на рок од једне до десет година. Уобичајно компаније дају у закуп технику, али не

самостално већ преко фирме за лизинг. Иначе, у својству компанија за лизинг јављају се различите организације: банке или њихове филијале или одељци индустријских корпорација.

Факторинг је препродавање (преузимање) туђег дуга или комерацијална операција на основу пуномоћја (овлашћења) где банка купује дужникове рачуне (дугове) за готовину, а онда потражује дуг од купца, коме је друштво продало робу или учинило услугу.

Фарфејтинг је дугорочни факторинг повезан са продајом дугова од стране банке, чија потражња настаје после 1-5 година.

Траст је операција за управљање капиталом клијената.

Као субјекти кредитних односа су држава, предузећа, банке, фондови, осигуравајуће компаније, становништво, различите друштвене организације.

Кредитни систем је укупност кредитних односа, облика и метода кредитирања који се остварују кредитно-финансијским институцијама, који стварају, акумулирају и приказују економским субјектима новчана средства у облику кредита, под условом хитности плаћања и враћања. Савремени кредитни систем државе састоји се из банкарског система (централна банка и пословне банке) и такозваних специјализираних небанкарских кредитно-финансијских институција (осигуравајуће компаније, пензиони фондови, инвестициони фондови, брокери, дилери, организоване берзе, финансијске компаније, штедионице, кредитне уније, банкарски конзорцијуми) које су способне да акумулирају привремено слободна средства и да их распоређују уз помоћ кредита.

II

У савременим условима привређивања практично у свим земљама са развијеном тржишном економијом банкарски систем има два нивоа (две групе).

Први ниво банкарског система (Србије) заузима централна банка (Србије) - код нас функцију централне банке обавља Народна банка Србије. Она је државна установа и налази се у искључивом државном власништву. Централна банка има монополски положај и он је резултат законског овлашћења, да само она може да емитује новчанице и ковани новац. Основни циљ делатности централне банке је подршка куповне моћи динара, борба са инфлацијом, обезбеђење стабилности кредитно банкарског система, емитовање новца.⁴ Она извршава следеће функције:

⁴ Крајни циљ централне банке и државних институција у новчано-кредитној политици је организација стабилности новчаног обрта, који обезбеђује достигнуће

емитовање националних новчаних знакова, организовање њиховог обрта и искључивање из обрта на националној територији (Србије); регулисање висине понуде новца⁵. Данас је централна банка "продужена рука државе". Она учествује у кредитирању државног буџета, у програмима дефицитног финансирања привреде и директно се задужује у иностранству.

Поред тога, она врши заједничку контролу, рада кредитно-финансијских установа земље и утиче на извршавање финансијског законодавства. Централна банка даје на располагање кредите пословним банкама у својству кредитора у последњој истанци врши и контролу пословних банака, затим, штампање и исплату државних хартија од вредности, остваривање иностраних финансијских операција. Она такође врши регулисање банкарске ликвидности уз помоћ традиционалних метода утицаја на активе банака, политика есконтних стопа на отвореном тржишту и обавезних резерви, као и регламентација валутног обрта у земљи и контрола валутних операција економских субјеката. Из наведених функција можемо закључити да је централна банка "кичма" банкарског и привредног система сваке земље.

Други ниво банкарског система представља разграната мрежа пословних банака.

Пословне банке стављају на располагање велики избор кредитно финансијских услуга: кредитно – обрачунско услуживање субјеката привређивања, примање новчаних средстава за издавање кредита, посредовање у плаћању, куповина – продаја хартија од вредности, распоређивање државних зајмова, руковање имовином клијената по овлашћењу, консултације о финансијско кредитним питањима. У својству инвеститора пословне банке могу да улажу новац у облигације и друге хартије од вредности.

С обзиром да се данас пословна банка бави и многим другим пословањима, то она више личи на универзалну банку. Треба истаћи да су пословне банке код нас организоване као акционарска друштва. Оне обављају све врсте краткорочних и дугорочних послова на финансијском тржишту. Иначе, пословне банке данас се све више трансформишу у депозитне банке. У Србији под пословном банком обично се подразумева пословна активност банака, али не и начин банкарског организовања. Такође, пословна банка код нас нема готово никакве сличности са овом врстом банкарске организације у свету.

стабилног раста националне производње, која се карактерише пуном запосленошћу и одсуством инфлације.

⁵ Одлуке које се тичу регулисања количине новца у привреди чине монетарну политику, коју утврђује и спроводи централна банка. Види: Љубица Николић, Основи економије, Спектар, Ниш, 2004, стр. 306-307.

Банка је кредитно новчана институција која се бави привлачењем и распоређивањем новчаних ресурса. Банке остварују активне и пасивне операције (послове). Уз помоћ пасивних операција банка мобилише ресурсе, а уз помоћ активних остварује њихову расподелу. Ресурси банака формирају се на рачун властитих, придобијених и емитованих средстава. У властита средства спадају акционарски и резервни капитал, а такође нераспоређена добит. Властита средства представљају незнатни део ресурса савремене банке. Основни део ресурса банке придобија се у облику депозита. То представља најважнији део посла банке. Из тако концентрисаних средстава банка даје кредите својим клијентима. На крају долази трећа функција банке. То је функција посредовања у платном промету. Као четврта функција савремене банке је ванбилансна активност банке.

Банкарска камата је специфична цена кредита. Њена висина зависи од узајамних односа потражње и понуде на новчаном тржишту, а такође и од степена ризика који носи кредитор дајући на зајам одређену новчану суму дужнику. У сваком кредитном споразуму постоји опасност да дуг неће бити враћен на време. Према стопи ризика установљује се висина оног дела камате која је на свој начин плаћање за ризик. Ризици се разликују у зависности од врсте банке.

За иновиране банке карактеристични ће бити повећани ризици који су условљени кредитирањем ризичног капитала. Овде не игра последњу улогу гаранција државе, коришћење јемства на непокретности. Код пословних банака може се појавити ризик неизбалансиране ликвидности, тј. немогућности банке да извршава своје обавезе на време. Та врста ризика може се појавити приликом кредитирања организација које имају нестабилне финансије, уз распоређивање неколико рачуна истог клијента у разним банкама.

Банкарска делатност банкама доноси профит (добит). Банкарска добит се одређује као разлика између суме камате која се узима од зајмотражиоца и суме камате која се уплаћује улагачима. Осим банкарске добити у приход банке укључује се такође добит од берзанских операција, приходи од инвестиција, посредничке награде.

Посебно место у савременом кредитно – банкарском систему заузима Спољнотрговачка банка преобразена у банку за услуживање спољног дуга државе, а такође и банка за реконструкције и развој коју држава ствара за финансирање владиних планских програма. Сва укупност банака у националној економији образује банкарски систем земље.

Сем банкарског система у структуру кредитног система су укључене небанкарске финансијске институције. У светској пракси небанкарске кредитно – финансијске институције представљене су инвестиционим

фондовима, финансијским и осигуравајућим компанијама, пензијским фондовима, штедионицама, кредитне уније, банкарски конзорцијуми. Морамо истаћи, да те установе формално нису банке, извршавају многе банкарске операције, конкуришу банкама, концентришу у себи огромне новчане ресурсе и због тога имају велики узајамни утицај на сферу новчаног обрта.

III

Банке (банкарски систем) поседују способност да стварају новац, тј. да повећавају понуду новца. Такође, способност банака је да стварају велике резерве новца на принципу мултипликатора. Централна банка одређује минимални проценат од висине одређене категорије депозита, који фиксира димензије новчаних средстава, што их обавезно чува свака пословна банка у облику обавезних резерви у централној банци.

Норме обавезних резерви (r) одређују се у зависности од обима депозита. Њихова висина разликује се од врсте улагања. На пример, за хитна улагања r су мање него за улагања по захтеву. На основу одређене норме обавезних резерви одређује се њихова висина. Обавезне резерве представљају део суме депозита коју су пословне банке обавезне да држе у облику бескаматних улога у централној банци за остварење међубанкарских обрачуна и за регулисање делатности кредитно – банкарског система.

Димензије кредитних ресурса сваке одвојене пословне банке одређују се вишком резерви које собом чине различитост између заједничке висине резерви и обавезних резерви. Узајамни однос између висине обавезних резерви, вишак резерви, обима депозита и норме обавезних резерви може се приказати у облику следећих једначина:

Висина обавезних резерви = обим депозита \times норма обавезних резерви

Висина вишка резерви = укупна висина резерви - висина обавезних резерви

Систем пословних банака у целини је способан да даје на располагање позајмице које превазилазе вишак резерви захваљујући утицају ефекта банкарског мултипликатора. Банкарски мултипликатор (b) или мултипликатор понуде новца чини висину супротну од норми обавезних резерви и изражава максималну количину кредитног новца који може бити створен једном новчаном јединицом вишак резерви уз дату норму обавезних резерви:

$$b = 1/r$$

Максимална количина новца која може бити створена системом пословних банака на основу депозитног новца (D) одређује се према формули:

$$M = bxD$$

Делатност банака заснована је на добијању добити и она тежи да сви њени финансијски ресурси доносе приход од камате. Због тога практично све своје велике ресурсе банке користе за давање позајмица или добијања хартија од вредности. Банкарски систем (пословне банке) могу давати кредите, то јест стварати новац, увећавајући свој вишак резерви. Банкарски систем може давати позајмице које за неколико пута премашује вишак резерви, онда када свака одвојена пословна банка може позајмљивати динаре на динаре вишак резерви. Резерве које губи одвојена банка не губи банкарски систем у целини. Тако резерве које губи банка А добија банка Б. Те резерве што је изгубила банка Б добија банка В итд.

Свака одвојена банка може без бојазни да позајмљује само суму која је једнака вишку резерви, али позајмице система пословних банака могу за неколико пута премашити вишак резерви.

Посматрајмо тај процес на примеру. Предпоставимо да је једно предузеће продало своју робу добивши за њу 100 хиљада динара. Предузеће је ставило тих 100 хиљада у пословну банку (ПБ). Онда је уз норму обавезне банкарске резерве које је одредила централна банка на нивоу од 20% банка може да изда позајмицу другом предузећу (или другом правном лицу) у размери вишак резерви 80 хиљада динара = 100 хиљада динара – 20 хиљада динара. При томе се количина новца увећала од 100 на 180 хиљада динара, 80 хиљада динара је новац који је створила прва ПБ. Даље, позајмљивач који је добио 80 хиљада динара купује робу код другог предузећа које ставља добијену суму новца на депозит, претпоставимо у другој банци (ПБ), која са своје стране, уз норму банкарске резерве од 20% дати кредит следећем предузећу у висини вишка резерви тј. 60 хиљада динара. При томе се количина новца у обрту увећала од 180 хиљада на 244 хиљада динара, 64 хиљада динара - то је новац који је створила друга ПБ. Али се процес којим банка ствара новац тиме не завршава. Он ће се настављати дотле док сума потенцијалног кредитора не постане једнака нули.

Може се такође израчунати обим новца који је додат у обрт, применивши формулу банкарског мултипликатора, у нашем примеру он је једнак $b=1/0,2=5$.

На тај начин, уз норму банкарских резерви од 20% првобитног улога (100 хиљада динара) посредством механизма стварања новца, банкарски

систем је довео до увећања количине новца у оптицају до 500 хиљада динара.

Процес који је описан којим банке стварају новац добио је име кредитно банкарска мултипликација. Дати механизам треба разматрати као идеалну шему која делује уз услов што сва предузећа сав добијени новац уносе у банке, нико не узима своје улоге, а банке издају кредите узимајући у обзир одређену норму обавезних резерви. Банкарски мултипликатор као и сваки мултипликатор у економији ради како на повећање, тако и на смањење новца. Препоставимо да предузеће узима новац за куповину робе у иностранству. Узимање 100 хиљада динара у нашем примеру довешће до потенцијалног смањења количине новца у обрту за 500 хиљада динара. Треба истаћи, да колико већу норму обавезних резерви одређује централна банка, толико мању суму новчаних средстава могу да искористе банке за кредитне операције. Увећање норме обавезних резерви смањује новчани мултипликатор и води смањењу новчане масе. Дакле, мењајући норму обавезних резерви централна банка може да промени висину понуде новца у датој националној економији.

Ljubomir Mitrovic, LL.D
Full Professor

CONTEMPORARY LOAN - BANKING SYSTEM

Summary

In this paper we put forward the modern concept of credit - the banking system. In the theoretical context analyzed the impact of free movement of funds in money and credit conditions in their direction in the form of investments in real sector of economy. The author pointed out that high interest rates in the market economy adversely affect the collection of free cash, income and capital. Also, the author concludes that the national economy have developed institutions of financial markets witch are efficient in national economy.

The aim of this work was to highlight the banking system and their significance, and to highlight the role of non-bank financial institutions in the modern market economy. Particularly stressed is the importance of the banking system to increase the money supply on the principle of monetary multiplier.



Др Душанка Јововић

**ПАРАДИГМА ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА И РАСТУЋИ ЗНАЧАЈ
ОБРАЗОВАЊА У ЕКОНОМИЈИ БАЗИРАНОЈ НА ЗНАЊУ**

Апстракт:

Одрживи развој представља несумњиво један од најистраживанијих феномена у друштвеним наукама током последњих двадесетак година. У склопу економских проучавања полази се од става да одрживи развој означава далеко шири комплекс од привредног развоја садржајно схваћеног у смислу повећања дохотка по глави становника уз истовремену реализацију неопходних промена структуре привреде. Парадигма одрживог развоја поред економског раста обухвата многе захтеве еколошке, друштвене, културне и политичке природе у развоју савремене привреде.

Стандардном поимању садржаја привредног развоја, концепт одрживог развоја најпре је додао захтеве одржања равнотеже природне и животне средине. Потом је он проширен сагледавањем многобројних аспеката друштвеног развоја. Полазећи од тако назначених димензија парадигме одрживог развоја у раду се даје елементарна експликација три њене димензије (еколошке, економске и друштвене) у светлу домета и изазова савременог привређивања, и посебно апострофира значај образовања у економији базираној на знању.

Кључне речи: *привредни раст, привредни развој, одрживи развој, знање, природни ресурси, друштвени капитал, економија базирана на знању.*

Проф. др Душанка Јововић

ПАРАДИГМА ОДРЖИВОГ РАЗВОЈА И РАСТУЋИ ЗНАЧАЈ ОБРАЗОВАЊА У ЕКОНОМИЈИ БАЗИРАНОЈ НА ЗНАЊУ

1. Концепт одрживог развоја као нова парадигма развоја

Разумевање концепта одрживог развоја претпоставља познавање садржаја феномена економског раста и развоја. У макроекономским истраживањима категорије привредног раста и развоја се налазе у самом врху листе најчешће обрађиваних тема. При том, што није често одлика економске теорије, постоји јединство ставова да економски раст означава кретање вредности произведених и на тржишту реализованих роба и услуга у квантитативном смислу, док категорија развоја обухвата садржај економског раста, али и сложене економске и друштвене трансформације које процес увећања производње у одређеној националној средини прате и које исти омогућавају.

Идејне корене парадигме одрживог развоја у одређеном смислу је могуће препознати у делима најзначајнијих представника класичне економске теорије. Прецизније, у ставовима Смита и Рикарда, а нарочито Роберта Малтуса у вези перспективе развоја привреде и људског друштва у целини децидно су експлициране рефлексије класичара о императиву уважавања лимитираности природног капитала, посебно земљишта, необузданом расту светског становништва, испољавању опадајућих приноса у производњи, итд. По мишљену представника класичне економске мисли, периоди карактеристични по расту становништва и напретку животног стандарда се због деловања закона о опадајућим приносима током времена трансформишу у стагнацију и сиромашење, те је на дуг рок, једино нулти раст привреде реално могућ.

У даљем току развоја економске науке, ова песимистичка теза је била оспоравана, од стране кључних представника долазећих школа и теоријских праваца. Овome су допринели динамичан технолошки прогрес, с једне, и бројна географска открића, с друге стране. Економска наука крајем 19. века понудила оптимистичку визију будућности човечанства. У овом контексту, посебно треба скренути пажњу на дело Хотелинга из 1931. године, које поставља теоријску основу за анализу оптималне употребе исцрпљивих ресурса. Најкраће, по Хотелинговом правилу, равнотежни ниво цене ресурса (која се израчунава као цена минус трошак

екстракције) мора да расте по стопама које су једнаке каматним стопама. Дакле, што је каматна стопа виша, вероватније је да ће власник профитирати од данашње екстракције и продаје необновљивих ресурса него да ће чекати будући пораст цена.¹

Неокласична теорија раста, настала у 20. веку, потпуно негира било какву потребу за стационарним стањем, а питање исцрпљивања природних ресурса губи на значају. Комплекс технолошких промена постаје основни фактор развоја привреде и друштва. Етапа стабилног раста светске привреде након Другог светског рата, названа добом пантехнолошког оптимизма само је подупрла веровање у неограничене могућности технике и технологије.

Седамдесете године 20. века су карактеристичне по појави стагфлације у развијеном свету, која је најозбиљније довела у питање неопозиву валидност кејнсијанске економске теорије и на њеним постулатима дизајниране економске политике. Својеврсни крах пантехнолошког оптимизма означила је појава многобројних поремећаја, у облику нафтних шокова, необузданог раст цена низа сировина и енергије на светском тржишту и других непожељних појава током осме деценије минулог века.

Идеја одрживости је у својој рудиментарној форми била лансирана током шездесетих година двадесетог века. У Стокхолму, 1972. године, на Конференцији УН о животној средини, иницирано је оснивање Програма Уједињених Нација за животну средину, након чега је следило оснивање националних агенција за животну средину у већем броју земаља. Координираним активностима националних и међународних тела, 1980. године, прокламован је програм глобалне акције за подстицање одрживости, односно донета је Светска стратегија очувања природе, од стране Међународне уније за заштиту природе. Године 1983. ОУН су формирале Светску комисију за животну средину на челу са премијерком шведске владе Г. М. Браутланд.² У материјалу који је сачинило ово тело термин одржив развој дефинисан је као усаглашавање потреба данашње генерације без угрожавања потреба будућих нараштаја.

Бројне активности државних и невладиних организација широм света, довеле су 1992. до одржавања Конференције УН о животној средини и развоју у Рио де Жанеиру. На овој конференцији усвојени су Оквирна конвенција ОУН о климатским променама и Конвенција о биолошком диверзитету. Следеће 1993. године основана је Комисија ОУН за одрживи развој, са првенственим циљем да надгледа спровођење

¹ Hotelling, H. The Economics of Exhaustible Resources, *Journal of Political Economy*, april, 1931. pp. 137-135.

² Hoggendorn, J. *Economic Development*, Harper Collins College Publishers, 1996, str. 594.

поменутих докумената и других аката. У годинама које су означиле крај претходног миленијума, значајно је порастао број организација које имају за циљ подстицање одрживог развоја. Својим значајем се издвајају Комитет међународних институција за развој и животну средину и Институт за светске ресурсе. Организација за економску сарадњу и развој, ОЕЦД и Светска банка, почињу да се интензивно баве питањима одрживог развоја. Године 2003. организован је Светски самит о одрживом развоју на коме је реafirмисан значај поменутог концепта за поједине земље и свет у целини.

Концепт одрживости у савременим условима је широко прихваћен као услов опстанка и напретка човечанства. Постоје јаки морални разлози да данашња генерација остави потомству у наслеђе ништа мање шансе за развој, но што она има сада. То значи да планета Земља, са својим потенцијалима, не сме бити деградирана од стране постојећих људи. Овакво резонување се заснива на теорији правичности, односно подједнаком праву сваког човека на најшире основне слободе, које не доводе у питање слободу других. Дакле, право садашње генерације на искоришћавање ресурса и животне средине, не сме угрозити исто такво право наредним генерацијама. „Уместо да се за будућност предвиђају неограничене стопе раста, сада се те стопе на основу носивости подручја (и, коначно, планете) постављају на неки максимални ниво. То заузврат подразумева максимални ниво популације изнад кога ће носивост – ниво популације и потрошње коју може да подржава расположива основа природних ресурса – бити премештен, па животни стандард мора опадати.“³

Основу за афирмацију парадигме одрживог развоја представљају многобројни разлози еколошке природе. Наиме, ако природа представља вредност саму по себи, тј. ако очување биодиверзитета, или очувања залиха природних ресурса полазе од става да је човек само део природе, те да нема права да је неповратно мења, онда је сваки вид економске активности којим се нарушава диверзитет живог света, или богатство ресурса, неприхватљив. Ова група разлога се такође може свести на моралне разлоге, уз напомену да се овде потенцира не однос садашње генерације људи према будућим генерацијама, већ однос према осталим живим бићима, тј. однос према природи у целини.

Разлог за оправдање концепта одрживости је и аргуменат његове економске ефикаснији. Другим речима, непоштовање концепта одрживости, води ка неефикасном привредном расту, у смислу

³ Харис, Ц. *Економија животне средине и природних ресурса: савремени приступ*, Дата Статус, 2009, стр. 30.

непотребног расипања ресурса и енергије, тј. Води испољавању тенденције дугорочног погоршања односа инпута и аутпута у глобалним размерама.

Савремено поимање економског развоја се драстично разликује у поређењу са онима која су доминирала половином претходног века. Наиме, након Другог светског рата приоритет је био раст производње са фокусом на остварење што израженијих стопа раста. Данас, привредни раст који не подразумева повећање стандарда или достизања идеала благостања за шире слојеве становништва тешко да је прихватљив за највећи број земаља. Дакле, у данашњим условима привређивања акценат је на квалитету економског раста, будући да је од примарне важности настојање да његове бенефите осете сви, због чега су приоритет постали проблеми сиромаштва, незапослености, друштвене искључености, регионалне неравномерности и др.⁴

Питање одрживости привреде постало је све актуелније и додатно усложено бројним истовременим проблемима који су испливали на површину. Еколошка загађеност, уништавање и смањење биодиверзитета и њима слични проблеми закупили су највише развијене земље. Међутим, друштвена питања као што су повећана неједнакост у расподели дохотка, право на основно образовање и примарну здравствену заштиту додатно су оптеретили и знатно акцентовали и економске проблеме земаља у развоју.

Имајући у виду чињеницу да парадигма одрживости као нова алтернатива развоја није директно употребљива, произилази потреба за предузимањем већег броја активности на плану:

- доношења низа нових законских и институционалних решења,
- усвајања одговарајућих финансијско-економских аранжмана,
- долажења до нових технолошких решења,
- образовања и промоције,
- успостављања новог начина комуницирања (отвореност, транспарентност, партиципативност),
- стварања нових партнерстава и коалиција за одрживи развој.

Стратегијски приступ одрживом развоју на нивоу појединих земаља одликује повезаност дугорочних визија са конкретним циљевима развоја у средњем року и практичним акцијама у кратком року путем креирања одговарајуће националне стратегије одрживог развоја. Путем стратегија одрживог развоја најефикасније се остварује пожељни ниво сарадње са другим земљама.

⁴ Рикаловић, Г. Развојна и економска политика и креативни капитал, *Школа бизниса*, бр. 2, Нови Сад, 2010, стр. 27.

Стратегиски приступ одрживом развоју подразумева повезаност националних, регионалних, локалних и предузетничких интереса. Стратегијски приступ одрживом развоју подразумева испуњење три међуусловљена захтева:

- одрживи економски развој у дугом року,
- одрживо коришћење енергије и
- одрживу индустријску активност.

Коначно, треба стално имати на уму да стратегија одрживог развоја није једнина релевантна парадигма друштвеног добра. „По свом историјском пореклу и тзв. металогизи, она је еминентно доктрина развијених друштава Запада. Представља једну од најновијих фаза у дугој еволуцији појма развоја, чију окосницу чине четири кључне западне вредности, тј. прогрес, универзализам, савладавање („покоравање“) природе и наглашена рационалност (и то претежно тзв. инструментална рационалност, наиме, она која се бави истраживањем најбољих средстава за постизање одређеног циља).“⁵

2. Кључне димензије одрживог развоја

Димензије одрживог развоја су бројне. Као три најзначајније се издвајају еколошка, економска и друштвена. Уочљиво је да све људске активности имају утицаја на парадигму одрживости, која је је у правом смислу глобални феномен будући да не обухвата само поједину земљу, регион или континент, већ читав свет.

У реалном животу и решавању бројних конкретних проблема и захтева, веома је тешко реализовати чак и већину захтева (слојева) феномена одрживости. Логично је стога чинити својеврсну погодбу. Сматра се да је за дату заједницу одрживо оно што:

- је социјално прихватљиво, тј. оно што доприноси социјалној интеграцији заједнице,
- обезбеђује континуирани економски раст у дугом року,
- садржај и меру социјалног и привредног развоја усклађује са захтевима екологије,
- је политички прихватљиво.⁶

Могуће је успоставити различите односе између социјално прихватљивих, с једне, и економских, социјално-економских и политичких значења и садржаја феномена одрживости, с друге стране. Потом, могуће је успоставити различите релације између економских и

⁵ *Животна средина и одрживи развој*, Београд, 2003, стр. 383.

⁶ Цветановић, С. Младеновић, И. *Капитал у теорији раста и развоја*, Економски факултет, Ниш, 2011, стр. 76.

социјално-економских и политичких значења садржаја одрживости. Коначно, дају се и препознате релације између социјално-економских и политичких обележја одрживости. „Сваки од ових парова неопходно је операционализовати, да би се дошло до конкретизоване „слике“ одрживости која је релевантна за дату заједницу. Међу наведеним схватањима одрживости, у социјалној, економској и политичкој одрживости наглашава се значај тзв. генерацијске једнакости и правичности, док је тзв. међугенерациска једнакост и правичност од већег значаја у просторно-еколошком разумевању одрживости, а уз то је у њој више наглашен принцип будућности него код прве групе.“⁷

Три су основне димензије одрживог развоја:

- еколошка,
- економска и
- социјална.

Економска теорија, однос према природи разматра као рационалност експлоатације ресурса, односно као активан однос. Екологија, насупрот тој активној улози економије коју је могуће дефинисати појмом „користи“, има контемплативну улогу истраживања узајамних односа између живог света и физичке средине. Дакле, екологија нема за циљ никакво максимизирање добитака. Пре би се могло рећи да екологија за циљ има минимизирање губитака, који по животну средину настају услед експоненцијалне експанзије људске економске активности. Чак и из овог сажетог дефинисања појмова економије и екологије произилази нужност међусобних конфликтних релација, што не значи да међу њима нема тачака интеграције, посебно у троекторским моделима разматрања економско-социјално-еколошког развоја.⁸

Неспорно је да се повезаност економских циљева максимизације ефикасности коришћења ресурса и еколошких циљева заштите човековог окружења последњих година све чешће, изражава кроз формулу о одрживом развоју, као оном развоју (привреде и друштва у целини) који је усклађен са потребама и ограничењима природе. Оваква, прилично јасна представа о узајамности интереса економије и екологије коју пружа парадигма одрживог развоја на теоријско-циљном плану, појављује се као врло комплексна, па и проблематична на нивоу избора конкретних, емпиријско-оперативних инструмената и мера регулације и координације економског система са његовим природним окружењем.⁹

⁷ *Животна средина и одрживи развој*, Београд, 2003, стр. 373.

⁸ *Економија екологије, екологија економије – модели и инструменти*, Министарство за развој и заштиту животне средине, Београд, 2008, стр. 73.

⁹ *Економија екологије, екологија економије – модели и инструменти*, Министарство за развој и заштиту животне средине, Београд, 2008, стр. 75.

Еколошка одрживост подразумева развој усаглашен са еколошким процесима, биолошким различитостима и ресурсима. Означава захтев да се најзначајнији фактори нарушавања животне средине, тј. кључни узрочници еколошких промена држе под својеврсном контролом. „Одрживи развој подразумева формирање новог погледа на свет и функционисање савремене глобалне цивилизације, а третирање еколошке модернизације као интегралног дела укупних модернизацијских процеса, развијена еколошка свест заснована на антиципацији дугорочних еколошких последица човекових активности, те промењени однос човека према природи саставни су део тог новог погледа на свет.“¹⁰

Кључни фактори еколошких промена у савременим условима су:

- уништавање биосфере, тј. загађености ваздуха, воде и земљишта,
- ограниченост залиха природних ресурса,
- демографска експанзија,
- пренатрпаност простора тј. настајање мегалополиса и метрополитенских регија,
- проблем исхране.

Дугорочна еколошка одрживост природних ресурса је темељни услов одрживости привредног развоја. При том основни захтев је да садашње генерације оставе будућим генерацијама, укупну ресурсну основу на нивоу који није мањи од оног коју је сама наследила.

Економски аспект одрживог развоја се темељи на здравом и економски ефикасном развоју који подразумева управљање ресурсима на начин да и будуће генерације могу да их несметано користе. “У најширем економском смислу, одрживи развој значи способност друштва да постигне и оствари економски просперитет уз заштиту човекове животне средине и задовољавање све разноврснијих људских потреба, односно успостављање равнотеже између начина на који се расположиви ресурси користе и способности друштва да створи услове за задовољавање потреба како садашњих тако и будућих генерација. Само у том случају могуће је доћи до прихватљивијег одговора на питање како је могуће трансформисати економски раст у друштвени развој и, потом, у тај развој укључити што је могуће већи број друштава.”¹¹

Одрживо коришћење природног капитала означава ниво експлоатације природних ресурса који не делује на смањење стокова ресурса или популација. Одрживост говори о управљању природним капиталом на начин који не доводи у питање смањење његових фондова и токова током времена. Према том принципу, државе треба да теже

¹⁰ Магдаленић, З. Ка социолошком разумевању одрживог развоја *Социолошки преглед*, Београд, бр. 1, стр. 309–324.

¹¹ Магдаленић, З. нав. дело, стр. 309–324.

очувању свог природног капитала ограничавањем исцрпљивања и инвестирањем у његово обнављање. Очигледно да је реч о сложеном и контроверзном процесу превођења општег принципа у конкретна правила и препоруке чија примена треба у највећем могућем степену да усклади разлике између природе и карактера економских и еколошких анализа.

Економска одрживост вреднује природни капитал укључивањем његове вредности у привредни систем. Представља нову развојну парадигму, квалитативно другачију од свих пређашњих, тзв. конвенционалних модела развоја. Не занемарујући важност интензитета економског раста, ова развојна парадигма апострофира значај његовог квалитета, што традиционални модели раста не чине. У суштини, овај концепт означава покушај налажења одговора на питање неразвијености апострофирајући истовремено проблеме растућег девастирања природних ресурса и посебно деградације животне средине. Одрживи економски развој не поставља питање значаја увећања производње роба и услуга друштва, али поставља питање цене раста. Накраће, атрибут одрживости подразумева увећање продукције роба и услуга из истовремену стабилизацију раста становништва, заштиту природних ресурса и енергетских потенцијала, посебно необновљивих. У том смислу, концепт одрживог развоја полази од интеракције економије, технологије и екологије на начин који по први пут даје предност превентивној и антициптивној заштити природе, као и дугорочном и међугенерациском приступу, што га и чини новом развојном парадигмом у пуном значењу.¹² Дакле, економска одрживост подразумева постојање таквог економског система који садржи висок степен стабилности и способности стварања новостворене вредности као реалног извора за алиментирање свих видова потрошње. Економску одрживост морају дугорочно градити сви актери на одређеном простору стимулишући очување и раст квалитета живота у садашњости и будућности.

Дугорочно одрживи привредни развој подразумева:

- динамичан развој и економски раст уз остварење праведности, с акцентом на запошљавање и повећање личних прихода у оквиру конкурентнијег приватног сектора, и

- расподелу богатства, ресурса и могућности на такав начин да сви грађани могу да уживају бар минималне стандарде безбедности, људских права и осталих привилегија.

Императив одрживог развоја ни у ком случају не пренебегава значај економског раста, односно не занемарује неопходност реалног

¹² Покрајац, С. *Технологија, транзиција и глобализација*, СД Публик, Београд, 2004, стр. 78.

увећања производње. Међутим, он са правом поставља питање цене таквог раста. Наиме, има смисла говорити о расту производње искључиво под условом да увећање производње не води растућим неравнотежама у природном окружењу.

Одрживи развој је повезан са концептом оптималног раста, у њему се настоји успоставити равнотежа између економског раста и деградације животне средине. Између концепта одрживог економског развоја и концепта оптималног раста постоје одређене разлике: концепт одрживог развоја обухвата, поред осталог и социјалне утицаје као што су сиромаштво, и други проблеми социјалне и политичке стабилности, обухвата деградацију и загађење животне средине и исцрпљивање природних ресурса.

Одрживи економски развој би могао значити повећање реалног бруто националног производа по становнику које није резултат деградације животне средине, исцрпљивања ресурса и социјалних поремећаја. Опортунитетни трошкови загађења животне средине и коришћење ресурса представљају данашњу цену штета нанетих животној средини и природним ресурсима које ће сносити будуће генерације.

Социјална одрживост се односи на избегавање свих могућих тензија, као и озбиљних социјалних конфликта услед којих долази до опадања економских активности, запослености и доходака. Чињеница је да теорије развоја немају одговоре на једно од најкрупнијих развојних проблема, односно проблема незапослености.

3. Парадигма одрживог развоја и изазови и донети економије базиране на знању

Израз „економија заснована на знању“ описује привредно окружење, у којем иновације и знање замењују капитал и рад као примарне „факторе производње“.¹³ Одрживост у смислу економије засноване на знању, подразумева усклађивање економског раста са

¹³ У литератури се измењени начин привређивања који овде означавамо кованицом економија базирана на знању среће под различитим именима. Поменимо неке: информатичка економија, дигитална економија, супериндустријска економија, посткапиталистичка економија, менаџерска економија, интернет економија, умрежена економија, нова економија итд. Заједнички атрибут свих овако означених промена су интензивне, динамичне и дубоке промене, по правилу су различитог правца и са противречним манифестацијама у конкретној економској и друштвеној стварности.

интересом заштите животне средине и привредним развојем у коме кључни фактор стварања економских вредности представља знање.¹⁴

Економија заснована на знању претпоставља измењени начин размишљања и схватања значаја људског чиниоца у процесу стварања нових вредности. Ново време бележи завршетак раста и развоја традиционалних индустрија, као и својеврсну кризу традиционалног начина управљања производњом. Ствара се нова економија потпомогнута новим телекомунационим и информационим ресурсима, односно, привреда доминантно ослоњена на употреби тзв. нематеријалних фактора производње.

Знање се може поделити у два облика. Ову поделу знања први је извршио М. Полањи 1958. године, а актуелизовали су је јапански аутори Нонака и Такеучи 1993. године. Поменути аутори су уочили потребу да се диференцирано посматрају експлицирана и формализована знања, опредељена у разним технологијама, документима, процедурама, пројектима, формулама, цртежима, базама података итд., од оних знања која се тихо (немо) увећавају и кумулирају код сваког појединца као нарочити вид његове индивидуалне способности, интелектуалне моћи и културе.

Знање и интелектуални капитал у двадесет првом веку постају најбитнији ресурси сваке добро организоване и правилно усмерене иновативне компаније. „Знање је крајње необичан облик имовине предузећа. Оно има необичне путеве настанка, развоја и ширења, а посебно је тешко његово мерење и вредновање, тако да управљање знањем свакако најсложенија област менаџмента. Али и најважнија и – најисплативија.“¹⁵ У новије време све напредне и познате компаније у свету овај облик имовине све више присвајају и изражавају у својим вредносним активима. Корпорације попут Мајкрософта, Гугла и других научнофундираних предузећа у својим активима изражавају највећу вредност неопипљиве имовине, тј, имовине која се заснива на организованом знању, вештинама запослених, оданост фирми, дисциплини, иновативности, регистрованим патентима, задовољству потрошача и др. Животни век производа на тржишту значајно се скратио што је резултат нових знања и вештина запослених који кроз креације и идеје стварају нове иновације и вредности и тиме остварују своје стратешке циљеве и конкурентну предност на глобалном тржишту.

Економија знања се све више окреће људским ресурсима, креативним идејама, предузетничком лидерству и новој организационој

¹⁴ Детаљније о знању као фактору људског капитала у: Цветановић, С. Младеновић, И., нав. дело стр. 96-100.

¹⁵ Покрајац, С., нав. дело стр. 82.

култури.¹⁶ Да би организационо знање постало стратешка имовина оно мора имати најмање четири битне карактеристике: реткост, вредност, оригиналност и незамењивост, што се постиже организационом културом као нарочитим везивним ткивом организације која обезбеђује тако неопходну синергију. Знање је подложно брзом застаревању. Знање се унапређује када се примењује, а губи када се не користи. Без учења и стварања новог знања нема континуитета у стварању нових вредности. Организационо учење у функцији је подршке стратегији одрживог развоја у економији знања и оно представља кључни елемент читавог концепта и система менаџмента знања као нове управљачке парадигме.

Економију засновану на знању карактеришу следеће тенденције:

- материјална производња захтева све мањи број запослених људи;
- развија се нова, глобална и квалитетнија комуникациона инфраструктура;
- производе се нови, интелигентни радни и производни алати, применљиви у хуманијим радним условима и срединама;
- слободног капитала има у изобиљу и он несметано кружи светом;
- развија се предузетнички дух;
- производња све више зависи од коришћења достигнућа науке и технике, као и од квалитета информација и менаџмента;
- у развијеним земљама долази до померања пажње произвођача и корисника од материјалне производње на информатичку делатност;
- економија добија обресе глобалности у којима су капитал, производња, менаџмент, тржиште, рад, технологија организовани независно од националних граница;
- револуционарни карактер технолошких промена у чијој су основи информатичке технологије, које трансформишу материјалну базу савременог света.¹⁷

У економији знања парадигма одрживости мора поћи од става да ће образовање постати епицентар људске активности. Ова претпоставка све више добија на значају у самим компанијама у свету. Стварна конкурентна предност компанија биће њихова способност да уче брже и боље од конкуренције, да сакупљају, деле и стално увећавају знање. Знање и искуство стечено у оквиру различитих истраживања циркулише широм света и транснационалне корпорације га ефикасно користе. Предвиђања Питера Дракера да неће бити сиромашних земаља, већ само земаља у којима влада незнање, може се применити и на компаније и

¹⁶ Дракер, П. *Поскапиталистичко друштво*, Привредни преглед, Београд, 1995, стр. 183.

¹⁷ Илић, Б. Двдесетпрви век – век нове економије, *Трансфер технологије за европску Србију*, Машински факултет, Београд, 2005, стр. 71-73.

констатовати да оне компаније чији се раст и развој не базира на знању у новој економији биће технолошки и тржишно превазиђене од конкуренције и неће моћи опстати на свтеском тржишту.¹⁸ У том свету, по мишљењу познатог хрватског економисте Милана Месарића, физички и финансијски капитал ће у производним и друштвеним процесима имати све мањи значај. У први план ће избити образовна и креативна компонента хуманог капитала. „Повезано са тим, односи у производним и свим осталим делатностима биће трансформисани из хијерархијских односа надређености и подређености у равноправну, партнерску партиципацију и сарадњу, док ће управљање бити преобликовано у неки облик самоуправљања.“¹⁹

Улагање у образовање, односно у људски капитал, има карактер инвестиционог улагања, због чега је политика образовања незаобилазни део укупне развојне политике друштва. Овај концепт подразумева образоване људе који брзо уче, који су иновативни и креативни, који мењају сопствене способности у складу са технолошким напретком и глобалним трендовима развоја. образовање има велики значај у контексту проблематике одрживог развоја појединих земаља, а унапређење образовања становништва захтева: подизање укупног образовног нивоа, ефективно повезивање кретања на тржишту рада са структуром образовних профила у оквиру система образовања, и усклађивање образовног процеса са потребама привреде засноване на знању.

¹⁸ Дракер, П., нав. дело, стр.185.

¹⁹ Месарић, М. Обриси новог, социјално праведног, економски ефикасног и еколошки одрживог модела, *Економски преглед*, Загреб, бр. 12, 2006, стр. 939-969.

Dusanka Jovovic, LL.D
Full Professor

**PARADIGM OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND THE
GROWING IMPORTANCE OF EDUCATION IN KNOWLEDGE-
BASED ECONOMY**

Summary

One of the basic concepts of economics of natural resources and environment is the paradigm of sustainable development. Basically the idea of sustainability is the belief that decisions taken today should not jeopardize the prospects for the preservation or improvement of living standards in the future. Distribution of resources that impoverishes future generations and to enrich the current generation, according to this concept, unfair and not sustainable. Deplete the resource to be used by future generations, is a departure from sustainability criteria if thus worsening the living conditions of future generations compared to the previous one.

Thus defined sustainable development has a very broad general meaning that can only be a major landmark of national and global politics - the problem of sustainable business models. Although the concept adopted in 1987. year, we can say that there is still no widely accepted operational proposal for its implementation.

Despite the different interpretations that can be found in the literature, this concept today has a central place in the consideration drugoročne prospects of survival and progress of mankind. The paradigm of sustainable development is a basic assumption, and also the ultimate goal of effective organization of a number of human activities on Earth.

Basically the concept of sustainable development in knowledge-based economy are structural changes in which knowledge is most pronounced influence on the knowledge itself, the movement of productivity as well as the technology development process of knowledge creation.



Мр Сузана Димић

ОПОРЕЗИВАЊЕ МАЛИХ ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА ПОРЕЗОМ НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ

Апстракт:

Руководећи се логиком за отребом постојања посебног пореског третмана, српски законодавац је прихватио тенденцију присутну у савременим пореским системима да се за категорију малих пореских обвезника пропише посебан поступак опорезивања порезом да додату вредност (ПДВ-ом). Посебан режим опорезивања малих пореских обвезника, поред тога што омогућава повољнији порески третман ове категорије, доводи до интересантих правних дилема, како у теорији, тако и у пракси.

Кључне речи: порез на додату вредност, мали порески обвезници, посебан режим опорезивања, цензус, право опције.

Мр Сузана Димић

ОПОРЕЗИВАЊЕ МАЛИХ ПОРЕСКИХ ОБВЕЗНИКА ПОРЕЗОМ НА ДОДАТУ ВРЕДНОСТ

Увод

За одређене категорије пореских обвезника у већини савремених система пореза на додату вредност прописан је посебан режим. У прилог томе иду разлози економичности у поступку утврђивања и наплате пореза. Наиме, приликом опорезивања мора се водити рачуна о начелу економичности, које захтева да, приликом наплате пореза, трошкови средстава буду што мањи. Пошто се ради о специфичним привредним субјектима, пореској администрацији је отежано спровођење поступка утврђивања и контроле реализације њихове пореске обавезе. Боље речено, трошкови пореске администрације били би већи, него износ средстава који би се прикупио наплатом пореза. Посебан режим опорезивања ПДВ-ом се примењује на онај промет добара и услуга код кога се, по правилу, не очекују издашни фискални приходи.¹

Констатација да би трошкови наплате пореза по општем режиму утврђивања и наплате ПДВ били већи од износа тако прикупљених прихода, поготову добија на значају код земаља у транзицији. Наиме, ради се о таквим приходима чије је учешће у структури јавних прихода незнатно, јер окосницу досадашњих система опорезивања промета добара и услуга у земљама у транзицији чинили су приходи од великих предузећа.²

Поред разлога ефикасности, присутна је потреба да се кроз специфичан порески режим ових категорија привредних субјеката настоји се да се стимулативно делује на ове делатности. " Владе највећег броја земаља широм света увиђају значај малих и средњих предузећа у пружању њиховог доприноса економском расту, запошљавању, социјалној кохезији и локалном развоју. Таква предузећа имају значајну улогу у ублажавању

¹Видети: Поповић, Д. -Пореско право, Правни факултет Универзитета у Београду, „Службени гласник“, Београд, 2008, стр.407

²О разлозима специфичног пореског третмана, са посебним освртом на земље у транзицији детаљније видети: Хрустић, Х. -Увођење пореза на додату вредност у фискални систем привреде у транзицији (докторска дисертација), Београд, 1994, стр.72-82.

сиромаштва, развоју предузетништва, "извлачењу" појединих региона или земаља из неразвијености, као и олакшавању процеса транзиције."³ Креатори економске политике, па и пореске политике у оквиру ње, воде рачуна да применом одговарајућих мера остваре те постављене циљеве. Код опорезивања ПДВ-ом полази се од потребе да се ова лица не излажу додатним активностима и трошковима око обрачуна и плаћања пореза.

Специфичност посебних поступака за поједине категорије пореских обвезника огледа се у извесним одступањима од правила поступка по општем режиму опорезивања ПДВ-ом. За њих се може рећи да су „ одређеној мери поједностављени“⁴ поступци опорезивања ПДВ-ом. Поједина права и обавезе пореских обвезника су модификована и прилагођена потреби вођења „економичнијег“ поступка. Потреба смањења трошкова утврђивања и наплате ПДВ код појединих категорија пореских обвезника, код којих се не могу реализовати издашнији приходи, утицала је на то.

Међу две најважније категорије пореских обвезника за које је прописан посебан режим опорезивања, спадају мали порески обвезници и пољопривредници. За прву групу обвезника важе посебна правила у погледу одређивања њиховог пореско-правног статуса у поступку опорезивања ПДВ-ом. Прописивање цензуса за мале пореске обвезнике је од изузетне важности, јер се тиме одређује праг за улазак у систем ПДВ. Категорија пољопривредника је веома интересантна са аспекта сагледавања права и обавеза пореских обвезника у поступку утврђивања и наплате ПДВ.

Посебан режим опорезивања малих порески обвезника према важећем Закону о порезу на додату вредност Републике Србије

Категорију малих пореских обвезника чине лица која обављају промет добара и услуга, који је, иначе, предмет опорезивања ПДВ-ом. Њихов „привилегован“ порески третман управо се огледа у томе да ова лица немају обавезу плаћања ПДВ. Приликом дефинисања ове категорије пореског обвезника, важећи закон Републике Србије⁵ полази од категорије обвезника ПДВ, јер прописују да мали порески обвезник може бити: правно лице, физичко лице или предузетник, које самостално обавља опорезиви промет добара и услуга, у оквиру обављања своје делатности.

³ Попов-Илић, Г. -Могућности, препреке и конкурентност малих и средњих предузећа - општи и порески аспекти -,Право и привреда бр.5-8/2003, стр.405

⁴ Поповић, Д. нав.дело,стр. 407

⁵ Закон о порезу на додату вредност, Сл.гласник РС, бр.84/04, 86/04, 61/05 и 61/07 (у даљем тексту: ЗПДВС).

Тачку разграничења од које се полази приликом одређивања да ли су ова лица обвезници ПДВ или не, чини законом прописани износ - цензус (горњи лимит).⁶ Уколико порески обвезник оствари укупан годишњи промет испод цензуса нема обавезу укључења у систем ПДВ и за њега ће се примењивати поједностављени поступак опорезивања ПДВ-ом. Ако укупан приход пореског обвезника прелази законом прописани износ, аутоматски улази у систем ПДВ и подлеже општем режиму опорезивања.

Одређивање висине цензуса за улазак малог пореског обвезника у систем ПДВ је веома важан елемент.⁷ Прописивање адекватне висине цензуса је веома битно, јер је смисао примене посебног поступка код ове категорије пореских обвезника је превазилажење проблема високих трошкова опорезивања. Трошкови настали, како на страни пореске администрације, тако и на страни самих пореских обвезника, су релативно високи у односу висину убраних прихода.⁸ Када праг за улазак у систем ПДВ није у функцији висине реализованих пореских прихода и насталих трошкова опорезивања, настају одређене негативне последице. У случају прописивања вишег цензуса од оптималног, одређени број пореских обвезника неће бити укључен у систем ПДВ, што ће утицати на мањи прилив прихода у државну благајну.⁹ Са друге стране, ако је утврђен низак цензус, већи број малих пореских обвезника ће бити укључен у систем ПДВ и условиће већи прилив средстава за државу. Сама чињеница повећаног прилива државног прихода, међутим, није довољна за оцену висине цензуса, јер ће у овом случају, улазак већег броја малих пореских обвезника у систем ПДВ условити знатно оптерећење пореске администрације и повећање трошкова опорезивања.¹⁰ Укључивање већег броја малих пореских обвезника у систем ПДВ-а производи одређене негативне последице и на страни пореских обвезника. Одређивање ниског цензуса ће анулирати позитивне ефекте прописивања посебног поступка за мале пореске обвезнике. Модификовањем општих правила опорезивања ПДВ-ом, настојала се постићи заштита малих пореских обвезника од додатног ангажовања око обрачунавања и плаћања ПДВ. Примена

⁶ У већини земаља чланица ОЕСД олакшице могу да користе она предузећа чији износ промета не прелази одређени лимит. Међутим, у неким земљама се примењују други критеријуми, нпр. број запослених. (Нав. према: Попов-Илић, Г. -нав. дело, стр. 414-415)

⁷ Видети: Јелчић, В. и други, *Финансијско право и финансијска знаност*, Народне новине, Загреб, 2002, стр. 411

⁸ Видети: исто

⁹ Наведено према: Враљеш, М. Нека актуелна питања на подручју ПДВ у ЕУ и у Србији, *Правни живот* бр.12/2009, том IV, стр. 63

¹⁰ Наведено: исто

правила поступка по општем режиму опорезивања ПДВ-ом изискује за ова лица додатно време, као и потребу да плаћају додатне трошкове, па чак и затраже професионалну помоћ и савет.¹¹

У земљама у окружењу висина цензуса за улазак малих пореских обвезника у систем ПДВ прописана је у следећим износима:

- Словенија: 25.000 евра;
- Хрватска: 85.000,00 куна;
- Босна и Херцеговина: 50.000 КМ
- Црна Гора: 18.000 евра и
- Србија: 4.000.000 дин.¹²

У оквиру Европске Уније разликују се три групе земаља чланица у погледу прописивања цензуса за изузеће малих пореских обвезника од опорезивања ПДВ-ом. Прву групу чине земље које су на дан 17.мај 1977.г. прописивале ослобођења за лица која су остваривала годишњи промет у мањем или једнаком износу у националној валути, еквивалентно износу од 5.000 европских обрачунских јединица, могу повећати цензус до 5.000 евра.¹³ Другу групу чине земље чланице које су на дан 17.мај 1977.г. прописивале ослобођења од плаћања ПДВ за лица која су остваривала годишњи промет једнак или већи од износа у националној валути, који је еквивалентан износу од 5.000 европских обрачунских јединица, могу подићи цензус у циљу постизања реалне вредности ослобођења.¹⁴ Трећу групу чине земље које су постале чланице после 1.јануара 1978.г. За сваку од ових земаља је прописан цензус који чини годишњи промет у противвредности националне валуте по курсу конверзије на дан њиховог приступа.¹⁵

Имајући у виду одредбе Директиве 2006/112, може се закључити да државама у окружењу предстоји усклађивање прописаних

¹¹Хрустић, Х. Регулисање посебних поступака пореза на додату вредност у Европској Унији, Европско законодавство 27-28/09, Институт за међународну политику и привреду, Београд, стр.76

¹²Висина цензуса за улазак малих пореских обвезника у систем ПДВ уређена је одредбама закона о ПДВ (чл.94 *Zakon o davku na dodano vrednost Slovenije*, *Ur.I. RS št* 40/04,70/04; чл.22 *Zakon o porezu na dodatu vrijednost Hrvatske*, *Narodne novine*, br. 47/95, 106/96,164/98, 105/99, 54/00, 73/00, 48/04, 82/04, 90/05, 76/07; чл.57 ст.1 *Zakon o porezu na dodatu vrijednost*, *Службени гласник БиХ* бр. 09/05, 35/05 и 100/08; чл.42 ст.1 *Zakon o porezu na dodatu vrijednost*, *Сл.лист ЦГ* бр. 65/01, 12/02, 38/02, 72/02, 21/03, 76/05 и 4/06 и чл.33 ст.1 *ЗПДВС*).

¹³Видети: чл.284 ст.2 Директиве ЕУ 112/2006 (COUNCIL DIRECTIVE 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax, *Official Journal of the European Union* 134/06).

¹⁴Видети: чл. 286 нав. директиве

¹⁵Видети: чл. 287 нав. директиве

цензуса.¹⁶Обзиром да је хармонизација унутрашњих правила са правним правилима ЕУ услов за прикључење, нема сумње да и у овом погледу интерне законске одредбе треба да буду усклађене са наведеним одредбама. Пошто се ради о директиви новијег датума, очекивање да ће доћи до одговарајућег усклађивања је сасвим реално.

Да се ради о релативно високим износима цензуса за улазак у систем ПДВ, уочљиво је већ на први поглед. Друга констатација, да веома висок цензус постоји у српском систему ПДВ, је очигледна и намеће одређене критике на рачун законодавца. Главни аргумент против прописивања високог цензуса за улазак малих пореских обвезника у систем ПДВ, треба применити и овде. Каузалност између високо прописаног цензуса и малог броја малих пореских обвезника који подлежу опорезивању ПДВ-ом, очигледније добија на значају у нашим условима. Горе наведени износ представља веома висок цензус, поготову ако се има у виду наша привредна реалност. У условима када веома мали број привредних субјеката рентабилно послује, одређивање овако високог цензуса оставља знатан број малих пореских обвезника ван система ПДВ-а. Нема сумње да таква обухватност пореске обавезе оставља последице по државну касу, јер проузрокује смањење прилива прихода. Намеће закључак да је неминовно смањење висине износа за улазак малих пореских обвезника у систем ПДВ, како због постојања потребе хармонизације са правом ЕУ, тако и из разлога пореско-правне природе.

Специфичност пореског третмана ових лица са аспекта ПДВ огледа се првенствено у томе што *они нису обвезници ПДВ*.¹⁷ То значи да ова лица немају обавезу да воде одговарајућу евиденцију, да издају рачун или други документ,¹⁸ одн. немају све оне обавезе које имају обвезници ПДВ, зато што они немају обавезу да обрачунавају и плаћају ПДВ за обављени промет добара и услуга. Са аспекта обрачунавања и плаћања ПДВ-а, ова лица имају положај сличан крајњем потрошачу,¹⁹ иако врше промет добара и услуга у оквиру обављања своје делатности. Неплаћање пореза може у одређеном смислу бити предност код ових лица (услуге самосталног занатлије могу бити јефтине због тога и сл.).

Међутим, у одређеним случајевима овакав статус може значити неповољнији положај у односу лица који су обвезници. Због тога што не обрачунавају и не плаћају ПДВ, ова лица немају право на одбитак

¹⁶Осим Словеније, која је у складу са чл. 287 ове директиве, прописала цензус за улазак малих пореских обвезника у систем ПДВ.

¹⁷Поред изузимања малих пореских обвезника из система ПДВ-а, у примени су и снижене пореске олакшице. (чл. 281 Директиве 2006/112).

¹⁸Видети: чл. 33. ст. 2. ЗПДВС

¹⁹Нав. према: Поповић, Д. нав. дело, стр. 407.

претходног пореза. Без обзира што су набавку добара и услуга извршили од лица која су обвезници ПДВ, мали порески обвезници не могу одбити порез који је плаћен у претходној фази, већ га, кроз плаћање набавне цене, плаћају. Непостојање права на одбитак може веома неповољно да делује на малог пореског обвезника, у случају великог учешћа *inputa* набављених од пореских обвезника који се налазе у систему ПДВ-а.²⁰ С друге стране, када мали порески обвезници врше промет добара или услуга другим лицима који су обвезници ПДВ, пошто не исказују порез у рачуну, ова лица - њихови следбеници у прометном циклусу су у неповољнијем положају него да су набавку извршили од лица које обвезник ПДВ, јер не могу остварити право на порески кредит. То ће бити разлог да се ова лица радије опредељују за набавку од лица која су обвезници ПДВ, што може веома неповољно да се рефлектује на малог пореског обвезника, уколико значајан приход остварује испорукама овим лицима.²¹

Неки аутори у пореској литератури, посебни поступак опорезивања малих пореских обвезника сврставају у групу пореских ослобођења²² Поред „класичног“ начина прописивања ослобођења од плаћања ПДВ, установљавање посебних правила у поступку опорезивања ПДВ-ом се, такође, сматра једним од видова пореских ослобођења. Мали порески обвезници се изједначавају, по пореско-правном статусу, са обвезницима који су ослобођени плаћања ПДВ без права на одбитак претходног пореза.²³ Немају обавезу да обрачунавају и плаћају порез, али немају ни право да траже одбитак пореза који је плаћен у претходној фази прометног циклуса.

Пошто околност да мали порески обвезници немају право на порески одбитак може у потпуности да анулира предности које му пружа пореско ослобођење,²⁴ њима је дата могућност да под одређеним условима могу бити обвезници ПДВ.²⁵ Ако ова лица остваре укупан промет у преходних 12 месеци или процењују да ће у наредних 12 месеци остварити укупан промет већи од одређеног износа законом прописаном (

²⁰ Исто

²¹ Исто

²² Видети: Јелчић, В. и други - нав. дело, стр. 406.

²³ Видети: исто, стр. 411.

²⁴ Видети: Поповић, Д. - нав. дело, стр. 407.

²⁵ Право опције да се региструју као обвезници ПДВ имају мали порески обвезници у већини земаља чланица ОЕСД. У неким земљама су прописане и пореске олакшице за мале пореске обвезнике, које се огледају у одобравању дужих рокова од прописаних за подношење пореске пријаве и плаћање пореза (нпр. Грчка). (Навед. према: Хрустић, Х. - Увођење пореза на додату вредност у фискални систем привреде у транзицији, нав. дело, стр. 83)

2.000.000 дин.) имају *право опције*. Наиме, ова лица се могу одредити за обавезу плаћања ПДВ на почетку календарске године подношењем евиденционе пријаве надлежном пореском органу најкасније до 15. јануара текуће године.²⁶ Ако се одреде за обавезу плаћања ПДВ, постају порески обвезници и имају она права и обавезе обвезника ПДВ-а. У случају добровољног уласка у систем ПДВ, обавеза обрачунавања и плаћања овог пореза траје најмање 2 године. Обавеза плаћања ПДВ не престаје аутоматски по истеку овог рока, већ је потребно да обвезник поднесе захтев.²⁷ Према важећим одредбама српског закона, фактички постоје две групе обвезника у оквиру ове категорије: прву групу чине мали порески обвезници чији (остварен или претпостављен) укупан приход прелази износ од 2.000.000 дин, који имају право опције; другу групу чине мали порески обвезници чији (остварен или претпостављен) укупан приход прелази износ од 4.000.000 дин. који *по сили закона* постају обвезници ПДВ.

Закључак

Руководећи се потребом постојања посебног пореског третмана за категорију малих пореских обвезника, из разлога економичности у поступку утврђивања и наплате пореза, као и настојања да се стимулативно делује на одређене делатности, српски закон којим се регулише материја пореза на додату вредност прихвата тенденцију присутну у савременим пореским системима и прописује посебан режим за ову категорију обвезника.

Прописивање цензуса за мале пореске обвезнике је од изузетне важности, јер се тиме одређује праг за улазак у систем ПДВ-а. Имајући у виду висину цензуса прописану законима о порезу на додату вредност земаља у окружењу, које претендују да постану чланице ЕУ, може се закључити да предстоји њихово усклађивање са висином тог износа прописаном Директивом ЕУ из 2006.г.

Обзиром да је српски закон прописао веома висок цензус за улазак малих пореских обвезника у систем ПДВ-а, неминовно се намеће закључак да треба смањити његову висину, како због потреба хармонизације са правних правила пореског права ЕУ, тако и из одређених разлога пореско правне природе.

²⁶ Видети: чл. 33 ст. 3. ЗПДВС

²⁷ Видети: чл. 33 ст. 5. ЗПДВС

Suzana Dimić, LL.M
Teaching Assistant

TAXATION OF SMALL TAXPAYERS VAT

Summary

Modern tax systems in the field of VAT taxation regime for prescribing a particular category of small taxpayers.

The tendency of a more favorable tax treatment of this category of taxpayers is also present in the current tax law in Serbia.

Prescribing the threshold for small taxpayers is very important, because it determines the threshold for entry into the VAT system, which includes certain rights and obligations in the calculation and payment of VAT.

**КАТЕДРА ЗА ТЕОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ,
ИСТОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ И
СОЦИОЛОГИЈУ**



Доц. др Сава Аксић

ОСНОВ ПРАВА

Апстракт:

О основу права у једном делу науке постоји спор као последица чињенице да се не расправља о појму него о термину или као последица да се наглашавају само поједини елементи права. Уместо оваквог приступа резултате може дати само приступ који узима у обзир целокупно право. Посебно ако се има у виду да државно право није више ни једино нити тако надмоћно у односу на друштвено право, и то не само у унутрашњим, него и у међународним односима. Недржавних субјеката који стварају и примењују право је све више, чак и међународним односима, као области која је традиционално била резервисана за државе. Основ свега овога може бити само сврха различитих друштвених процеса који се путем правне форме регулишу. Принуда у логичком смислу, односно санкција више норме може бити основа, односно формални извор, само појединих врста права схваћених саме за себе, никако целокупног права – државног и друштвеног, важећег унутар државе и у међународним односима, никако дакле у аспекту правног плурализма. Основ целокупног права може бити само сврха, односно разлог због којег друштвени процес који је регулисан правном нормом постоји, као неправна чињеница чије бивство претходи вишој и нижој правној санкцији као иманентним појмовима правне систематике.

Кључне речи: Основ права, државно - друштвено право, важење, ефикасност, плурализам, сврха права.

Доц. др Сава Аксић

ОСНОВ ПРАВА

У одређивању основа права постоји недореченост и неодређеност и то како у термину тако и у појму.¹

Неодређеност термина је последица придавања термину неодређеног или неког априорног значења, односно везивања "априорног појма"² за термин, чији би се смисао некако требао одгонетнути. Питање је како би то требало учинити, с обзиром да ни о праву, као ни о једној другој појави не постоји дефиниција дата сама за себе.³ Чак ни неки, који су приметили да је "спор" око права – у ствари само спор око термина, нису далеко одмакли од тога него су и сами дали свој допринос таквој врсти "расправа".

Други пут су дискусије о праву последица неодређености или функције, или сврхе, или неодређености о некој другој карактеристици права, али у сваком случају неодређености која је последица схватања које, или довољно не уважава све научне методе неопходно применљиве у изучавања права примерене карактеристици која се жели проучити, због чега је онда и резултат неодређеност у ма ком од наведених значења логична последица такве полазне концепције, или на крају крајева последица схватања које се у потпуности може применити и на друге друштвене норме.⁴

Не желећи да улазимо у овакве расправе, и да њих критикујемо неком нашом новом теоријом исте врсте којом би право одређивали на исти овакав начин, и то обично преко дефиниција које су толико уопштене да не значе много (као нпр. да се праву придају карактеристике које имају и остале норме, при чему би у том случају недостајао критеријум за разликовање правних од осталих врста друштвених норми),⁵ а посебно не улазећи у прву врсту расправа – расправу

¹ Лукић Р. *Теорија држава и права, II Теорија права*, Београд 1995, стр. 36 – 60; Харт Х. *Појам права*, Подгорица 1994, стр. 20 – 26; Luhmann N. *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995, стр. 168 – 169.

² Упоредити: Frank J. *Law and the modern mind*, New York 1930, стр. 85

³ Упоредити.: Радбрух Г. *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 44 – 52.

⁴ Упоредити: Кауфман А. *Право и разумевање права*, Београд – Ваљево, 1998, стр. 175 – 199.

⁵ Исто.

термиолошке природе, ми сматрамо да се основа права, а то значи и његов смисао, једино може одредити на други, обрнут начин од овог, односно, мора се поћи од елемената из којих се право састоји и из којих настаје, тј. од његових материјалних извора и других његових квалитета.⁶ Једино се тако може утврдити да право није само себи сврха,⁷ него да право постоји како би сачекало новонастале односе или отпратило већ настале односе у друштву, утврдити шта је његов циљ у сваком конкретном случају, која је његова функција,⁸ шта га чини, које врсте права постоје, шта је то "правно" у свим тим правним нормама,⁹ да би смо тако дошли до закључка о суштини права и посебно одгонетнути шта чини суштину државног права а шта суштину друштвеног права¹⁰ – као права које постаје све шире, обухватније, применљивије у све већем броју односа и то како у унутрашњем, тако и у међународном праву.¹¹

Тако да је неспорно да се у сазнавању права (у обиму димензије постављене концепције – основа права) мора поћи од анализе његових различитих појавних облика и посебно – посматрања у његовој целовитости.¹²

То је у сваком случају обрнут пут анализе правног феномена од оног који је био преовлађујући, када су се у не малом броју фаза развоја друштва зависно од разних тренутних потреба, резултати истраживања хтели уклопити у ток владајућих схватања или пошто – пото створити оригинална решења до којих се долазило на начин да се право парцијално посматра тако да се неки појавни облици права игноришу, па функција права тако и одреди, те су и настајале такве дефиниције које су истицале један његов квалитет као преовлађујући, док су сви остали квалитети или занемаривани или стављани у други план.

⁶ Петражицки Л. Ј. *Теорија права и морала*, Београд – Подгорица - Сремски Карловци - Нови Сад 1999, стр. 261 – 380.

⁷ Јеринг ф. Р., *Циљ у праву*, Београд – Подгорица - Сремски Карловци - Нови Сад 1998, стр. 17 – 26.

⁸ Лукић Р. нав. дело, стр. 51 – 55.

⁹ Иако је право и правно код нас шире постављено, адекватно резону обе врсте права, као и осталих врста императивних условљавања (норми), то " правно " у смислу важења (односа више и ниже норме) можемо најјасније видети код Келзена. Видети део о Основу важења нормативног поретка: Келзен Х. *Чиста теорија права*, Београд 2000, стр. 155 – 177.

¹⁰ Упореди: Лукић Р. "Социолошки појам права", *ГЛАС СССХХ Срске академије наука и уметности*, Одељење друштвених наука, књ. 21 – 1980, стр. 83.

¹¹ У аспекту нормативног и логичког односа између појмова, али не и њихове садржине, која је код Келзена једнострано редукована (нав. дело стр. 252 – 263).

¹² Упореди: Интегрални метод државно – правне науке, Врачар С. *Преиспитивања правне методологије*, Београд 1994, стр. 70 – 94.

Наравно да ће мултипликованост, посебно у задње време, извора и ствараоца права, његових појавних облика, врста односа које регулише, интереса које штити¹³, начина остварења итд. осветлити многе његове квалитете.¹⁴ Та чињеница може да појача сумњу у сва досадашња схватања о једнообразности права. Свакако да и државно и друштвено право имају као сврху заштиту општих и индивидуалних интереса, али и ако се та два права разликују у неким аспектима, првенствено у погледу формалног извора једног и другог права и субјекта који примењује санкције, ипак постоји заједничка нит државног и недржавног – друштвеног права, права створеног и примењеног од друштвених субјекта. Правни плурализам, као у осталом и сваки плурализам најапстрактније узет, мора имати своју константу која се као таква провлачи кроз сваку појаву исте врсте и захваљујући којој се та појава идентификује као плурална, али која управо захваљујући и различитости осталих карактеристика чини такву појаву другачијом, појаву која се од прве разликује захваљујући својој плуралности а ипак чини појаву истог рода или врсте као и прва појава. У том смислу једино принцип сазнања суштине и целовитости права¹⁵, може бити метод који једино у било којим врстама истраживања права може омогућити приступ до одрживих резултата и омогућити избегавања превида било које врсте.¹⁶

Дакле у амбијенту државних ствараоца права и државних аката као формалних извора права, на једној страни, и, повећања броја и значаја недржавних ствараоца права, на другој страни, а тиме и недржавних извора права у формалном смислу, о праву се мора размишљати на начин¹⁷ да се право створено од државе и забрањено на традиционалан начин, не може сматрати јединим могућим правом¹⁸. Правило је да паралелно са државом, постоје друштвени субјекта права потпуно независни од државе, као и да држава тим субјектима признаје право располагања овлашћењима у друштвеним делатностима,¹⁹ која настају као

¹³ Односно " препознаје " - Luhmann N. нав. дело, str. 391.

¹⁴ Види.: Гурвич Ж. "Облицима друштвености и врстама права", *Социологија права*, Подгорица 1997, стр. 189 – 204.

¹⁵ Jorgenson S., *Recht und Gesellschaft*, Göttingen 1971, стр. 7.

¹⁶ Видети: Лукић Р. Теорија државе и права, II Теорија државе, Београд 1995, стр. 58 – 66.

¹⁷ Лукић Р. "Социолошки појам права", *ГЛАС CCCXIX Српске академије наука и уметности*, Одељење друштвених наука, књ. 21 – 1980, стр. 89.

¹⁸ То више није случај ни у међународном праву: Н. Andrew, "Conclusion, International Law and the Changing Constitution of International Society", *The role of Law in international Politics, Essays in International Relations and International Law*, Oxford university press, 2001, стр. 337 – 338.

¹⁹ Н. Andrew, нав. дело, стр. 336.

последница обављања одређених делатности од стране ових субјеката и самосталног уређивања њихове организације и функционисања.²⁰

Откривањем карактеристика права на овај начин, открива се заједнички именилац свих квалитета који неку појаву чине правном.

Управо, право, односно културни облик његове идентификације²¹, ваљан да чини основу овлашћења у односима регулисаним правним нормама, на данашњем степену културног развоја постаје средство не више само униформисања него и различитости, што наравно није свршено стање него процес преко кога човек доживљава процес дотварања као хуманог бића. Јачањем идеје друштвеног права то се најбоље доказује.

Са тенденцијама ове врсте, научна дисциплина као социологија права²² доживљава доказ своје научности, а антропологија²³ почиње да доказује у пракси постулате о човеку као хуманом бићу. Наравно у расветљавању појаве права, свој допринос свакако има и биологија²⁴. Социологија права и социологија²⁵ доказују, не само да државно право није једино, него и да његов значај није најбитнији, да поред државног постоји и недржавно – друштвено право, право на коме, између осталог, у великом обиму почивају најбитније области живота друштва – економске, као и да сво право, било оно државно или друштвено, постоји да би се примењивало, а с друге стране антропологија²⁶, у јачању друштвеног права налази потврду човека и његове хуманости, доказ да је право заиста дато од човека као и да само њему и служи.

Потврђивања човека као ствараоца правног, па тиме и друштеног окружења у целини, најбољи је доказ хуманости друштва, а тиме и таквог културног развоја друштва у коме хумане карактеристике²⁷ човека почињу да бивају сматране саставним делом личности и условом опстајања заједнице уопште.²⁸

Сама чињеница вишедимензионалног квалитета права, која се сасвим логично може сматрати карактеристиком права ако се оно схвати као сврховита појава – појава чији је циљ задовољење потреба заједнице,

²⁰ Упореди: Живановић Т. *Систем синтетичке филозофије права, Синтетичка филозофија права I*, Београд 1997, стр. 149 – 195.

²¹ Радбрух Г. нав. дело, стр. 11 – 16.

²² Вукадиновић Г. Степанов Р. *Теорија права II*, Петроварадин 2001, стр. 97 – 122.

²³ *Исто*, стр. 77 – 96.

²⁴ Fikentscher W., McGuire M. T., "A four – function theory of Biology for Law", *Rechtstheorie*, 25 Band, Heft 3. Berlin 1994, стр. 294.

²⁵ Selznick P. "The Sociology of Law", *Sociology today*, New York 1960, стр. 125.

²⁶ Gerhard A. "Legal pluralism in a transnational context: where disciplines converge", *Cahiers d'Anthropologie du droit, Les pluralismes juridiques*, Paris, 2003, стр. 117.

²⁷ Hurrell A. нав. дело, стр. 337.

²⁸ Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1930, стр. 25.

указује на његову форму, односно формалне изворе, облике, начине манифестације, који аналогијом, исто тако само могу бити вишедимензионални.²⁹ Идеја правног плурализма је присутна како у погледу настанка права, тако и у погледу његовог постојања и остварења. Можда и проблем о "неухватљивости" права управо и лежи у заблуди да је право једнострано и да треба бити дато само од једног субјекта (државе), а када га недржавни субјекти стварају, онда то смеју радити само по овлашћењу и уз надзор државе, ако га стварају приватна лица онда то није право него обичај, односно да право чине правила подупрta силом ма које врсте само онда ако се та правила примењују у самој заједници, а када се примењују у односима између заједница, односно између припадника тих заједница – у међународним односима, правност права се ставља под лупу сумње. Тако да и схватање права које следи такве – једностране и уске почетне позиције, не може бити другачије него парцијално, необухватно и као такво неодрживо.³⁰

Ми сматрамо да се идеја права првенствено односи на плурализам његове суштине, плурализам у стварању норми, као и у њиховом остварењу. Сваки поредак који је покушао да ту идеју деформише, па само једног субјекта, који је по правилу био држава, одредио као јединог ствараоца и дароватеља права, доводио је у питање демократичност државе и сам "правни поредак", да би се након тога, а у интересу економског и уопште друштвеног живота, помирио са чињеницом постојања права мимо државног – друштвеног, живог права.

У контексту овога у литератури постоји спор између традиционалне теорије, која право везује искључиво за државу и налази га само у њеним нормама, на једној страни, и схватања која суштинске карактеристике права налазе и код недржавног права,³¹ и друштва у целини³², на другој страни, што ни у ком случају не значи различита његова нормативна, формална хијерархије са аспекта логичких карактеристика³³ у односу на државно право, него управо обрнуто, да и

²⁹ Овде се под формалним изворима мисли само на вишу норму чија је нижа норма само конкретизација без обзира о каквом се праву ради а никако само на изворе формалног (писаног) права (државног или друштвеног). У том аспекту видети: Петражицки Л. Ј. нав. дело, стр. 381 – 517.

³⁰ Упореди: Келзен Х. нав. дело, стр. 246 – 251.

³¹ Петражицки Л. Ј. нав. дело, стр. 381 – 517.

³² Као темељни принцип скандинавске јуриспруденције, Eckhoff T., "Sociology of Law in Scandinavia", *Scandinavian studies in Law*, Göteborg – Stockholm - Uppsala 1960, стр. 33.

³³ Упоредити: W. Wilhelm, *Logik der Geisteswissenschaften*, Stuttgart 1908, (Die Staatswissenschaft als Sociologische Disziplin) стр. 513 – 516.

државно и друштвено право, и то и у међународним и унутрашњим односима, имају иста својства која их чине правом.

Наглашавање овога има посебан значај у актуелном времену када се друштво налази у фази редефинисања односа између ствараоца права као и повећања њиховог броја и врсте правних односа, и када државно и унутрашње право немају више апсолутни примат у односу на друштвено и међународно право, када држава регулише одређене врсте односа у друштву у кооперацији са друштвеним субјектима или правилима међународне заједнице, чак и у областима које су традиционално биле резервисане за унутрашње државно право, као нпр. у области кривично - правних односа – као области у којима егзистирају најригорозније санкције.

Имајући у виду целокупни досадашњи развој, ми можемо закључити да ће недржавних ствараоца норми, а тиме и недржавних норми и унутрашњег и међународног права, у будућности бити све више.

Основ свега овога је културни и општи друштвени напредак као узрок мултипликовања потреба друштва и појединца и која управо сврху види као основу постојања сваке друштвене појаве. Сврха, као разлог постојања друштвене појаве, је иманентна човеку као рационалном бићу, који у свакој својој активности тражи смислени циљ те активности, или јој осмишљавајући је, даје рационални основ.

Тако да сврха права као специфичне друштвене творевине, и основ његовог постојања, односно база на којој право почива и разлог због којег право постоји,³⁴ сматрамо као критеријум једино могућ као основном постојања целокупног права.

Међутим, како је питање основа права у нормативном смислу у вези са принудом у логичком смислу као битним елементом права у нормативном смислу, односно ефикасношћу³⁵ као условом постојања права (мада је ефикасност увек у вези само са сврхом као основном важења права који је као такав потпуно реалан и социолошки феномен), у доказивању практичне димензије права као јединог могућег његовог критеријума, мора се поћи од најмање спорног критеријума, који и нормативизам истиче као услов важења права (који и теорије, које основ права налазе у норми, не могу игнорисати) – од критеријума ефикасности, па да се онда преко овог критеријума покаже да право као целина може једино имати реални критеријум као основу права.

³⁴ Видети о функцији права: Jorgenson S., *Recht und Gesellschaft*, Göttingen, 1971, (Entwicklung und funktion des rechts) стр. 40.

³⁵ Келзен Х. нав. дело, (Важење и ефикасност, Ефикасност као услов важења) стр. 42 и 53.

Ефикасност је дакле, у сваком случају услов важења права³⁶ али ефикасност као последица реализације сврхе, односно разлога постојања права. Ако право постоји, значи да се, тамо где постоји, остварује његова сврха, а то значи примењују се примарна правила понашања, односно диспозиције, јер је у њима садржана сврха а не у секундарним правилима понашања, односно санкцијама.³⁷ Када законодавац прописује правне норме, односно када се дође до закључка да се пред друштвеном заједницом налазе задаци који се могу остварити на начин прописивања заповести које ће бити обезбеђене санкцијама, онда се има у виду примена диспозиција, јер је сврха права у њима одређена, и циљ правне норме је управо примена диспозиције, тако да тамо где право постоји, претпоставка је, да чим постоји, односно примењује се, остварује се и његова сврха, односно диспозиције правних норми, пошто је сврха у њима садржана.

Различитост ових ставова се може приказати кроз спор између Еугена Ерлиха и Ханса Келзена:

"Сасвим је очевидно да човек живи у безбројним правним односима, и да, с мало изузетака, потпуно добровољно извршава обавезе које падају на њега у тим односима. Човек извршава своје обавезе као отац или син, као муж или жена, не меша се у уживање права својих суседа, плаћа своје дугове, испоручује оно што је други платио и врши закупцу услугу коју се обавезао да изврши. Правник је зацело спреман да приметити како сви људи врше своје обавезе једино зато што знају да ће их судови евентуално принудити да их изврше. Ако хоће да се помучи – на шта, истина, није навикао – и да посматра шта људи раде, а шта не раде, правник ће се ускоро уверити у чињеницу да, по правилу, мисао о судској принуди чак и не улази у свест људи. Уколико они не раде просто инстинктивно, као што је доиста обично случај, њихово понашање је детерминисано потпуно друкчијим мотивима: они иначе могу да дођу у сукоб са својим рођацима, да изгубе свој положај, своја права, да добију глас свадљивог, нечасног неодговорног човека. Правник треба да буде последњи који ће предвидети чињеницу да је оно што људи врше или не

³⁶ Исто.

³⁷ " Ако се узме да је прва норма која забрањује крађу у важности само ако друга норма везује санкцију за крађу, онда је прва норма сигурно сувишна при тачном излагању права. Ако уопште постоји, прва норма је садржана у другој, која је једина права правна норма. Међутим, излагање права је веома олакшано ако допустимо поставку да тако исто постоји и прва норма. То се може учинити само ако се држи на уму да је прва норма, која захтева неизвршење деликта, зависна од друге норме, која прописује санкцију. Ту зависност можемо изразити означајући другу норму као примарну норму, а прву норму као секундарну норму " – Исто, стр. 71.

врше као правну обавезу у том смислу често нешто сасвим различито, а понекад и много више него оно на шта власти икад могу натерати људе да изврше или не. Правило понашања је често сасвим различито од правила коме се људи покорavaju због принуде (Zwangsnorm)³⁸.

Келзенов став је да " тврдња да лица која су потчињена правном поретку не подешавају своје понашање према том поретку само зато што желе да избегну непријатне последице санкција које предвиђа тај поредак – несумњиво је тачна. Али та тврдња није нимало непомирљива с учењем да је принуда битан елеменат права. То учење се не односи на стварне мотиве понашања лица која су потчињена правном поретку, него на његову садржину, на специфична средства која правни поредак употребљава да би изазвао извесно понашање људи, на специфичну технику тог друштвеног поретка. Учење да је принуда битан елеменат права не односи се на стварно понашање лица која су потчињена правном поретку, него на сам правни поредак, на чињеницу да правни поредак предвиђа санкције и да се управо тиме и само тиме, тј. том специфичном друштвеном техником, разликује од других друштвених поредака"³⁹.

Ми сматрамо да су у праву и један и други, али само у равни својих почетних теоријских позиција, први социологизма, а други нормативизма, при чему обе позиције у потпуности занемарују друго бивство, први норму, други понашање по норми.⁴⁰

Ерлих говори само о понашању по нормама, а Келзен о самим нормама. Спор између социологизма и нормативизма у праву није по питању да ли право подразумева принуду или не, него у питању шта је право: понашање или норма. Без обзира како схватили право, принуда у логичком смислу може бити основа норме онда кад право схватамо као систем норми, јер хијерархија има смисла у правно – техничком погледу позитивног права само преко принуде као логичке везе норми различитих нивоа.⁴¹

Принуда је у логичком смислу, имајући у виду важеће право, основа нормне хијерархије, али само норми у важећем праву, никако целокупног права, односно права посматраног у односу са другим

³⁸ E. Eugen, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), наведено према енглеском преводу *Fundamental Principles of the Sociology of Law* (1936) 21. – Наведено по: Келзена Х. нав. дело, стр. 37 и 38.

³⁹ Келзен Х. нав. дело стр. 38.

⁴⁰ P. Rosko, *Јуриспруденција, књига I*, Београд - Подгорица 2000, стр 155 – 190; Ehrenzweig A. A., *Psychoanalytic Jurisprudence*, A. W. Sijthoff – Leiden, Oceana publications inc. – dobbs ferry, n.y. 1971, (Kelsen's " Pure Theory ") стр. 53 – 57,(Ehrlich's Free Law) стр. 74.

⁴¹ Kelsen H. *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, 1925, (Die Stufe der Verfassung) стр. 234.

појавама – права у социолошком, односно реалном смислу. Дакле, принуда је основ правне норме у нормативном смислу, нормно – функционалног важења, и то само принуда у логичком смислу, али када је реч о праву у целини, онда оваква принуда не може бити основа права⁴², јер право не постоји зато што постоји логичка принуда, него зато што постоји реална потреба уређења односа, која се, ако је потребно може и путем физичке принуде остварити. Али принуда није разлог због којег постоји право, принуда је само начин а не основа постојања права, и то у реалности - реална, а у праву – правно – логичка принуда.

Став да " основ важења неке норме може бити само важење неке друге норме "⁴³ је могућ само у смислу следовања по основу логичких критеријума норме, у смислу хијерархије оних логичких судова⁴⁴ у праву чија социолошка залеђина у домену ефикасности омогућава законом довољног разлога резонување овог суда као обавезујућег, зато што је основни акт – устав, а то ће рећи и систем у целини, обавезујући. То значи да је норма као критеријум важења могућ само у нормативном смислу права.

Ако као један од критеријума поделе права узмемо важење⁴⁵, онда ћемо добити право чија хијерархија увек подразумева скуп као целину састављену по основном принципу – критеријуму важења. А како се под важењем, по конвенцији у правно – нормативном смислу, сматра само својство важеће санкција (односно диспозиција норми, али само зато што важи и ако важи санкција, која је принципом индукције постављена на ниво логичког услова диспозиције), онда је право које важи у ствари право које садржи ефикасне санкције. А у хијерархијском следу норми је онда логично да се важење ниже норме изводи само из важења више норме, односно да основа важења једне правне норме буде друга виша – важећа норма.

Међутим норма схваћена као основ важења, једино нам може дати представу о праву у смислу идејног императива⁴⁶, праву у нормативном смислу логичке целине, која је као таква сама себи довољна, али довољна само у сфери стварања права применом принципа формалне логике, дакле

⁴² Уз наравно ограничење у случају државе – владе мањине.

⁴³ Келзен Х. *Чиста теорија права*, Београд 2000, стр. 155.

⁴⁴ Види о хијерархијској димензији научних појмова: Masaryk T. *Versuch einer concreten Logik*, Wien 1887, (Begriff der Hierarchie der Wissenschaften) стр. 51 – 68.

⁴⁵ Видети: Luhmann N. Нав. дело, стр. 101.

⁴⁶ "Императив је говорни израз да би смо утицали на остале људе да постигнемо циљ, односно да проузрукујемо да остали људи ураде нешто што ми хоћемо, односно да пропусте да ураде оно што ми нећемо " –Reichenbach H. *Der Aufstieg der wissenschaftliche Philosophie*, Berlin 1951, стр. 314.

права схваћеног у смислу норме, што ће рећи њеног важења. Норма као основа увек подразумева затворен круг, и да увек у том кругу важење једне норме буде основа важења друге, а када хоћемо да прекинемо тај ланац бесконачног важења, односно тражења основа ниже норме у важењу више, онда основ прве норме можемо наћи само у реалним, социолошким односима, никако у претпостављеној основној норми,⁴⁷

⁴⁷ "Као што је поменуто, норма која представља основ важења неке друге норме јесте виша норма у односу на ову. Међутим трагање за основом важења неке норме не може, као трагање за узроком неке последице, ићи у бескрај. Оно се мора завршити код једне норме која се претпоставља као последња, највиша. Она мора бити претпостављена као највиша, пошто је не може прописати Неки ауторитет чија би компетенција морала почивати на некој још вишој норми. Њено важење се не може више изводити из неке више норме, основ њеног важења не може се више доводити у питање. Таква норма, претпостављена као највиша, овде се означава као основна норма". – Келзен Х. нав. дело, стр. 156.

Наша аргументација става супротног овом уопште не иде ван постојећих закона логике нити тражи аргументацију довијајући се да је нађе у ма каквим трансценденталним законитостима размишљања или објашњења. Једноставно сматрамо да је немогуће да претпоставка ма коликог степена извесности не може бити у каузалном односу са ма каквом извесном чињеницом. Узрок извесности може бити најмање само толика извесност, а ма каква претпоставка узрок само неке друге претпоставке. Важење као психолошко – реални или логичко – нормативни феномен може имати узрок само у некој другој реалној чињеници или неком другом нормативном важењу. На питање одакле то прво важење, ближи смо ставу да је феномен важења одређен људском природом која на потребу материјалних узрока права реагује условљавајућим заповестима него да је узрок првог важења претпостављено важење или неактуелно важење, које је са актуелним важењем немогуће везати чак и са аспекта претпостављеног континуитета важења. Несхватљиво је да једно требање ствара безброј требања. Са актуелним требањем се ланац каузалитета јеном мора прекинути. Да би настало ново требање потребно је да из нечега што треба настане нешто што јесте да би на основу тога настало ново требање или чак да на основу једног требања настане ново или нова требања али не и безброј нових требања, јер би иначе морали да изменимо дефиницију требања на начин да постојање овог феномена потпуно ампутирамо од реалности људских потреба и практичности човекове егзистенције. Чак шта више, ако је икако и дозволимо могућност да једно требање ствара низ других требања, то прво требање мора бит реално и актуелно, никако идеално, а још мање претпостављено. Што даље значи да основ треба тражити у бивству реалности, који када је у питању норма, па и правна, једини основ важења који у аспекту каузалитета може имати рационалног смисла може бити само људски инстинкт (Natorp P. *Sozialpädagogik*, Stuttgart 1922. (Stufen der Aktivität. Erste Stufe: Trieb) стр. 54 – 67. и (Dritte Stufe der Aktivität: Vernunftwille) стр. 74 – 83. Ван или даље од овог основа тражити узрок или основ важења може бити само у равни аксиома (видети о аксиомима стварања појмова: С. Sigwart, *Logik*, Tübingen 1873, стр. 361 – 364.). Упореди: Аристотел, *Метафизика*, Загреб 1985. стр. 45., 57., 107 – 109, посебно о инстинкту: L. Konrad, *Über tierisches*

осим у домену замисли претпоставки која као таква не може бити производ егзактности логичког суда иманентног права, који се, посебно када је у питању функционално – апликативни аспект права, доводи до крајности логичних претпоставки, па такође не може да буде основ на коме цела нормна хијерархија функционише, (што значи не и по логичким критеријумима, осим у смислу претпостављене логике). Наравно да по логичким критеријумима једна норма може бити основа друге норме, али тек пошто је та прва норма настала, пошто прво она важи.

Не може се дакле, безизузетни позитивизам важења као основа реалности права заснивати на непостојећем – претпостављеном важењу, апстрактном позитивизму, односно непостојању, које као такво не може ни да важи (с обзиром да је услов ма каквог важења -постојање, односно само постојање је важење у логичком смислу, а овде нема реалног постојања ни у временској димензији да би могло да буде основа реалног обавезивања).

Међутим, када Келзен говори о принуди, односно важењу, он подразумева такав систем који разлог важења налази у самом себи, односно такву дескрипцију важења логички затвореног система норми (затвореног – зато што је сам себи довољан за важење) , потпуно независног од социолошких услова, осим у једној димензији – димензији ефикасности као услова важења. Феномен ефикасности је гранични принцип реалности и норме и једино је подобан за проверу принципа који се налази у основи права.

Тако да основа права може бити само нешто друго од норме, јер прва норма као актуелно важење не може бити последица претпостављеног позитивитета него неке реалне чињенице, чиме је право као целина потпуно социолошки одређено у димензији своје садржине (јер само такво право може бити основа стварања правног плурализма у ма ком виду, с обзиром да становиште које критикујемо – да је норма, а не сврха, основа целокупног права, омогућава само интерни плурализам – плурализам државних норми, а не плурализам различитих права, како га ми схватамо) осим у аспекту логичких атрибута норми на које се примењују логичке законитости.

Норма је дакле, социолошки потпуно предодређена, осим у домену логичких императива, али у сваком случају она није сама себи довољна,

und menschliches Verhalten, Band I, München 1965 – 1973. (В Ergebnisse zum Instinktproblem) 272 – 278. и (Der Aufbau der Sozietät) str. 278 – 282.

На крају крајева ми овде можемо поставити исто питање: ” Какав посебан положај има важење у односу на основну норму: ванправни, хипотетички морални?” - Luhmann N. Нав. дело, стр. 103.

као што не може ни целокупно право бити само себи довољно оног тренутка када се хоће објаснити његов однос са другим појавама у свету. Тачније, не може се нормативни критеријум примењивати и на ненормативне појаве, односно применити се у компарацији нормативних и ненормативних појава. Норма може бити само логички критеријум који као такав важи у логичком систему, али не може бити реалан критеријум, с обзиром да, када посматрамо право у односу са другим појавама, у ком се односу једино може наћи основа права, односно разлог због којег право настаје и постоји (с обзиром да ниједна друштвена појава не настаје само од себе), морамо применити друге критеријуме а не важеће норме⁴⁸, с обзиром да стварност и није скуп појава аналоган логичком систему више и ниже санкције. Управо се у равни ефикасности може доказати немогућност норме, односно принуде у логичком смислу (уз напред наведене ограде) као основе права.

Критеријум важења норме, који свакако можемо применити у логички затвореном систему, указује нам да са аспекта реалности бива доведен у питање, ако га применимо на критеријум ефикасности као социолошки и ненормативни критеријум. Што значи да основа права, за чије је постојање као критеријум узет ефикасност, може бити само нешто друго а не норма, односно с обзиром да је ефикасност реални критеријум, он подразумева постајање као реалност а не важеће као логичко – психолошки критеријум. Закључак је да се ефикасност, као најнеспорнији критеријум права односи на постојање права, а постојање права је могуће само ако је у његовом основу сврха.⁴⁹

Тако да реално постојање материјалног основа права – његове сврхе, обезбеђује екстерну ефикасност – основу целокупног права, док норма као основа права обезбеђује интерну ефикасност, основаност ниже у вишој норми (у нормативном смислу у логичкој принуди, а у фактичком смислу у оствареној принуди), али интерна ефикасност је смислена и релевантна само уколико постоји екстерна ефикасност – ефикасност целокупног права.

⁴⁸ Упоредити: Hägerström A., *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, Uppsala 1953, стр. 151.

⁴⁹ Упоредити: Hägerström A., *Recht, Pflicht und bindende Kraft des Vertrages*, Stockholm - Uppsala, 1965, стр. 59.

Sava Aksic, LL.D
Docent

THE BASE OF LAW

Summary

There is no consensus in one part of science about the base of Law. This situation is caused as result of science disputes about of term instead of notion, or as consequence of emphases some quality of Law. Instead this thinking, valid science reason can give only position who taking in consideration all quality of Law. This is necessary especially when the Law of state is not Law who merely exist in state as in international relations. There is more no state subject who create and apply, that means giving the sanctions for this kind of Law. That's in interior of society as well as in international relations, as the area that has been for a long time reserved for states as exclusive subjects in these relations. The main reason for that is variety purpose of social process that is given form of Law. That's mean the base of Law could been only the existing purpose of this Law.

Normativists in pranorma finds the base of valid and that validly bound to an efficiency, but efficiency of Law could be participate only through realization the disposition of higher norm, in consideration in disposition has been contain the purpose of Law.

Compulsive in logical sense or sanction higher norms could be base or formal sources only of apart sorts of Law, not at all the base of whole Law. The base of all Law could be only purpose of reason why any social process regulated by law exists as no law fact whose being exists before Law.

**РАДОВИ НАСТАВНИКА СА ДРУГИХ
ВИСОКОШКОЛСКИХ УСТАНОВА**



Др Драган Вујисић

ВРСТЕ УГОВОРА О ТУРИСТИЧКИМ УСЛУГАМА¹

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *XXI век - век услуга и услужног права*, бр. 179012 који финансира Министарство за науку и техношки развој Републике Србије.

Проф. др Драган Вујисић, ванредни професор

Апстракт:

Предмет овог рада су уговори о туристичким услугама. У раду се аутор посебно бави уговорима о туристичким услугама који су регулисани Законом о облигационим односима. То су уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању и уговор о ангажовању угоститељских капацитета. У раду је осим општих карактеристика ових уговора, посебна пажња посвећена правном положају уговарача, њиховим правним односима, односно њиховим правима, обавезама и одговорностима

Кључне речи: уговори о туристичким услугама, уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању, уговор о алотману, туристичка агенција, туриста.

Проф. др Драган Вујисић
Правни факултет у Крагујевцу

ВРСТЕ УГОВОРА О ТУРИСТИЧКИМ УСЛУГАМА

УВОД

Закон о облигационим односима² регулише три уговора о туристичким услугама: уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању и уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману). У регулисању уговора о туристичким услугама Закон о облигационим односима (: ZOO) је пошао од два критеријума: прво, да се у уговорима које регулише као једна страна јавља туристичка агенција; друго, да послови које регулише представљају *sui generis* послове.³

Поред ова три именована уговора из ЗОО, у пословној пракси постоје и други уговори о туристичким услугама, који се по својој правној природи могу подвести под правила неког другог већ именованог уговора, као што су уговор о закупу угоститељског објекта, или уговор на бази тражене и потврђене резервације (туристичка агенција иступајући као заступник свога комитента заснива непосредни правни односи између угоститеља и комитента, односно корисника услуге, према правилима уговора о трговинском заступању⁴), и др, или су регулисани посебним правилима, пре свега, посебним узансама (уговор о хотелским, односно угоститељским услугама, уговор о услугама исхране и точења пића, и др.). Уговори о туристичким услугама, које законодавац није изричито регулисао, развили су се толико у пословној пракси, да су постали самостални уговори аутономног права. Можемо их третирати као мешовите уговоре, уговоре *sui generis* или као уговоре чија правна природа одговара неком од именованих уговора (на њих се супседијарно могу применити нека правна правила у недостатку законодавне, односно изворне аутономне регулативе).⁵

² Сл. Лист СФРЈ, бр. 29/78.

³ М. Васиљевић, Пословно право, Београд, 2004, стр. 586.

⁴ В. Шмид, Путничка агенција и њени уговори с путницима и даваоцима услуга, Београд, 1977, стр. 102. и даље.

⁵ В. Горенц-В. Шмид, Пословно право у туризму и угоститељству, Загреб, 1999, стр. 8.

Уговори о туристичким услугама могу се поделити према различитим критеријумима, а једна од подела је према предмету уговора и уговорним странама. Према овом критеријуму уговоре о туристичким услугама можемо поделити на: (1) уговоре између давалаца туристичких услуга (хотелско-угоститељских и других организација и субјеката) и (непосредних) корисника услуга (туриста): уговор о хотелским, односно угоститељским услугама, уговор о услугама исхране и точења пића, уговор о угоститељској остави, и др.; (2) уговоре између туристичких агенција и корисника услуга: уговор о организовању путовања, посреднички уговор о путовању; (3) уговоре између туристичких агенција и давалаца услуга: агенцијски уговор о хотелским, односно угоститељским услугама, уговор о ангажовању угоститељских капацитета (уговор о алотману), и др. Ове три групе уговора о туристичким услугама можемо назвати уговорима о туристичким услугама у ужем смислу, јер без обзира на субјекте који их закључују, садржај им је увек туристичка услуга.

Постоје, такође, и поједини уговори који су на један посредан начин везани за пружање туристичких услуга (уговори који су везани и за обављање туристичке делатности, али који немају за свој предмет непосредно туристичку услугу), као што су уговор о превозу (уговор о организовању путовања, најчешће у свом пакету услуга обухвата и услугу превоза путника, односно туриста), уговор о осигурању (туристичке агенције су веома заинтересоване да се корисницима услуга на путовању не догоде непријатне ствари и штете на њиховој имовини или телесне повреде, а ако се то деси да се штета што брже и без компликација надокнади, али и да оне са себе отклоне одговорност за штетне последице), уговор о франшизингу (даваоци услуга који се појаве на тржишту, желећи да изађу из света анонимности пружајући гостима онај квалитет услуга на који су они навикли од искуснијих давалаца услуга, често са познатијим даваоцем ступају у пословне односе прихватајући име, опрему, технологију припреме јела, и сл. од искусног даваоца, односно даваоца франшиже), *time shearing*, и др.⁶

І УГОВОР О ОРГАНИЗОВАЊУ ПУТОВАЊА

1. Појам и карактеристике

Уговором о организовању путовања обавезује се организатор путовања (туристичка, односно путничка агенција) да прибави

⁶ В. Горенц-В. Шмид, нав.дело, стр. 8-9.

путнику/туристи⁷ скуп услуга које се састоје од превоза, боравка и других услуга које су са њима везане, а путник се обавезује да организатору путовања плати једну укупну (паушалну) цену.

Предмет уговора о организовању путовања јесте скуп услуга који обухвата превоз, боравак и друге услуге које су са њима везане, као што су исхрана, излети и сл. Све те услуге су међусобно повезане у једну заокружену целину, која чини тзв. пакет услуга. Потребно је да постоје најмање две услуге да би се радило о скупу услуга из уговора о организовању путовања. Те две (минималне) услуге обично су организација превоза туристе до места одређења и његовог боравка у одређеном угоститељском објекту.⁸

Цена услуга унапред се формира у једном укупном (паушалном) износу, за пакет услуга. Она се одређује уговором или тарифом организатора путовања.

За уговор о организовању путовања је битно и то да имамо један уговорни однос и то између организатора путовања и туристе (путника). С

⁷ ЗОО користи термин "путник". "Туриста" се дефинише као привремени посетилац који је напустио место сталног боравка и борави у другом (туристичком) месту најмање 24 часа и не више од годину дана, мотивисан разлозима одмора, забаве и разоноде, спорта и рекреације, културе, екологије, обављања пословних комуникација, затим из здравствених разлога, ради учествовања на аматерским спортским такмичењима и културним и уметничким манифестацијама аматерског карактера, при кружним путовањима бродом и троши сопствена новчана средства која је зарадио у месту сталног боравка (Извор: <http://sr.wikipedia.org/wiki/>). Или краће, туриста је путник који путује ради одмора и разоноде (Клајн И. - Шипка М., *Велики речник страних речи и израза*, Нови Сад, 2006, стр. 1278). Директива ЕУ о организованом путовању (чл. 2.) користи термин "потрошач". Према овој Директиви, потрошач је лице које узима или је сагласно да узме аранжман ("главни уговарач"), или било које лице за чији се рачун главни уговарач сагласи да купи аранжман ("други корисници") или неко друго лице коме је главни уговарач или неко од корисника уступио аранжман ("прималац"). У правној литератури доминира схватање према коме су појмови "путник" и "туриста", у смислу уговора о организовању путовања, синоними (Велковић, Коментар ЗОО, Београд, 2005, стр. 786.).

⁸ У правној торији јавила су се различита схватања у погледу броја и врста услуга. По једном, потребно је буде присутна комбинација од најмање две услуге, чак и онда када су исте природе (W. Vanderperren, *Travel agents and travelers*, Antwerpen, 1968, str. 343.). По другом, скуп услуга, такође мора обухватити најмање две услуге, али једна мора увек бити превоз, док друга услуга не мора бити друге природе али не сме бити акцесорна обавези превоза (E. Wineersch, *Le contrat touristique*, Brisel, 1974, str. 206.). Ово друго схватање се критикује због обавезности превоза, јер у пракси постоје случајеви када превоз није обухваћен уговором о организовању путовања, нпр. када се путник превози сопственим аутомобилом (В. Горенц - В. Шмид, нав. дело, стр. 95.).

друге стране је то да организатор путовања закључује уговоре с даваоцима услуга у своје име и за свој рачун и то по правилу знатно пре закључења уговора о организовању путовања (зато обавезу организатора путовања не треба схватити као делатност посредовања већ као делатност која се састоји у предузимању свих правних и фактичких радњи које су потребне да би скуп услуга био туристи/путнику пружен према програму путовања; при томе, није важно да ли ће неке услуге туристи/путнику пружити организатор путовања сам или друга лица као даваоци услуга).⁹

Организатор путовања приликом закључења уговора издаје туристи/путнику потврду о путовању, која садржи податке о месту и датуму издавања, о организатору путовања и путнику, о почетку и завршетку путовања, податке о превозу, боравку као и другим услугама које су обухваћене укупном ценом, укупну цену за скуп услуга, и др. Функција потврде о путовању је вишеструка: прво, она је доказ да је закључен уговор о организовању путовања (није уговор о организовању путовања); друго, служи за заштиту интереса туристе/путника, јер он из ње сазнаје сва своја права, обавезе и одговорности. Уговор о организовању путовања је консесуални уговор и потврда о путовању нема конститутивни карактер, већ је једноставно доказ о његовом постојању. Зато уговор настаје и производи правно дејство и ако изостане издавање потврде о путовању. Услуге описане у потврди о путовању сведоче о садржају уговора о организовању путовања и могу бити једини инструмент коју пружа туристи/путнику сазнање о комплексном садржају склопљеног уговора, па зато, организатор путовања одговара путнику/туристи за сваку штету коју претрпи због неиздавања потврде о путовања или због њене нетачности. Потврда о путовању, која служи као доказ о постојању и садржини уговора, ствара обориву претпоставку, доказ *prima facie* да је тачно све оно што је наведено у потврди, да је садржај потврде исто што и предмет уговора; међутим, могуће је да те подударности нема и тада се сматра да је тачно оно што пише у потврди све док се не докаже супротно. Организатор путовања издаје путнику/туристи и програм путовања. Програм путовања је разрађен садржај путовања. Он садржи детаљну разраду садржаја организованог путовања са датумима и местима у којима ће се поједине услуге пружити туристи/путнику; паушалну цену услуга; услуге које нису обухваћене паушалном ценом; савете и обавештења у вези са услугама које чине садржај путовања; детаљне опште услове путовања; и др. Ако програм путовања садржи исте податке као и потврда о путовању и ако је уручен

⁹ В. Горенц - В. Шмид, нав. дело, стр. 96.

туристи/путнику пре издавања потврде о путовању, онда потврда о путовању може само да садржи упут на програм путовања.¹⁰

2. Обавезе организатора путовања

Организатор путовања дужан је да организује путовање у складу са уговором о организовању путовања, законом и добрим обичајима струке (организовање путовања подразумева предузимање и обављање низа међусобно повезаних обавеза и престација чији су садржаји одређени уговором, ЗОО и добрим пословним обичајима струке; њихов број и садржина одређени су *конкретним* уговором о организовању путовања а њиховим испуњењем постиже се циљ уговора а то је да се путнику/туристи несметано пружа путовање организовано према обављеном програму). Организатор путовања је дужан, пре свега, да састави програм путовања, који подразумева прикупљање одређеног броја услуга и њихов распоред пружања, који представља једну синхронизовану и хармоничну целину. Те услуге пружиће даваоци услуга (превозиоци, хотелијери, др.) тако да је организатор путовања дужан да их *брижљиво* изабере и да, водећи рачуна о редоследу и времену пружања услуга, са њима закључи одговарајуће уговоре. Даље, организатор путовања је дужан да предузме све правне и друге радње да се путовање одвија без застоја (предаја путницима/туристима потребне документације која омогућава несметану употребу програмом предвиђених услуга – ваучери, путничке карте, путне исправе, и сл.). Повреда ове обавезе тј. неизвршење или делимично извршење повлачи одговорност организатора путовања за

¹⁰ У правној теорији постоји мишљење да туриста/путник на основу потврде о путовању и програма путовања може захтевати од даваоца услуге пружање услуге, јер тренутком закључења уговора о организовању путовања, организатор ступа у уговор с даваоцима услуга, а сви су уговори у корист трећег – путника. С друге стране доминантно је мишљење да у моменту закључења уговора о организовању путовања путник не постаје поверилац даваоца услуге из уговора који организатор путовања закључи са даваоцем услуге, већ то може постати тек током његовог извршења, ако до извршења дође (иначе, ови уговори су по правилу уговори у корист трећег лица – путника). Ово зато што је у моменту закључења уговора путник као корисник услуге само одредиво лице, које ће бити одређено у моменту извршења услуга (предаја ваучера хотелу, и сл.). Зато, потврда о путовању, као и програм путовања, нису легитимациони папири нити легитимациони знаци а нису ни исправе помоћу којих би се могао доказати облигациони однос путника и даваоца услуге организованог путовања, јер ни потврда ни програм не садрже назнаке о даваоцу услуга или га означавају само генерично и неодређено; Види, В. Шмид, Уговор о организовању путовања, у Саветовање о ЗОО, Књига о десетогодишњици, II, Београд, 1988 стр. 199.

штету коју претрпи туриста/путник. Мера дужне пажње у испуњењу обавеза обухваћених организацијом путовања јесте пажња *доброг организатора путовања*.¹¹

Основна обавеза организатора путовања је да туристи/путнику пружи услуге које имају садржај и својства предвиђена уговором, потврдом, односно програмом путовања и да се стара о правима и интересима путника, сагласно добрим пословним обичајима у овој области.¹² У правилима професионалне деонтологије истиче се да организатор путовања *мора чинити и немогуће да би пружио потпуну сатисфакцију својим клијентима* и уз то у свакој прилици *поступати с пажњом и много поштења*.¹³ У ту сврху организатор путовања дужан је да отклони могућност довођења туристе/путника у заблуду о вредности и атрактивности путовања. То може постићи давањем обавештења која су озбиљна и из сигурних извора.¹⁴ Приликом састављања програма путовања, организатор путовања је дужан водити рачуна о избору даваоца услуга и обраћати се само онима који пружају сигурне гаранције професионалности и моралности.¹⁵ Када се ради о овој обавези организатора путовања, неке конкретне обавезе предвиђене су самим ЗОО а неке су производ пословне и судске праксе (пружање лекарске помоћи у хитним случајевима, обавештавање путника о обичајима крајева који се обилазе а нарочито о оним местима кад је то од интереса за сигурност путника, и сл.¹⁶). Што се тиче ЗОО, у случају прекида путовања, организатор путовања дужан је предузети све неопходне мере у интересу путника; даље, организатор путовања је обавеза да чува пословне тајне - обавештења која добије о путнику, његовом пртљагу и његовим кретањима, организатор може саопштавати трећим лицима само са одобрењем путника или на захтев надлежног органа.¹⁷

Организатор путовања обавезан је да се туристи/путнику пруже услуге предвиђене уговором о организовању путовања. Пружање услуга је обавеза организатора путовања и онда кад је спровођење појединих услуга поверио другим лицима- даваоцима услуга. Обавеза је организатора путовања да се пруже све услуге по броју, садржају, својствима како су описане у уговору, потврди, односно програму путовања. То од организатора путовања захтева да се приликом пружања

¹¹ В. Горенц – В. Шмид, нав. дело, стр. 103.

¹² Види, ЗОО, чл. 863.

¹³ Међународна правила професионалне деонтологије из 1965, чл. 1. и 7.

¹⁴ Међународна правила професионалне деонтологије, чл. 1, 2. и 3.

¹⁵ Међународна правила професионалне деонтологије, чл. 13.

¹⁶ В. Горенц – В. Шмид, нав. дело, стр. 104.

¹⁷ Види, ЗОО, чл. 865.

услуга придржава свих правила и стандарда који се везују за поједине услуге, односно да води рачуна и захтева да их се придржавају даваоци услуга (нпр. ако је пограмом путовања предвиђен смештај туриста у хотелу са пет звездица, дужн је пружити туристи све услуге које према обичајима професије тај стандард обухвата). Ако програм путовања или потврда о путовању садржи само генерички опис услуге (нпр. ручак и ноћење у хотелу), организатор путовање је дужан да их испуни према добим обичајима професије.¹⁸ Такође, предвиђене услуге, организатор путовања дужан је пружити у месту и времену како је одређено програмом путовања.

Обавеза организатора путовања је да туристи/путнику пружи потребна обавештења о ценама и условима превоза, боравка и посебних услуга, као и обавештења која се односе на квалитет превозних средстава и смештаја, на ред вожње, везе, граничне и царинске формалности, на санитарне, монетарне и друге административне прописе.

3. Обавезе путника/туристе

Основна обавеза туристе/ путника је да организатору путовања плати уговорену цену која је унапред одређена и, по правилу, паушална (цена обухвата све услуге путовања - пакет услуга, тј. услуге превоза, смештаја, и др., провизију организатору путовања; туриста не мора да зна који се делови укупне цене услуга односе на поједине услуге) у место, у време и на начин како је уговорено (у супротном примењују се општа правила ЗОО).

Даље, обавеза је туристе/путника да предузме радње које су неопходне за настанак и несметано одвијање путовања: конкретно, да на тражење организатора путовања благовремено достави све податке потребне за организовање путовања, а посебно за прибављање превозних карата, резервацију за смештај, као и исправе потребне за прелазак преко границе; такође, туриста/путник је дужан да се стара да он лично, његове личне исправе и његов пртљаг испуњавају услове предвиђене граничним, царинским, санитарним, монетарним и другим административним прописима. Неизвршавање ових обавеза санкционирано је накнадом проузроковане штете организатору путовања.

¹⁸ В. Шмид, Коментар уговора о организовању путовања, у Коментар ЗОО, Београд, 1988, стр. 384.

4. Посебна права и обавезе уговорних страна

Замена туристе/путника другим лицем – туриста/путник може одредити друго лице да уместо њега користи уговорене услуге под условом да ово лице задовољава потребне захтеве предвиђене за одређено путовање и да туриста/путник накнади организатору путовања трошкове проузроковане заменом, ако друкчије није уговорено.

Право туристе/путника да одустане од уговора – туриста/путник може у сваком тренутку одустати од уговора, потпуно или делимично. Ако путник пре почетка путовања благовремено одустане од уговора (без обзира на разлог одустанка), организатор путовања има право само на накнаду административних трошкова. У случају неблаговременог одустанка од уговора, организатор путовања може од путника/туристе захтевати накнаду у одређеном проценту од уговорене цене. Ако је путник/туриста одустао од уговора због околности које није могао избећи или отклонити и које би да су постојале у време закључења уговора представљале оправдан разлог да не закључи уговор, као и у случају ако је путник/туриста обезбедио одговарајућу замену или је замену нашао сам организатор, организатор путовања има право само на накнаду учињених трошкова. Ако путник/туриста одустане од уговора након почетка путовања, а разлог за то нису претходно наведене околности, организатор путовања има право на пуни износ уговорене цене путовања.

Права организатора путовања да одустане од уговора - организатор путовања може одустати од уговора, потпуно или делимично, без обавезе на накнаду штете, ако пре или за време извршавања уговора наступе изванредне околности које се нису могле предвидети, ни избећи или отклонити, а које би да су постојале у време закључења уговора представљале оправдани разлог за организатора путовања да уговор не закључи. Организатор путовања може одустати од уговора без обавезе на накнаду штете и кад се минималан број путника, предвиђен у потврди о путовању, није сакупио, под условом да о тој околности путник буде благовремено обавештен (у року од пет дана пре дана кад је путовање требало да отпочне). У случају одустанка од уговора пре његовог извршења, организатор мора у целини вратити оно што је примио од путника. Ако је организатор одустао од уговора за време његовог извршења, има право на правичну накнаду за остварене уговорене услуге, а дужан је предузети све нужне мере за заштиту интереса путника/туриста.

Измена програма путовања - измене у програму путовања могу се вршити само ако су проузроковане вишом силом. Трошкове који су настали услед измене програма сноси организатор путовања, а смањење трошкова иде у корист путника/туристе. Замена уговореног смештаја

може се вршити само употребом објекта исте категорије, или на терет организатора, употребом објекта више категорије и у уговореном месту смештаја. Ако су у програму путовања извршене битне измене без оправданог разлога, организатор путовања мора у целини вратити оно што је примио од путника/туристе који је због тога одустао од путовања. Ако су битне измене у програму учињене за време извршавања уговора, туриста/путник у случају одустанка сноси само стварне трошкове остварених услуга.¹⁹

Повећање уговорене цене - организатор путовања може захтевати повећање уговорене цене (само) ако је после закључења уговора дошло до промена у курсу размене валуте или до промене у тарифама превозника, које утичу на цену путовања. Ако повећање уговорене цене пређе 10%, путник може раскинути уговор без обавезе да накнади штету, уз право на враћање онога што је платио организатору путовања.

5. Одговорност организатора путовања

Организатор путовања, генерално, одговара за штету коју проузрокује туристи/путнику због потпуног или делимичног неизвршења обавеза које се односе на организовање путовања предвиђених уговором о организовању путовања. Конкретно: прво, организатор путовања одговара за сву штету коју друга страна претрпи због издавања потврде о путовању или њене нетачности; друго, организатор путовања одговоран је ако је повредио општу обавезу заштите права и интереса путника; треће, организатор путовања одговоран је ако проузрокује путнику/туристи штету нетачним обавештењем или пропуштањем давања путнику/туристи потребних обавештења; четврто, организатор путовања одговара за штету која путнику/туристи настане због повреде обавезе да организује путовање; пето, организатор путовања одговоран је ако повреди обавезу пружања уговорених услуга.

Организатор путовања може сам пружити туристима/путницима неке од услуга преузетих уговором о организовању путовања (извршити превоз, сместити их у властити хотел, и сл.). Ако сам пружа услуге превоза, смештаја или друге услуге везане за извршење организованог путовања, организатор путовања одговара за штету причињену туристи/путнику према прописима који се односе на те услуге. Организатор путовања се, тада, може користити прописима којима је предвиђено искључење или ограничење одговорности даваоца поједине

¹⁹ Види, пресуду, Вишег привредног суда у Београду, Пж. 10093/96 од 19.03.1997. године.

услуге. Дакле, у погледу одговорности положај организатора путовања једнак је положају превозиоца, угоститеља, и др.

Организатор путовања се у испуњењу свих или појединих обавеза преузетих уговором о организовању путовања редовно служи трећим лицима (да би испунио обавезе које су предмет услуге предвиђене уговором о организовању путовања, програмом и потврдом о путовању, ступа у низ уговорних односа са даваоцима услуга и поверава им њихово пружање). С тим у вези, у случајевима кад туристима/путницима штету проузрокују трећа лица као даваоци услуга необављањем или неуредним пружањем поверених услуга, поставља се питање ко одговара путницима/туристима за штету: организатор путовања или даваоци услуга или и једни и други.²⁰ У нашем праву (по угледу на Међународну конвенцију о уговору у путовању), прави се разлика између одговорности организатора путовања за штету насталу због потпуног или делимичног неизвршења ових услуга трећих лица које су биле предвиђене уговором или су биле неопходне за извршење уговореног путовања, и одговорности за штету коју је туриста/ путник претрпео поводом њиховог извршења иако су саме било уредно извршене (крађа у хотелу, пад низ степенице, и сл.). У првом случају, ако треће лице није уопште или није делимично извршило услуге чије му је извршење поверио организатор путовања, за наступелу штету туристи/путнику одговара организатор путовања, сагласно прописима који важе за извршење таквих услуга. У другом случају, организатор путовања одговара само за *culpa in eligendo* - када су услуге извршене сагласно уговору и прописима који се на њих односе, организатор одговара за штету коју је туриста/ путник претрпео поводом њиховог извршења, осим ако докаже да се понашао као пажљив организатор путовања при избору лица која су их извршила

Путник/туриста може своје право за накнаду штете уместо од организатора путовања, захтевати директно од одговорног даваоца услуга и то ради како пуног обештећења тако и ради допунског обештећења, (нпр.у случају кад због инсолвентности организатора путовања није могао

²⁰ У правној теорији постоји неколико схватања: по једном, организатор путовања одговара само за своје радње, укључујући и одговорност за лош избор (*culpa in eligendo*), док за радње трећих лица није одговоран; по другом, организатор путовања одговара и за радње трећих лица као даваоца услуга, *Детаљније, В. Горенц - В. Шмид, нав.дело,стр. 107-108.* Нацртом Међународне конвенције о уговору о путовању било је предвиђено да је организатор путовања одговара за сву штету проузроковану путнику потпуним или делимичним непружањем услуга, док је по коначном тексту разликује одговорност за штету проузроковану путнику неизвршењем услуга од стране даваоца услуга од одговорности за штету насталу у вези с пружањем услуга које се крећу у ужем оквиру *culpa in eligendo*.

у целини да оствари право на накнаду проузроковане штете због потпуног или делимичног непружања услуга од стране даваоца услуга.²¹ На овај начин туриста/путник има пред собом два дужника (организатора путовања и треће лице/даваоца услуге) који одговарају солидарно, чиме је у знатној мери заштићен у случају одговорности за штету.²² У мери у којој је накнадио штету туристи/путнику, организатор путовања стиче сва права која би путник/туриста имао према трећем лицу/даваоцу услуге одговорном за ову штету (право на регрес).

ЗОО предвиђа одговорност организатора путовања и за случај мана у извршењу уговорених услуга било да их сам извршава или да их извршава треће лице - ако су услуге из уговора о организовању путовања непотпуно или неквалитетно извршене, путник/туриста може захтевати сразмерно снижење цене под условом да је ставио приговор организатору путовања у року од осам дана од дана завршетка путовања; захтев за снижење цене не утиче на право туристе/путника да захтева накнаду штете.²³

Одредбе уговора о организовању путовања којима се искључује или смањује одговорност организатора путовања, ништаве су. Међутим, пуноважна је писмена одредба уговора којом се унапред одређује највиши износ накнаде штете, под условом да није у очигледној несразмери са штетом. Ово ограничење износа накнаде не важи ако је организатор штету проузроковао намерно или крајњом непажњом.

Што се тиче одговорности туристе/путника, он одговара за штету коју причини организатору путовања неизвршавањем обавеза које за њега произлазе из уговора и одредби закона. Путник/туриста ће бити одговоран ако не плати на време цену, не поступи по обавештењима организатора путовања па он лично или његов пртљаг не задовољи царинске, санитарне и друге прописе, ако на захтев организатора путовања не пружи тачне или потпуне податке потребне за организовање путовања.

II ПОСРЕДНИЧКИ УГОВОР О ПУТОВАЊУ

1. Појам и карактеристике

Посредничким уговором о путовању посредник (по правилу туристичка/путничка агенција) се обавезује да у име и за рачун путника (туристе) закључи било уговор о организовању путовања било уговор о

²¹ В. Горенц - В.Шмид, нав.дело, стр. 109.

²² М. Драшкић, Уговори о туристичким услугама, Зборник радова са Саветовања о ЗОО, Београд, 1978, стр. 184.

²³ Види, ЗОО, чл. 869.

извршењу једне или више посебних услуга које омогућају да се оствари неко путовање или боравак, а путник се обавезује да за то плати накнаду.

Посредничким уговором о путовању, посредник је овлашћен да у име и за рачун путника прибавља услуге везане за путовање или боравак, закључујући уговоре с даваоцима услуга и предузима друге одговарајуће правне радње. На основу посредничког уговора о путовању, посредник је у правној вези са путником, не и са даваоцем услуга, јер посредник приликом закључења уговора с даваоцима услуга иступа у име и за рачун путника. Што се тиче путника, он је у правном односу с посредником (посреднички уговор о путовању) али и са даваоцима услуга (посредник у име и за рачун путника закључује уговор о превозу, о смештају у хотел, или уговор о некој другој услузи у вези са путовањем које путник жели да обави, или уговор о организовању путовања).

Посредничким уговором о путовању, посредник је овлашћен на закључење одређених уговора, односно предузимање одређених правних радњи везано за путовање или боравак у име и за рачун путника (ово овлашћење се јавља, по правилу, као специјално). Другим речима, путник овлашћује посредника да му прибави једну или више тачно одређених услуга, односно да закључи одређене уговоре. Путник, најчешће, даје упутства посреднику којих се посредник мора придржавати приликом предузимања правних послова. Упутства се могу односити на даваоце услуга, на превоз, смештај, и сл. Ако су те инструкције прецизне, јасне и несумљиве, посредник их се мора стриктно придржавати, јер путник од њега то очекује, односно захтева. У супротном, ако путник да посреднику само опште напомене, онда посредник мора показати већу иницијативу и иступати савесно и са одговарајућом стручном пажњом код избора даваоца услуга, закључења уговора с даваоцима услуга, и др.

Кад на основу посредничког уговора о путовању преузима обавеза закључења уговора о организовању путовања, посредник је дужан да приликом закључења изда потврду о путовању и да у њој назначи да иступа у својству посредника (ова потврда се може издати тек кад закључи уговор са организатором путовања у име и за рачун путника); ако у потврди о путовању није назначено својство посредника, сматраће се да је он организатор путовања. У случају када се посреднички уговор о путовању односи на закључење уговора о некој посебној услузи, посредник је дужан да изда потврду која се односи на ту услугу са знаком износа који је плаћен за услугу; посредник има обавезу да изда потврду, по правилу, кад је закључио уговор који има за предмет посебну услугу (изузетно, могао би издати потврду и приликом закључења посредничког уговора о путовању ако је за ту тражену услугу

истовремено и заступник даваоца услуге)²⁴; неиздавање потврде или ако издата потврда садржи нетачне податке повлачи одговорност посредника за накнаду штете која је тиме проузрокована путнику. Потврда служи као доказ да је закључен посреднички уговор о путовању, као и о његовом садржају. Истовремено са издавањем потврде, посредник издаје путнику и документа која служе за реализацију прибављених услуга (путне карте, и сл.).

Извршењем посредничког уговора о путовању, односно закључењем посебних уговора везано за превоз, боравак и сл. у име и за рачун путника, долази до заснивања правног односа између путника и даваоца услуге. Путник преузима сва права и обавезе из уговора закљученог у његово име и за његов рачун с даваоцем услуге. Посредник не преузима никакву обавезу за извршење закљученог уговора ни према путнику ни према даваоцу услуге, под условом да је поступао као добар посредник путовања и у границама налога и добијених упутстава. Ако посредник путовања прекорачи границе налога или одустане од добијених упутстава, закључени правни посао правно обавезује путника према даваоцу услуге под условом да су таква одступања, при посебним околностима, посреднику налагали интереси путника. У супротном, прекорачење налога или одступање од датих упутстава имало би за последицу да предузети правни посао не би обавезивао путника, већ би посредник био дужник накнаде штете даваоцу услуге (у односу на путника посредник би био незвани вршилац туђих послова), осим ако путник накнадно не одобри тако склопљени правни посао.

2. Обавезе посредника путовања

Делатност посредника путовања састоји се, рекли смо, у закључивању и уопште обављању правних послова у име и за рачун путника. Врсте тих правних послова могу бити различите, што зависи од услуге коју путник тражи. Посредник је дужан да поверени му посао обави сагласно посредничком уговору о путовању и правилима струке поступајући са пажњом доброг посредника путовања. Посредник је дужан да поступи по упутствима које му је путник дао а која се обично односе на модалитете смештаја, превоза, места и времена коришћења услуга и сл. Ако су упутства императивна посредник је дужан да их у свему поштује; међутим, ако то по мишљењу посредника путовања као доброг познаваоца своје струке не би било у интересу путника дужан је да га на то упозори и да затражи нова упутства. Ако упутства нису императивна или ако путник

²⁴ В. Горенц - В.Шмид, нав.дело, стр. 117.

не да потребна упутства, посредник је дужан да ради на начин који је у складу са интересима путника.

Посредник путовања је дужан да брине о интересима путника, да поштује његове инструкције, да пажљиво одабере даваоце услуга, да чува као тајну све што је сазнао о путнику, његовом пртљагу, именима његових сапутника, и сл.

Посредник путовања је дужан да обавештава путника о току спровођења уговора, ако се у току спровођења услуга промене околности, посредник је дужан да обавести путника о томе, као и о насталим сметњама и да тражи нова упутства (нарочито ако су претходна упутства била императивна). По обављеном посредничком уговору о путовању, посредник је дужан обавестити путника о предузетом правном послу (путник мора знати да је правни посао закључен, његову садржину, којем се даваоцу услуге треба обратити да би испунио услугу, и сл.). Посредник путовања је при томе дужан предати путнику сва документа која се односе на закључени уговор с даваоцем услуге (путне карте, и сл.), како би се путник могао легитимисати код даваоца услуге као легитимни титулар стечених права у његово име и за његов рачун.

3. Обавезе путника

Путник је обавезан да посреднику путовања, на његово тражење, достави све истините и потребне личне и друге податке потребне за прибављање превозне карте, резервацију смештаја, визу, и др. Ако путник не да податке у року или да неистините податке, сноси ризик неиспуњења обавеза посредника да прибави путне карте и друге исправе; осим тога дугује посреднику и накнаду проузроковане му штете. Такође, путник је обавезан и да његове личне исправе и пртљак испуњавају све захтеве предвиђене административним прописима (санитарни, царински, монетарни); у супротном сноси ризик штете коју трпи и дужан је накнадити штету проузроковану посреднику.

Путник је дужан предати посреднику новац потребан за закључење повереног правног посла, чији је предмет затражена услуга (за набавку превозне карте, резервацију смештаја, и сл.); ако делатност посредника не доведе до жељеног резултата, дужан је путнику вратити примљени износ новца.

Основна обавеза путника је да исплати накнаду посреднику. Посреднику припада накнада за обављене послове који се састоји у закључењу уговора о пружању услуга с даваоцима услуга у име и за рачун путника. Накнада и њена висина одређују се посредничким уговором о путовању, тарифом посредника или пословним обичајима. У пословној пракси, обичај је да се накнада не исплаћује посреднику непосредно од

путника него од стране даваоца услуге у виду постотка од вредности услуге која је предмет уговора закљученог у име и за рачун путника.

4. Одговорност посредника путовања

Посредник путовања, генерално, одговара за накнаду проузроковане штете путнику у случају неиспуњења или неуредног испуњења обавеза преузетих посредничким уговором о путовању. За накнаду штете потребан је доказ учињене повреде обавезе и саме штете; ослобађање од одговорности је везано за доказ уложене очекиване пажње у испуњењу преузетих обавеза.²⁵

Конкретно: посредник одговара ако при извршавању налога путника не води рачуна о интересима путника као *добар посредник путовања*, ако не извршава своју обавезу информисања путника о битним моментима извршавања налога путника; ако не поступа у складу са налогом и упутствима путника с пажњом *доброг посредника путовања* (јасно у вези извршавања налога и упутстава, одговорност посредника зависи и од тога да ли се ради о императивним налозима и упутствима или не; даље, посредник не одговара ако је одступио од добијених упутстава уз сагласност путника, односно у интересу путника; ако је посредник извршаваће налога поверио другом лицу одговара смо за избор тог другог лица под условом да је поверавање извршавања налога било допуштено од стране путника, односно у посредничком уговору о путовању, у супротном, одговара и за рад тог другог лица).

Питање које се поставља кад се говори о одговорности посредника путовања је *да ли посредник одговара за штету коју путник претрпи због неиспуњавања или неуредног обавеза даваоца услуге ?*

Посредник је дужан да савесно обави избор трећег лица – даваоца услуге који треба да изврши услугу путнику која је предвиђена уговором. Посредник одговара путнику за савестан избор трећег лица (превозник, хотел, организатор путовања), али не и за његов рад. Ако је нпр. путник повређен за време превоза, за штету ће одговарати превозник а не агенција преко које је путник купио возну карту, јер закључењем уговора од стране посредника/агента, путник ступа у непосредни правни однос са даваоцем услуге, а то значи да давалац услуге непосредно одговара путнику ако не испуни уредно своје уговорне обавезе. Одговорност посредника ће постојати само у случају несавесног избора трећег лица. Овде такође, треба поменути случај кад је давалац услуге одређен налогом путника, кад избор трећег лица – даваоца услуге не врши

²⁵ В. Горенц - В.Шмид, нав.дело, стр. 123.

посредник и кад је посредник путовања дужан испоштовати добијени налог, тако да мора закључити уговор са тако одређеним даваоцем услуге, јер у супротном одговара путнику због неизвршавања обавезе поштовања налога. Тада посредник не одговара за избор тако одређеног даваоца услуге. Међутим, ако зна односно мора знати да је налогом одређени давалац услуга *лош избор* путника он га мора на то упозорити јер му то налаже обавеза да води рачуна о интересима путника, у супротном се, такође, *поставља питање* његове одговорности.

III УГОВОР О АНГАЖОВАЊУ УГОСТИТЕЉСКИХ КАПАЦИТЕТА (уговор о алотману)

1. Појам и карактеристике

Уговором о алотману угоститељ се обавезује да у току одређеног времена стави на располагање туристичкој агенцији одређени број лежаја у одређеном објекту, пружи угоститељске услуге лицима које упути агенција и плати јој одређену провизију, а туристичка агенција се обавезује да настоји да угоститељске капацитете попуни, односно да обавести угоститеља у утврђеним роковима да то није у могућности, као и да плати цену пружених услуга уколико је користила ангажоване хотелске капацитете.

У пракси, уговор о алотману закључује се у циљу остваривања уговора о организованом путовању. Њиме туристичка/путничка агенција обезбеђује смештај (и друге угоститељске услуге) за своје клијенте/учеснике организованог путовања. Закључује се између туристичке агенције и угоститеља (прецизније, хотелијера), а уговореним угоститељским услугама користи се путник/туриста (учесник организованог путовања), који према туристичкој агенцији има право да захтева испуњење угоститељских услуга на основу уговора о организованом путовању, а према угоститељу на основу уговора о алотману. Иако су уговорне стране туристичка агенција и угоститељ, угоститељ уговорене услуге не пружа агенцији него упућеном путнику/госту. Гост је корисник услуге и има положај лица које је овлашћено да прими испуњење уговорених услуга смештаја, исхране и сл. Гост није директни клијент угоститеља него туристичке агенције.

Уговор о алотману се обично закључује за период од једне сезоне. Ако уговорне стране нису уговором предвиделе његово трајање, сматра се да су угоститељски капацитети стављени на располагање за једну годину.

2. Обавезе туристичке агенције

Основна обавеза туристичке агенције је попуњавање ангажованих угоститељских капацитета (обавеза *настојања* да угоститељске капацитете попуни, односно код уговора с клаузулом *del credere* обавеза да попуни угоститељске капацитете). Због осцилација на осетљивом туристичком тржишту, туристичка агенција, редовно, није у могућности да унапред преузме чврсту обавезу да попуни све ангажоване капацитете угоститеља, па због тога се, обично, закључује уговор о алотману којим се агенција обавезује да *настоји да попуни* уговорене капацитете угоститеља. Ако агенција не сакупи довољан број гостију, упркос свим својим настојањима, испунила је своју обавезу (ако је о томе обавестила угоститеља).

Туристичка агенција је дужна да обавештава угоститеља о току попуњавања смештајних капацитета. Уколико није у могућности да попуни све ангажоване смештајне капацитете, туристичка агенција је дужна да у уговореним или уобичајеним роковима обавести угоститеља о томе и да му достави листу гостију, као и да у обавештењу одреди рок до кога угоститељ може слободно располагати ангажованим капацитетима. Угоститељски капацитети који у листи гостију нису означени као попуњени, сматрају се слободним од дана пријема те листе од стране угоститеља за период на који се листа односи. После протеча тога рока туристичка агенција поново стиче право да попуњава ангажоване смештајне капацитете.

Туристичка агенција је обавезна да се придржава уговорених цена (не може лицима која шаље у угоститељски објекат зарачунавати веће цене за угоститељске услуге од оних које су предвиђене уговором о алотману или угоститељским ценовником).

Туристичка агенција је дужна да угоститељу плаћа угоститељске услуге (уколико уговором није одређено да сам путник/туриста плаћа угоститељу цену пружених угоститељских услуга, цену пружених угоститељских услуга плаћа угоститељу туристичка агенција после извршених услуга, с тим да може бити предвиђено и плаћање аконтације).

Туристичка агенција је дужна да лицима која шаље на основу уговора о алотману изда посебну писмену исправу/*ваучер*, *упутница* (гласи на име или на одређену групу, непреносива је и садржи налог угоститељу да пружи услуге које су у њој наведене; служи као доказ да је лице клијент туристичке агенције која је са угоститељем закључила

уговор о алотману; на основу ове писмене исправе врши се обрачун узајамних потраживања између туристичке агенције и угоститеља).²⁶

3. Обавезе угоститеља

Угоститељ је обавезан да у току одређеног времена стави на коришћење уговорени број лежаја и пружи лицима која упућује туристичка агенција услуге наведене у ваучеру (угоститељ не може уговорити са другом туристичком агенцијом ангажовање капацитета који су већ резервисани на основу уговора о алотману).

Угоститељ је дужан да лицима које упути туристичка агенција пружи под истим условима услуге као и лицима са којима је непосредно закључио уговор о угоститељским услугама (*обавеза једнаког поступања*). Такође, угоститељ је дужан да пружи уговорени квалитет услуга.

Угоститељ има обавезу немењања цена услуга. Изузетак постоји у два случаја: прво, угоститељ може променити цене ако о томе најмање шест месеци унапред обавестити агенцију, друго, угоститељ може мењати цене у случају промене у курсу размене валута које утиче на уговорену цену. У овим случајевима нове цене које је истакао угоститељ могу се примењивати тек након истека месец дана од њихове доставе туристичкој/путничкој агенцији. Због заштите интереса клијената који су закључили уговоре с агенцијом, нове цене неће се применити: прво, на услуге које се односе на резервације које је угоститељ потврдио; друго, на услуге за које је већ достављена листа гостију.

Угоститељ је дужан да туристичкој агенцији исплати провизију на промет остварен на основу уговора о алотману. Провизија се одређује у проценту од цене извршених угоститељских услуга. Уколико проценат провизије није одређен уговором, туристичкој агенцији припада провизија одређена општим условима пословања туристичке агенције, односно пословним обичајима.

²⁶ Туристичка организација не може одбити да плати услуге извршене по основу уговора о алотману ако током трајања уговорног односа није конкретно приговорила квалитету услуга нити тражила раскид уговора. Да би туристичка организација основано могла приговорити неуредном извршењу услуга исте морају бити и утврђене уговором; пресуда Вишег привредног суда, Пж. 9888/97 од 10.03.1998. године.

4. Посебне врсте уговора о алотману

Уговор о алотману с правом туристичке агенције да одустане од ангажованих смештајних капацитета - туристичка агенција може привремено одустати од коришћења ангажованих смештајних капацитета а да тиме не раскине уговор о алотману нити створи за себе обавезу накнаде штете угоститељу, уколико у уговореном року пошаље обавештење о одустанку од коришћења (у случају да обавештење о одустанку не буде послато у предвиђеном року, угоститељ има право на накнаду штете). Туристичка агенција, такође, може одустати од уговора и у целини без обавезе да накнади штету ако обавештење о одустанку пошаље у уговореном року.

Уговор о алотману с клаузулом del credere - туристичка агенција преузима обавезу да попуни ангажоване угоститељске капацитете. Ако не попуни ангажоване угоститељске капацитете, туристичка агенција је дужна да плати угоститељу накнаду по неискоришћеном кревету (у правној литератури се истиче да угоститељ има право на накнаду само ако непопуњене капацитете није сам попунио путем других корисника²⁷). У овом случају, туристичка агенција нема право да путем благовременог обавештења откаже уговор било делимично или у целини.

²⁷ Поковић, нав. дело, стр. 195.

Dragan Vujisic, LL.D

Associate Professor at the Faculty of Law, University of Kragujevac

TYPE OF AGREEMENTS ON TOURIST SERVICES

Summary

The subject of this paper are general characteristics of agreements on tourist services. In the paper the author specifically deals with the issues of types of services in tourism, as well as the subjects of the agreements on tourist services; the idea and types of the agreements on tourist services, with a comment that due to diversity of the agreements on tourist services it is difficult to find one generally accepted definition of these agreements; the subject, that is, the parties in the agreements on tourist services, whereat today a particularly important part is played by tourist agencies which are more and more frequently participating not only as organizers of travelling but also as suppliers of individual tourist services; the sources of right to agreements on tourist services, the characteristics of which is that, in addition to legislative sources but also when the legislative sources are lacking as a consequence of dynamic development of tourism, great number and variety of services in tourism, as well as legal activities and relationships in tourism, a great significance is exhibited by the original autonomous regulation as well.

Key words: agreements on tourist services, travel organization agreement, intermediary travel agreement, agreement of allotman, tourist agency, tourist.



Др Гордана Лажетић - Бужаровска

ПРАВНИ ЛЕКОВИ У НОВОМ ЗАКОНУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Апстракт:

Скромни је циљ овог рада да укаже на новине које у односу на правне лекове уноси нови Закон о кривичном поступку Републике Македоније. Подручје правних лекова јесте искључиво комплексна материја казненог процесног права и дуги низ година се у кривично процесној литератури води расправа о различитој природи првостепеног и другостепеног поступка у корелацију обавезе односно диспозиције њиховог иницирања. Задржан је монистички систем редовних правних лекова. У раду се претстављају промене у оквирима четири главна аспекта: преиспитивања основе за подношење жалбе, уношење нових рокова у току жалбеног поступка, уношење преклузија у односу предлагања доказа и основе за одржавање расправе од стране савета другостепеног суда. У вези ванредних правних лекова, рад се задржава на три ванредна правна лека који постоје према новом ЗКП-у: понављање кривичног поступка, захтев за заштиту законитости и ванредно преиспитивање правоснажне пресуде. Рад указује да проширене могућности одржавања расправе пред већем другостепеног суда уместо укидања пресуде и враћања предмета на поново суђење доприносећи да казнена правда постане бржа и ефикаснија.

Кључне речи: жалба, жалбени основ, жалбени поступак, *beneficium cohaesionis*, , преклузија предлагања доказа, ванредни правни лекови

Проф. др Гордана Лажетић - Бужаровска

ПРАВНИ ЛЕКОВИ У НОВОМ ЗАКОНУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

I. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Нови Закон о кривичном поступку Републике Македоније (у даљем тексту: ЗКП) уноси промене у систему правних лекова. Промене су резултат настојања теоретичара у правцу убрзања кривичног поступка, делимична рационализација ванредних правних лекова, чешће одржавање расправе пред другостепеним судом уместо укидања пресуде и поново суђење пред првостепеним судом, као и превазилажење проблема које су у пракси сагледали судци апелационих судова приликом примене одредаба повезаних с правним лековима у жалбеном поступку.

Са историске перспективе, сматра се да се право правног лека на судску одлуку (*appelatio*) појавило још у римском праву у доба настанка квестионих судова када је судска власт била у рукама краља. Краљ је судску власт делио са сенатом.¹ Управо због могућности подношења правног лека прихваћено је правило да се пресуда изради у писменом облику и по подношењу правног лека пресуду преиспитује краљ. Апеллатио је једини правни лек који је постојао у римском праву.

Право правног лека је предвиђено у више међународних инструмената о правима човека. Универзална декларација о правима човека регулише право ефикасног правног лека без гаранције да право правног лека буде повезано са оптуженим или осуђеним лицем. Ова одредба има више уставноправни него кривичноправни утицај.² Међународни пакт о грађанским и политичким правима регулише право правног лека у контексту права која треба имати осуђено лице – свако осуђено лице има право да његова осуда и казна буду поново размотрени од стране вишег суда према условима прописаних законом. Слична одредба садржана је у члану 2, Протокола 7, Европске конвенције о

¹ Bubalović, T., *Pravo na žalbu u kaznenom postupku*, Sarajevo, 2006, стр. 9-10; Stevanović/Stanojević, *Krivično procesno pravo*, Niš, 2005, стр. 48-50.

² Према члану 8 потребно је обезбедити ефикасни правни лек пред домаћим надлежним судовима у случају повреде основних права које појединац има према уставу и законима државе.

људским правима и основним слободама – свако осуђен за кривично дело од стране суда има право да његова осуда и казна буду процењени од стране вишег суда, а мора се законом уредити остваривање права жалбе и основе када се жалба може поднети.

Основни се разлог постојања правних лекова објашњава потребом контроле одлуке које суд доноси у кривичном поступку као и потреба за одстрањивање евентуалних грешака, неправилности и незаконитости.

Проблематика правних лекова јесте веома важна за кривични поступак и с правом се оцењује као изузетно комплексна материја казног процесног права. У оквирима текуће реформе казног процесног законодавства, правни су лекови актуелни у већем броју ранијих југословенских држава.³

II. РЕДОВНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ

1. Основне карактеристике и обухват реформе

Поступак правних лекова јесте задњи стадијум кривичног поступка, ако се не узме у обзир извршавање кривичних санкција као право финале кривичног поступка. Овај стадијум поступка зависи искључиво од диспозицију странака. Наиме, странка самостално одлучује да ли ће искористити могућност подношења правног лека. За разлику од првостепеног поступка који се обавезно спроводи увек када постоји предлог овлашћеног тужитеља, поступак по правним лековима може али и не мора да буде спроведен и оцењује се као поступак факултативне природе. Близу три деценије се у кривично процесној литератури води расправа о различитој природи првостепеног и другостепеног поступка у корелацији обавезе односно диспозиције њиховог иницирања.⁴ Оцењује се да завршетком првостепеног поступка престаје примат суда у вођењу поступка, наступа диспозиционо начело и наглашава се чињеница да је другостепени суд везан за диспозицију странака. Ипак, мора се нагласити да је оваква тврдња делимично тачна, пошто поступак испред другостепеног суда почиње подношењем жалбе али кривично процесно законодавство традиционално садржи одредбе које траже да се један део пресуде мора

³ Tomašević, G./Krapac, D./Glušćić, S., *Kazneno Procesno Pravo*, Narodne Novine, Zagreb, 2005; Sijerčić - Čolić, H., *Krivično procesno pravo*, Knjiga druga – Tok redovnog krivičnog postupka i posebni postupci, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, 2005, стр. 125.

⁴ Grubiša, M., *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, Drugo, dopunjeno i izmijenjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1980, стр. 77.

преиспитати *ex officio* од стране суда, а не само у оквирима захтева странака истакнутих у поднесеној жалби.

Променом у систему редовних правних лекова у македонском ЗКП не задира се у монистички систем редовних правних лекова.⁵ Задржан је један редовни правни лек - жалба која се може поднети и за чињенична и за правна питања и у односу на неправоснажне првостепене пресуде, против решења донетих у току кривичног поступка и против другостепене пресуде у законски утврђеним условима. Овим се приступом у Републици Македонији задржава систем који постоји дуго година и који је познат у скоро свим бившим југословенским државама где је у току реформа казненог процесног законодавства и где промене трпи и систем правних лекова.⁶

Другостепеност је као принцип предвиђен у Уставу Републике Македоније и гарантује право жалбе против одлука донесених у судском првостепеном поступку. На први поглед, ова одредба као да уноси дилему да ли у законодавству може постојати жалба на другостепену пресуду пошто њу није донео првостепени суд. Ипак, мора се нагласити да је жалба на другостепену пресуду више изузетак него правило и ЗКП децидно одређује у којим се ситуацијама може поднети жалба на другостепену пресуду. Наиме, потребно је екстензивно тумачење одредаба Устава у смислу да другостепена пресуда ствара право у односу на странке и у оквирима уставне одредбе и треба се схватити као пресуда донесена у првом степену што је нарочито наглашено када је другостепени суд донео пресуду након што је одржао расправу. Овакав третман има другостепена пресуда и када је другостепени суд одредио односно потврдио најстрожу казну предвиђену и Кривичном закоником - доживотну казну затвора, као и у случају када је другостепени суд утврдио кривицу код оптуженог који је са првостепеном пресудом био ослобођен оптужнице.

У оквирима карактеристике које има жалба, осим суспензивности и деволутивности, пажња се треба посветити и привилегији удруживања (*beneficium cohaesionis*) која води према проширењу погодности

⁵ Слично и у хрватском Закону о кривичном поступку, в: Tripalo, D., Tijek kaznenog postupka - kontrola optužnice, rasprava, pravni ljevovi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, vol. 15, 2/2008, стр. 744.

⁶ Критички осврт решења повезаних системом редовних и ванредних правних лекова у ЗКП Србије из 2006 године, в: Илић, Г., О новинама у кривичном поступку правних лекова Републике Србије, Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“ – Скопје во чест на проф. д-р Панта Марина, стр. 184-204. Исто и Čavlina, G., Novi zakonik krivcnog postupka, Bilten sudske prakse, br. 2/2006, Intermedz, Softnjare & Communication, стр. 11-16.

подношења правног лека, што се иначе означава и као екстензивно дејство правног лека. Привилегија удруживања се може применити када су испуњени следећи услови: а) када се према више оптуженика проводи један кривични поступак и доноси једна пресуда, б) када је поднета жалба благовремена и допуштена и в) када разлози због којих је другостепени суд донео одлуку у корист оптуженог иду у прилог неком другом оптуженику који није поднео жалбу.⁷

Одредбе ЗКП-а уносе новине у више одредаба који се тичу редовних правних лекова и то како у односу на опште одредбе повезане за редовним правним лековима тако и у односу на поступак по жалби који проводи другостепени суд.

Прихваћене промене односе се на четири главна аспекта:

- 1) преиспитивање основа за подношење жалбе,
- 2) уношење нових рокова у току жалбеног поступка,
- 3) уношење преклузија у односу на предлагање доказа и
- 4) основа за одржавање расправе од стране савета другостепеног суда.

1.1. Опште одредбе у односу на редовне правне лекове

Проширене могућности жалбе оштећеног – ЗКП омогућава проширење основе за подношење жалбе када се као жалитељ јавља оштећени. Наиме, према садашњем законодавству оштећени има могућност да се жали само у односу на трошкове кривичног поступка, а ЗКП отвара могућност да се жалбени основи прошире и на имовинско-правни захтев. Овим се решењем омогућава да и у поступку по правним лековима имовинско – правни захтев задржи статус који има у првостепеном поступку. Чини се сасвим нелогично да оштећени може пријавити имовинско – правни захтев у току првостепеног поступка, да се о њему осврне и у завршној речи, а да не постоји могућност да се жали на пресуду у делу који се односи на исти тај захтев. Морамо прихватити становиште које указује да је оваква ситуација потпуно неспојива с логиком.⁸ Одлука суда у вези имовинско – правног захтева може се сматрати да је у прилог оштећеног само када је суд у потпуности досудио пријављени захтев. У сваком другом случају оштећени има право да се жали на пресуду и да тражи да апелациони суд одлучи о пријављеном

⁷ Детаљније в: Илић, G., *Beneficium cohaesionis* u krivičnom postupku, Stanje kriminaliteta u Srbiji i pravna sredstva reagovanja, III deo (ured. Đorđe Ignjatović), Beograd, 2009, стр. 184.

⁸ Prof. dr Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, стр. 566.

имовинско - правном захтеву. Другим речима, након што искористи право жалбе и остане и даље незадовољан одлуком апелационог суда, оштећени може да поведе парницу. Постоји опасност да се решење у новом ЗКП тумачи на следећи начин - у случају када је оштећени пријавио имовинско-правни захтев, а суд првостепеном пресудом није одлучио у вези његовог захтева да он нема основ за подношења жалбе, него мора да покрене грађанску парницу. Овакво би тумачење значило суспендовање права жалбе на имовинско-правни захтев само на основу чињенице да првостепени суд није одлучио у погледу имовинско-правног захтева. Ово је и у супротности са препорукама Европске уније и Савета Европе у вези положаја жртве у кривичном поступку који указују на потребу да се оштећени треба заштитити од додатних трошкова и одлагања тренутка испуњавања имовинско-правног захтева.

Преклузија у предлагању доказа – у оквиру одредаба које се односе на садржај жалбе предложена је новина која се односи на преклузију у предлагању доказа. Наиме, ЗКП предвиђа да се у жалби не смеју износити нове чињенице и нови докази осим оне за које ће странке доказати да их нису могли изнети до завршетка доказног поступка у току главне расправе пошто им нису били познати или доступни. На овај се начин уводи механизам против процесних тактика (најчешће одбране) да се докази важни за утврђивање чињеничног стања не износе у току првостепеног поступка с циљем да се они наведу у жалби, што ће довести до укидања пресуде и повратка кривичног предмета на поновно суђење првостепеном суду. Ова одредба има за циљ доследну имплементацију залагања за остранивањем свих процесних решења који омогућавају злоупотребу процесних могућности странака чиме се непотребно одуговлачи кривични поступак.

Према новопредложеном решењу, постоји обавеза да странке пре почетка главне расправе дају предлог доказа како би се они извели у току главне расправе, наравно, након што их прихвати председник судског већа. Председник судског веће може одбити део приложених доказа ако се предлог односи на законом забрањени начин прикупљања доказа, на доказ чија је употреба законом забрањена или чињеницу која се према закону не може доказати (незаконит предлог), ако су предложени докази нејасни, непотпуни или су очигледно усмерени према одуговлачењу поступка или ако се чињеница која се треба доказати оцени као ирелевантна за одлучивање, односно када не постоји повезаност између чињенице која се треба утврдити и одлучујућих чињеница или се та повезаност због правних разлога не може установити (безначајан предлог).

Уколико председник судског већа сматра да за доношење коначне одлуке о томе који се докази могу прихватити а који не, он може позвати странке да одређеног дана дођу код њега у суд с циљем да свака странка образложи своје предлоге и да да приговоре у односу на предложене доказе супротне странке. Ово решење допуњава могућности председника суда у контексту припреме за главну расправу и утврђивање листе доказа и може се схватити како филтер у односу на доказе пре одржавања главне расправе.

1.2. Основи за подношење жалбе

ЗКП уноси измене и у односу на одредбе које се односе на основе за подношење жалбе. Подела апсолутних и релативних основа остаје непромењена као и основ за њихово постојање – код апсолутних основа, таксативно набројених у ЗКП, довољно је да суд утврди њихово постојање и да воде према укидању пресуде и враћању предмета на поново суђење првостепеном суду, а код релативних основа, прописаних по систему генералне клаузуле, није довољно да се докаже њихово постојање већ се мора утврдити ефекат који су они имали, цени се какве су се негативне последице надовезале утврђеном релативном повредом поступка, па се након тога изводи закључак за облик одлуке коју ће донети другостепени суд.

Апсолутна суштинска повреда одредаба кривичног поступка (т. 11) - постоје неке промене, тачније прецизирања, ове одредбе ЗКП-а. Наиме, досадашња одредба члана 355 т. 11 садржи широку елаборацију основа који су били прилично конфузно наведени и није било довољно јасно какве недостатке и нејасноће могу довести до закључка да постоји повреда кривичног поступка из т. 11. Досадашњи су се основи у литератури делили у три групе: а) недостатци у диспозитиву, б) недостатци у образложењу и в) противречности између садржаја записника и исправа и оно што се у пресуди наводи као њихов садржај,⁹ односно а) недостатци у диспозитиву пресуде, б) повреде закона и в) повреде кривичног поступка.¹⁰

Ова се основа веома често користила у пракси судова као основ који узрокује укидање првостепених пресуда и наметнула се потреба да се разјасни које се све основе могу подвести под т. 11. При конципирању новог садржаја т. 11 Комисија која је радила на тексту новог ЗКП-а кренула је са становишта да треба схватити да се трећи основ односи на

⁹ Детаљније в: д-р Панта Марина, Коментар на Законот за кривичната постапка, Култура, Скопје, 1978, стр. 336.

¹⁰ Vasiljević, стр. 605-606.

недостатке и противречности које се односе на образложење пресуде, што спада у први основ – нејасноћа и противречност пресуде. Чињеница да садржај неких доказа наведених у образложењу не одговара њиховом садржају без дилеме представља противречност садржаја образложења као саставни део пресуде.

Сада у ЗКП одредба т. 11 садржи два елемената: а) нејасноћа и противречност пресуде, па произлази да се овакви квалификативи могу односити и на диспозитиву и на образложење пресуде, као и на њиховом међусобном односу. Другим речима, без обзира на чињеницу у ком је делу првостепене пресуде другостепени суд установио нејасноће и противречности, може одлучити да постоји апсолутна суштинска повреда одредбе кривичног поступка; и б) када у пресуди недостају разлози о одлучујућим чињеницама или докази изведени на главној расправи, као основ који не уноси забуне нарочито пошто се пресуда и даље заснива на чињеницама и доказима изведеним на главној расправи, па је сасвим прихватљиво да постоји суштинска повреда одредбе кривичног поступка уколико пресуда (тачније образложење пресуде) не садржи разлоге у вези одлучујућих чињеница.

Суштинска повреда одредбе кривичног поступка према т. 11 постоји када у пресуди (у њеном диспозитиву, образложењу или у њиховом међусобном односу) постоје нејасноће (када чињенично стање не садржи обележја кривичнога дела, када постоје озбиљни недостаци у диспозитиву и није наведено по коме се ставу из члана КЗ-а доноси пресуда и осуђује се оптужени) или постоје противречности образложења у односу на диспозитив пресуде (када суд није поштовао субјективни или објективни идентитет пресуде у односу на оптужницу), али не и када постоје очигледни пропусти (није наведено место где је почињено кривично дело, суд није ништа навео у вези ометавања притвора и сл.).¹¹

Основ према коме суштинска повреда одредбе кривичног поступка постоји када у пресуди нису наведени разлози о одлучујућим чињеницама или докази изведени на главној расправи, односе се уствари на непотпуност образложења пресуде коју је донео првостепени суд. Овај основ произлази из улоге и значаја образложења као једног од елемената пресуде и према члану 408 ст. 6 Предлога ЗКП-а у образложењу пресуде суд је дужан изнети разлоге за сваку тачку садржану у диспозитиву, а нарочито чињенице које је оценио као доказане или недоказане, од којих је доказа утврдио ове чињенице, због којих је разлога одлучио не уважити неке предлоге странака, којим се разлозима руководио приликом

¹¹ Марина, стр. 336.

решавања правних питања и које је околности узео у обзир приликом одмеравања казне.

Апсолутна суштинска повреда одредбе кривичног поступка (т. 12) – право употребе језика у поступку је регулисано одредаба ЗКП-а и у односу на могућност коришћења матерњег језика, када то није македонски језик, ЗКП задржава постојећи концепт. Међутим, комисија која је радила на тексту ЗКП-а имала је становиште да ова суштинска повреда одредбе кривичног поступка може постојати само у случају када је у току кривичног поступка повређено право оптуженог да користи тумача, само у случају када оптужени не разуме македонски језик или има потешкоће да користи и да разуме македонски језик. Од ове одредбе произлази да у случају када македонски језик није матерњи језик оптуженог, а он разуме и успешно се служи македонским језиком, нема право на тумача и не може се позивати да је повређено његово право да користи матерњи језик у постуку и да то представља апсолутну суштинску повреду одредбе кривичног поступка из т. 12.

Право одбране као релативна суштинска повреда одредбе кривичног поступка – у досадашњем је законодавству право одбране представљало релативну суштинску повреду само ако је ово право било повређено у току главног претреса, а то је имало или је могло имати значајан утицај на закониту и правилно донешену пресуду. Промена је резултат усаглашавања наше одредбе са ставовима Европског суда за људска права у односу на концепт правичног поступка. Наиме, свака странка у кривичном поступку мора имати разумну могућност преставити свој предмет пред судом по условима који је не стављају у знатно неповољнију ситуацију према супротној странци. Мора се постићи правична равнотежа између супротне странке.¹² По новој одредби, право одбране као аспект правичног суђења јесте нова релативна суштинска повреда одредбе кривичног поступка уколико је ово право оптуженог било повређено у било којем стадијуму поступања, а не само на главној расправи, а оваква је повреда имала или је могла имати утицај на законито и правилно доношење пресуде. Од нове одредбе произлазе два случаја када се може оценити да постоји ова релативна суштинска повреда одредбе кривичног поступка: а) када је другостепени суд са сигурношћу утврдио да је повреда права одбране утицала на пресуду и б) када другостепени суд само предпоставља да је повреда права одбране могла утицати на пресуду, али то се не може са сигурношћу утврдити (на пример, када постоји недоследност приликом извођења неких процесних

¹² Тако у случају *De Haes и Gijssels v. Belgium*, 24.02.1997; *Borgers v. Belgium*, 30.10.1991;

радњи од стране првостепеног студа).¹³ У контексту ове претпоставке покреће се питање о примени начела *in dubio pro reo* у поступку правних лекова – свака се сумња у односу на постојање одређене чињенице, без обзира да ли она иде у корист или на штету осуђеног, мора довести суд до закључка који је повољнији за осуђеног.¹⁴

Преовлада схватање да се применом начела *in dubio pro reo* не повређује начело слободне оцене суда, будући да ће суд приступити примени овог начела након што искористи све спознајне могућности које му стоје на располагању.¹⁵

Повреда права одбране је релативна суштинска повреда одредбе поступка и када је повреда овог права проузроковала повреду гаранција за правично суђење оптуженог.

Овом се променом наглашава значај права одбране, његова комплексност, чињеница да ово право обухвата цео поступак почевши од претходног поступка, као и да је ово право битан аспект правичног суђења као посебно начело казненог процесног права – свако ко је оптужен за кривично дело има право на правично и јавно суђење испред независног и непристрасног суда, у контрадикторном поступку где може оспоравати оптужницу али и предлагати и изводити доказе у своју одбрану.

Погрешно утврђено чињенично стање – трећи основ за побијање пресуде је ограничен и обухвата само погрешно утврђивање чињеничног стања, а не и његово непотпуно утврђивање. Ова је промена суштинска, а не само козметичка. Произлази из нове улоге које странке имају у току кривичног поступка, нарочито у оквиру обавеза тужилаштва да докаже кривицу *beyond a reasonable doubt*, с једне стране, и растеређивања суда од обавезе да утврђује материјалну истину, да сам *ex officio* предлаже и изводи доказе, с друге стране. Примена ове основе за жалбу постоји, у ствари, када од доказа што су их странке предложиле, а суд их прихватио и били су изведени у току главне расправе, суд је у пресуди погрешно утврдио неку одлучујућу чињеницу, суд је закључио да тај доказ уопште није био утврђен или је суд утврдио да постоји нека околност која не

¹³ Претпоставка да је повреда могла утицати постоји када, на пример, сведоку није постављено питање одакле има сазнања које је изнео суду, дали је њих непосредно видео или је сазнао од друге особе, Марина, Коментар, нав.дело, стр. 338.

¹⁴ Детаљније в: д-р Ђорђе Лазин, *In dubio pro reo* у кривичном поступку, Научна књига, Београд, 1985, стр. 93. Кобе, проф. д-р Петар, *Razgraničenje činjeničnih i правних питања* и његово значење за уређење редовних правних лекова у кривичном процесном праву, *Zbornik Правног факултета у Загребу*, бр. 1-2, 1984, стр. 47-48.

¹⁵ Ivo Josipović, *Izuzeci od načela traženje materijalne istine u кривичном процесном праву SFRJ*, *Naša Zakonitost*, 6/1983, сте. 64. Исто, Лазин, нав.дело, стр. 64.

произлази из изведених доказа. На овај се начин не задире у право суда на слободну оцену доказа него се указује на погрешно закључивање односно закључивање које не произлази из одлучујућих чињеница и доказа везаних за конкретни кривични предмет. Уједно, основ за жалбу на пресуду због погрешно утврђеног чињеничног стања може бити и нова чињеница односно нови доказ за који ће странка што га предлаже доказати да се није могао извести до завршетка доказног поступка будући да није био познат или доступан, а који упућују на закључак да је чињенично стање у донешеној пресуди погрешно утврђено.

1.3. Поступање првостепеног суда у току жалбеног поступка (*judex a quo*)

Достављање одговора на жалбу – након што је примио жалбу, првостепени суд је дужан без одлагања доставити један примерак жалбе супротној странци. Досад није постојало временско ограничење када првостепени суд мора доставити жалбу супротној странци и постојале су могућности за непотребна одуговлачења. Новопредложена одредба наглашава потребу од брзог и неодложног достаљања жалбе супротној странци.

Достављање предмета другостепеном суду – уведен је нови рок у коме је првостепени суд дужан доставити жалбу и одговор на жалбу са списима предмета другостепеном суду – 3 дана након пријема одговора жалбе, односно након протеча рока од 8 дана када супротна странка може поднети одговор на жалбу, у случају кад жалба уопште није била поднешена.

1.4. Жалбени поступак пред другостепеном суду (*judex ad quem*)

Промене у односу на жалбени поступак односе се на прописивање кратких рокова за извођење процесних радњи с циљем убрзања поступка и избегавање могућности непотребних одуговлачења, као и наглашавање потребе за одржавање расправе коју води веће другостепеног суда. Скепса да ли да се уопште дозволи одлучивање вишег суда о чињеничном стању наводећи аргуменат да нико (па ни другостепени суд) нема право мењати слободну оцену доказа коју је спровео првостепени суд,¹⁶ мора се оценити као неоправдана будући да другостепени суд не задире у слободну оцену првостепеног суда, већ, на основу нових чињеница и

¹⁶ О различитим ставовима у теорији в: Grubiša, нав.дело, стр. 85.

доказа, а у контекст жалбеног захтева, формира своју слободну оцену доказа.¹⁷

ЗКП је увео промене у део одредаба које се односе на жалбени поступак који спроводи другостепени суд:

➤ **судија известилац** – предвиђен је рок од 3 дана у коме, након пријема предмета по жалби у другостепеном суду, мора бити одређен судија известилац. Овај судија мора без одлагања доставити све списе кривичног поступка надлежном јавном тужиоцу кад се ради од кривичном делу које се гони *ex officio*,

➤ **поступање јавног тужиоца у жалбеном поступку** – јавни је тужилац, након пријема списка кривичног предмета од судије известиоца, дужан да без одлагања или најкасније у року од 15 дана, а код сложенијих предмета у року од 30 дана, врати судији известиоцу примљене списе кривичног предмета са својим мишљењем,

➤ **обавеза првостепеног суда** – ако оцени да постоји потреба, судија извештај може тражити од првостепеног суда извештај у вези повреде одредбе кривичног поступка, а првостепени суд и надлежни јавни тужилац који је водио истражни поступак дужни су да поступе према овом захтеву у рок који не прелази 30 дана,

➤ **јавна седница већа другостепеног суда** – седница већа другостепеног суда може бити јавна на захтев странака, али не за свако кривично дело већ само ако је у питању кривично дело за које се може изрећи казна затвор преко 5 година,

➤ **ток седнице већа** – ток седнице већа је прилагођен новом концепту расправе пред судом и активности странака. Седница већа почиње извештајем судије известиоца за стање ствари у предмету, након тога жалитељ образлаже жалбу, а по њему рећ добија супротна странка како би одговорила жалбеним наводима не понављајући оно што је претходно изнео судија известилац. Ако у току седнице, веће оцени да се треба одржати расправа, она се заказује најкасније у року од 15 дана од дана када је одржана седница већа,

➤ **расправа већа другостепеног суда** – настојање да се избегне пречесто укидање пресуда резултирало је променама у одредбама које омогућавају чешће одржавање расправе пред већем другостепеног суда. У ЗКП-а прецизно су одређени услови када се расправа мора обавезно одржати: 1) ако се утврди да постоји апсолутна суштинска повреда одредбе кривичног поступка која се може превазићи одржавањем расправе, или 2) ако се утврди да постоји погрешно утврђено чињенично

¹⁷ Prof. d-r Vladimir Bazer, Kazneno postupovno pravo, knjiga prva, Zagreb, 1943, стр. 367.

стање од стране првостепеног суда или када су у жалби изнешене нове чињенице и докази које је суд оценио као оправдане и прихватљиве. У току расправе изводе се докази који нису били познати или доступни у току првостепеног поступка као и они докази за које је суд оценио да их је потребно извести због правилног утврђивања чињеничног стања.¹⁸

III. ВАНРЕДНИ ПРАВНИ ЛЕКОВИ

2.1. Основне карактеристике

За разлику од редовних правних лекова чији је циљ уклањање грешака и недостатака пре него пресуда постане правоснажна, ванредни се правни лекови подносе против правоснажних судски одлука и њихов је циљ промена материјалне правоснажности донете пресуде која подразумева стварање права путем судске одлуке како резултат примене општих законских одредаба на конкретном кривичном случају.

Ванредни правни лекови омогућавају одстрањивање грешака и нападање пресуда код којих се сматра да постоје незаконитости. Понекад, оваква се ситуација јавља када се након правоснажности пресуде појаве нове чињенице које упућују на сасвим ново чињенично стање или различиту кривичну санкцију.

Постојање и коришћење ванредних правних лекова треба се схватити у контексту настојања да се донесе правилна и законита судска одлука чиме се понекад суспендује дејство максиме да је свака пресуђена ствар истинита (*judicata pro veritate habetur*) и да су правоснажне судске одлуке непроменљиве.

Ванредни се правни лекови могу користити у изузетним ситуацијама. Наиме, они се не могу поднети за било какве недостатке већ само за недостатке који имају посебан значај и воде промени правоснажне судске одлуке. Произлази да не свака недоследност, противречност или грешка садржана у судској одлуци може бити основ за подношење ванредног правног лека.

У оквирима основних карактеристика ванредних правних лекова, осим несуспензивности и деволутивности, мора се указати и на непотпуност ванредних правних лекова - они имају различиту природу и неки се од њих могу поднети само за чињенична а други само за правна питања. Непотпуност ванредних правних лекова произлази и од аспекта

¹⁸ Супротно решењу прихваћеном у хрватском ЗКП, где е напушта расправа испред другостепеног суда са образложењем да је ова расправа у пракси имала симболични значај те да је само првостепени суд надлежан за извођење доказа на које га упућује другостепени суд својом одлуком, Тгipаlo, нав.дело, стр. 746.

овлашћеног субјекта за њихово подношење - овлашћен је само јавни тужилац, само одбрана или обе странке.

Управо код ванредних правних лекова долази до изражаја подела на чињенична и правна питања, подела која је створила велике потешкоћа и у теорији и у пракси.¹⁹ Велики је број случајева где остаје нејасно да ли је другостепени суд овлашћен да захвата у чињенично стање, да ли сме да га мења без одржавање претреса већа, да ли су дозволене мале корекције, које се недостатке у чињеничном стању могу сматрати оправдане за укидању првостепене пресуде. Нарочито је важно како је првостепени суд утврдио чињенично стање будући да се само на правилно утврђеном чињеничном стању може правилно применити законска одредба. Велика је разлика између чињеничног и правног питања пошто се закључак о постојању неке чињенице изводи преко слободног судског убеђења које није повезано законски прописаним правилима, а правно се питање решава искључиво помоћу правних правила, коришћењем правне теорије и интерпретација одређених процесних института који произлазе из судске праксе. Није увек сасвим јасно да ли погрешно утврђено чињенично стање значи погрешну примену одредаба формалног закона или не. На пример, имовинска корист јесте чињенично питање све док се треба утврдити њезина вредност или износ, али постаје правно питање када се треба оценити да ли је утврђени износ мали, велики или значајан са аспекта одредбе Кривичног законика. Слично овоме, утврђивање елемената нужне одбране јесте чињенично питање, али оцена да ли утврђени елементи представљају нужну одбрану у смислу Кривичног законика је правно питање. Не може се тврдити да ли се дилема може решити путем схватања да чињенична питања произлазе из околности повезаних с човековим животом, а правна питања подразумевају примену апстрактних правних норми. Питање јесте чињенично све док се не утврди како се једна инкриминисана ситуација догодила, а примена апстрактних правних норми на претходно утврђеном чињеничном стању је правно питање. Другим речима, свака активност што претходи подвођењу инкриминисане ситуације под одређену правну норму спада у чињенично стање.²⁰

Ванредни правни лекови су, у принципу, временски неограничени (нетемпорални) осим у случају захтева за понављање кривичног поступка када је осуђени био осуђен у одсуству (годину дана након што је осуђени сазнао о пресуди) или захтева за ванредно преиспитивање прависилне

¹⁹ Детаљније в: Grubiša, стр. 132-166.

²⁰ Utvrđivanje činjeničnog stanja – Izricanje i izvršenje krivičnih sankcija, Institut za kriminološka i sociološka i straživanja, Beograd, 1998.

пресуде (најкасније у року од 30 дана након пријема правоснажне пресуде).

Привилегија удруживања (*beneficium cohaesionis*) је нарочито изражена код захтева о заштити законитости и код захтева за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде.

Пре конципирања одредаба садржаних у ЗКП била је спроведена компаративна анализа у којој су наведени правци реформе у односу на ванредне правне лекове.²¹ Препоручена ја била њихова рационализација, а као главни се аргуменат наводила чињеница повезана практичном применом неких ванредних правних лекова нарочито са аспекта ефеката који се реално постиже након подношења ванредног правног лека.

Доступни податци из извештаја Врховног суда Републике Македоније говоре да постоји очигледна дискрепанца у ефекте који постижу неки ванредни правни лекови. Наиме, близу 69% захтева за заштиту законитости је било уважено у периоду 2000-2007 године, а у истом периоду било је уважено свега 6% захтева за ванредно ублажавање казне и само 4% захтева за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде.

Ови су податци били основ да се приступи рационализацији ванредних правних лекова. У теорији се одавно указује да већи број судских инстанци проузрокује мањи значај правоснажних судских одлука.²² Морамо прихватити становиште да се кривични поступак не побољшава преко већег броја ванредних правних лекова већ преко успешно спроведених првостепених и другостепених поступака.²³

У ЗКП постоје три ванредна правна лека: понављање кривичног поступка, захтев за заштиту законитости и ванредно преиспитивање правоснажне пресуде.²⁴

2.2. Понављање кривичног поступка

Понављање кривичног поступка је једини ванредни правни лек који омогућава остранивање заблуде у чињеничном стању утврђеном првостепеном пресудом. Задржане су карактеристике овог правног лека као несуспензивност, недеволутивност и временска неограниченост (осим

²¹ Бужаровска, проф. д-р Гордана/Мисовски, м-р Бобан/Груевска, ас. м-р Александра, Компаративно истражување на редовните и вонредните правни лекови, МРКК, бр. 2-2008.

²² Grubiša, стр. 283.

²³ Vasiljević, стр. 649.

²⁴ У новом Законику о кривичном поступку Србије, Sl.Glasnik RS, бр. 72/2011, постоје само два ванредна правна лека: понављање поступка и заштиту законитости.

код суђења у одсуству). Овај се ванредни лек може поднети у корист али и на штету осуђеног. Модалитети понављања кривичног поступка остају непромењени као и у досадашњем казненем процесном праву, али један је део промењен и следи кратак осврт нових решења.

Преиначење правоснажне пресуде због нових околности повезаних са кривичном санкцијом – ово је ново решење и нови основ за неправу понављање кривичног поступка. Радна група која је радила на тексту новог ЗКП-а заузела је становиште да би било корисно напуштање захтева о ванредном ублажавању казне као посебног ванредног правног лека, а његово легислативно елиминисање из система ванредних правних лекова надопуњује се новим основом за преиначење правоснажне пресуде када се појаве нове околности повезане са кривичном санкцијом. Наиме, овај је нови основ дозвољен када се након правоснажности пресуде појаве околности који нису били познате приликом изрицања пресуде или нису уопште биле познате мада су оне постојале. Битно је нагласити да нове околности требају бити таквог карактера да би очигледно довели до блаже осуде. Основна разлика у односу на садашње решење јесте да уместо Врховног суда Републике Македоније, надлежност да донесе одлуку у односу на карактер околности које воде ка неправом понављању кривичног поступка је у рукама првостепеног суда који је донео пресуду с којом је изречена кривична санкција.

Предвиђањем новог основа за неправу понављање кривичног поступка не утиче се на права осуђеног лица, а доприноси растерећењу Врховног суда Републике Македоније од поступање у предметима за које успешно и компетентно може да одлучује првостепени суд.²⁵

Постоји могућност да првостепени суд донесе исте облике судске одлуке као што је то до сада могао учинити Врховни суд Републике Македоније на основу ванредног ублажавања казне. Наиме, у случају када првостепени суд утврди да је оправдано преиначење пресуде дужан је да са новом одлуком преиначи ранију пресуду али само у односу на казну и могуће је: а) да изрекне нову казну, б) да ублажи претходно изречену казну или в) да одлучи колико се још од претходно изречене казне треба извршити.

Не требамо очекивати да ће фузионирање ванредног ублажавања казне и понављање поступка проузроковати проблеме у пракси будући да нови основ неправог понављања поступка омогућава промене у делу који се односи на кривичну санкцију али само када је ова промена резултат промењеног чињеничног стања а не резултат погрешне примене одредаба

²⁵ У ЗКП Хрватске овај је правни лек напуштен образложењем да је „корекција„ казне могуће остварити помоћу неколико постојних института: помиловање, понављање поступка, условни отпуст и сл., Трипало, стр. 750.

Кривичног законика. Овим фузионирањем постаје беспредметно теоретисање у вези разлика између понављања поступка и ванредног ублажавања казне које је често пута било поткрепљено недовољно чврстим аргументима који нису успевали да разјасне дилему које нове чињенице и докази представљају основ за понављање поступка у потпуности, а које су нове чињенице и докази релевантни само за кривичну санкцију. Мора се нагласити да је овај нови основ за неправу преиначење судске пресуде доступан одбрани у случају када се појави олакшавајућа околност важна за одмеравање казне, ублажавање казне, ослобођење од казне и слично, према одредбама Кривичног законика

Продужење кривичног поступка – према променама садржаним у одредбама повезаним са поновним иницирањем кривичног поступка, постоје две предвиђене могућности. Прво, дозвољено је продужење кривичног поступка на захтев овлашћеног тужитеља у три случаја: а) када је суд донео решење за одбијање оптужнице као неосноване, б) када је пре почетка главне расправе оптужница одбачена или правоснажно одбијена и в) када је поступак решењем правоснажно окончан. Други основ предвиђа да суд може дозволити понављање поступка ако је јавни тужилац поднео нове доказе на основу којих је суд закључио да су испуњени услови за поново иницирање кривичног поступка. Јавни тужилац може предложити продужетак кривичног поступка и када је поступак правоснажно окончан пре почетка главне расправе у случају када је тужилац одустао од казненог прогона, а доказало се да је до одустајања дошло због извршења кривичнога дела.²⁶ Почињено кривично дело од стране јавног тужиоца се мора доказати правоснажном пресудом.

Понављање поступка у корист и на штету осуђеног - основе за понављање поступка могу се поделити на две врсте: оне које иду у корист осуђеног и оне које иду на штету осуђеног. Проширене су могућности понављања кривичног поступка у корист осуђеног у случају када се докаже да се пресуда заснива на лажном аудио-визуелном снимку који се може користити као доказ у току доказног поступка. ЗКП прописује да фотографије, филмови и друге аудио и визуелни снимци добијени техничким средствима могу послужити као доказ у кривичном поступку.²⁷

Понављање је кривичног поступка на штету оптуженог предвиђено је само као изузетак и то у случајевима када је пресуда којом се

²⁶ У Босни и Херцеговини овој представља основ за понављање поступка на штету осуђеног лица, *Zakon o kaznenom postupku, Službeni glasnik Bosne i Hercegovine*, br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07.

²⁷ Снимци су предвиђени у више одредаба ЗКП-а: снимци истражних радњи, визуелно – тонско снимање претреса дома, снимак телефонске конференције, технички снимак, снимак испитивања оптуженог и сл.

оптужница одбија донета услед стварне ненадлежности суда, а јавни је тужилац иницирао поступак пред надлежним судом са захтевом за понављање поступка.

Понављање поступка према особи за коју се води екстрадициони поступак - одредба у односу на понављање кривичног поступка према особи којој је било суђено у одсуству допуњена је у смислу обавезе које је Република Македонија преузела ратификацијом Европске конвенције за екстрадицију и Допунским Протоколом Европске конвенције за екстрадицију бр. 98 Савета Европе у односу на гаранције за суђење у присуству особе за коју се тражи екстрадиција. У овом смислу, изван прописаних услова за понављање поступка према особи којој је суђено у одсуству, суд је дужан дозволити понављање поступка у сваком случају када је према особи осуђеној у одсуству у току екстрадициони поступак и ако земља где се особа налази тражи гаранције да ће се дозволити суђење у присуству особе.

Ограничење вишеструког понављања поступка због суђења у одсуству оптуженог - с циљем да се избегне злоупотреба процесних могућности што их има осуђено лице коме је суђено у одсуству ЗКП предвиђа да у случају када у току поновљеног поступка због претходног суђења у одсуству оптужени поново постане недоступан за органе прогона - нема право поново тражити понављање поступка. Основни је циљ ове одредбе да утиче на оптуженог да буде доступан органима прогона у току поновљеног поступка.

2.3. Захтев за заштиту законитости

Захтев за заштиту законитости остаје са неизмењеном концепцијом - подноси се за повреду закона (материјалног или формалног) и једини овлашћени субјекат за његово подношење је јавни тужилац. Више него је јасно да је овај ванредни правни лек усмерен према ширем јавном интересу са аспекта примене закона, а не само интереса странака у поступку.

Промене и допуне код овог ванредног правног лека односе се на непостојање могућности да се с њим задире у чињенично стање утврђено правоснажном судском одлуком, без обзира да ли је та одлука донета од стране првостепеног или другостепеног суда, као и ограничење да се заштита законитости односи само на судске одлуке а не и на поступак који претходи њима.

Захтев за заштиту законитости према правоснажним судским одлукама - овај се ванредни правни лек може поднети само према правоснажним судским одлукама првостепених и другостепених судова. ЗКП напушта могућност да се овај захтев подноси и у односу на поступак

који је претходио донетој судској одлуци односно процесној радњи преузетој у току поступка. Ово решење је сасвим прихватљиво узимајући у обзир нови концепт кривичног поступка који није потпуно у надлежности суда. Наиме, претходни је поступак у надлежности јавног тужиоца и, осим надлежности судије претходног поступка, суд се укључује у поступање чак и приликом контроле оптужнице.²⁸

Захтев за заштиту законитости у случају повреде Устава Република Македоније - проширене су могућности да се захтев за заштиту законитости поднесе због повреде одредаба Устава Република Македоније, чиме се врши допуна досадашњих основа за подношење овог правног лека - повреда закона и ратификованих међународних докумената који представљају део домаћег законодавства.

Оцена чињеничног стања - узимајући у обзир нови концепат кривичног поступка и прихватање више акузаторних карактеристика, нове функције странака и суда у току поступка, као и напуштање обавезе суда да оцењује чињенично стање по службеној дужности, у ЗКП више не постоји одредба постојећег члана 409 ЗКП-а према којој уколико се приликом решавања захтева о заштити законитости јави озбиљна сумња у истинитост одлучујућих чињеница утврђених у одлуци против које је поднет захтев, Врховни суд Републике Македоније пресудом којом одлучује о захтеву за заштиту законитости укида ту одлуку и мора наредити да се одржи нови главни претрес испред истог или другог стварно надлежног првостепеног суда.²⁹

Према постојећих одредби, Врховни суд није надлежан да се упушта у оцену чињеничног стања по службеној дужности приликом оцене основаности поднетог захтева о заштиту законитости. У кривично процесној се литератури наводи да ова одредба значи да је Врховни суд надлежан да се упушта у оцену чињеничних питања што је сасвим супротно природи овог ванредног правног лека – да се могу нападати само правна питања, и због овога је било потребно да се екстензивно тумачи појам “закон”.³⁰ Са овом се одредбом неоправдано омогућава да Врховни суд има одрешене руке и у односу на чињенично стање што је у

²⁸ У ЗКП Србије остао је основ да се захтев о заштиту законитости подноси и за кривични поступак који је претходио донетој одлуци. О проблемима овог решења, в: Пић, Г., нав.дело, стр. 198. Слично македонском је и хрватско решење, Tripalo, стр. 749. Исто је решење и у новом Законику о кривичном поступку Србије, Sl.Glasnik RS, бр. 72/2011.

²⁹ Слично као у ЗКП Хрватске, Tripalo, нав.дело, стр. 749.

³⁰ Марина, Коментар, нав.дело, стр. 388.

неким случајима доводило до губитка разлике између ефекта захтева за понављање поступка и захтева о заштиту законитости.³¹

ЗКП јасно одређује да се као повреда закона треба схватити повреда одредбе материјалног и формалног закона или неког другог закона који је био примењен у току поступка. Постоји консензус да је избор и одмеравање кривичне санкције искључиво правно питање – погрешна примена материјалног закона осим када је реч о новим чињеницама и околностима које утичу на примену одредаба материјалног закона.

2.4. Захтев за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде

Ванредно преиспитивање правоснажне пресуде је противтежа захтева за заштиту законитости обзиром да га може поднети осуђени с циљем да се поправе повреде закона учињене правоснажном пресудом. Још од увођења овог ванредног правног лека у раније југословенско казнено процесно законодавство остају становишта да је овај ванредни правни лек облик захтева за заштиту законитости којег може поднети одбрана – оптужени и бранитељ. Мора се нагласити да између ових ванредних правних лекова постоји значајна разлика будући да постоји велики број ограничења повезаних са ванредним преиспитивањем правоснажне пресуде: може се поднети у временском року од 30 дана након пријема правоснажне пресуде само када је изречена казна затвора или малолетнички затвора, може се поднети само ако је одбрана искористила право на редовни правни лек, не може се поднети према пресуди Врховног суда, може се поднети само за правоснажне пресуде и резултат овог ванредног правног лека не може бити декларативна одлука да постоји повреда закона.

Према ЗКП-а у оквирима ванредног преиспитивања правоснажне пресуде постоји ограничење у односу казне која је основ за подношење овог ванредног правног лека - може се поднети само у случају када је првостепеном пресудом изречена безусловна казна затвора у временском трајању од најмање једне године.³²

³¹ Grubiša, нав. дело, стр. 270.

³² Према члану 44 ст. 2 Закона о малолетничкој правди, малолетнички затвор не може бити краћи од једне нити дужи од десет година, а изриче се на пуне године или на пола године.

IV. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Од свега горе наведеног у односу на реформу у области правних лекова садржаних у ЗКП-а може се установити побољшање система правних лекова. Задржан је монистички систем редовних правних лекова а евидентно је постојање решења којим се омогућава убрзање жалбеног поступка прописивањем кратких рокова и обавезе за поступање без одлагања. Проширене могућности одржавања расправе пред већем другостепеног суда уместо укидања пресуде и враћања предмета на поново суђење доприноси да казнена правда постане бржа и ефикаснија. Успешно прецизирани основи апсолутно суштинских повреда одредаба кривичног поступка у случајевима када се пресуда може оценити као недовољно јасна и противречна. Нарочито се треба указати на нови статус права одбране као релативне суштинске повреде одредаба поступка које се односе на целокупно трајање кривичног поступка, а не само на главну расправу.

Уједно, уочава се ограничење злоупотребе процесних могућности странака у односу на преклузију у предагању доказа и у однос на ограничавање могућности за вишеструко понављање поступка због суђења у одсуству оптуженог.

У односу на ванредне правне лекове, уводе се основе које омогућавају олакшање поступка екстрадиције и имплементацију међународних стандарда. Напушта се ванредно ублажење казне као посебни ванредни правни лек али се заштита обезбеђује преко новог основа за неправу понављање кривичног поступка и преиначење правоснажне пресуде у делу кривичне санкције. Уједно, водећи рачун за нови концепт поступка, усвојена је и промена код захтева за заштиту законитости који се може поднети само против правоснажних судских одлука и истовремено напушта се обавеза Врховног суда да по службеној дужности цени чињенично стање у првостепеној и другостепеној пресуди.

Gordana Lazetic – Buzarovska, LLD
Associate Professor

**LEGAL REMEDIES IN THE NEW CODE ON CRIMINAL
PROCEDURE OF REPUBLIC OF MACEDONIA**

Summary

Reform of legal remedies in accordance with new CCP retains the monistic system of regular legal remedies and enhances acceleration of appeal procedure with prescribing short deadlines. Newly adopted provisions regarding public hearing taken by chambers in appellate courts as well as limitation of proposing new evidence within the appeal will contribute toward faster and more efficient criminal justice. There is also limitation upon multiple repeating of the procedure when convicted person was tried in absence. This approach according the legislator should prevent delays of the proceeding and abuse of procedural powers by the parties.

As regarding extraordinary remedies, within repetition of the criminal procedure the court in each case will allow a repetition of the criminal procedure against the person previously convicted in absentia toward whom extradition is requested. This will be implemented whenever foreign state requests a guarantee that the person will be allowed the right to have a trial in his presence, which is in accordance with international instruments related to extradition. New CCP have left an extraordinary mitigation of sentence from the list of extraordinary remedies and protection of defense regarding new circumstances connected with criminal sanction is provided by new ground for improper repetition of the procedure and alteration of the final judgment in the part of previously imposed criminal sanction. Taking into account the new concept of the procedure, there are two important changes regarding protection of legality - it can not be filed upon aspects related to the criminal procedure which preceded the court decision targeted with protection of legality and the Supreme Court does not have any obligation for correction of factual aspects when deciding upon protection of legality.



Доц. др Игор Милинковић

**ЈАВНОСТ РАДА ОРГАНА ЛОКАЛНЕ ВЛАСТИ У
РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ (ФАКТОР ЈАЧАЊА ЛОКАЛНЕ
ДЕМОКРАТИЈЕ)**

Доц. др Игор Милинковић

Апстракт:

Јавност власти представља једно од кључних обиљежја демократског уређења. У раду, након што се укаже на мјесто које принципу јавности припада у оквиру демократске мисли, биће упозорено на значај који унапређење транспарентности рада локалних органа има за јачање локалне демократије. Посебна пажња посвећена је законском третману јавности рада органа локалне самоуправе у Републици Српској и његовој усклађености са одговарајућим европским стандардима.

Кључне речи: *јавност власти, демократија, владавина права, «добро управљање», локална демократија*

Доц. др Игор Милинковић

ЈАВНОСТ РАДА ОРГАНА ЛОКАЛНЕ ВЛАСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ (ФАКТОР ЈАЧАЊА ЛОКАЛНЕ ДЕМОКРАТИЈЕ)

1. Увод: јавност власти и локална демократија

Јавност власти, истичу њени заговорници (постоје ли данас они који то нису?), припада пантеону великих политичких врлина, спада међу темељна обиљежја демократије¹. Како опажа Н. Бобио: «Једно од општих места свих старих и нових разговора о демократији састоји се у тврдњи да је то владавина «видљиве моћи»».² Сам Бобио о демократској владавини пише као о «владавини јавне моћи у јавности»³, обухвативши наведеном дефиницијом два различита значења придјева јавно: јавно као супротност приватном и јавно као оно видљиво, супротстављено тајном. Схваћен у овом другом смислу, израз јавно синоним је за транспарентно одн. отворено (што је значење којим ће се овај рад бавити).

Транспарентност као пожељно својство власти (о чему, данас, влада својеврстан консензус), подразумејива «владавину у складу са утврђеним и објављеним правилима, на основу информација и процедура које су доступне јавности, и (што је значење које се овом појму понекад приписује) унутар јасно ограниченог подручја активности».⁴ Она представља «темељну вриједност демократске одговорности»⁵, једну од кључних претпоставки демократског уређења. Према Ф. Рурку: «Ништа не може бити више аксиоматско за демократију, него принцип излагања процеса власти неуморној јавној критици и надзору.»⁶ Заиста, може ли се

¹ M. Fenster, «The Opacity of Transparency», *Iowa Law Review* 91, 2006, 888.

² Н. Бобио, *Будућност демократије*, Београд, 1990, 86.

³ *Ibid.*

⁴ C.C. Hood, «Transparency», *Encyclopedia of Democratic Thought* (Eds. P.B. Clarke, J. Foweraker), Routledge, London - New York, 2001, 863.

⁵ S. Piotrowski, G. Van Ryzin, «Citizen Attitudes Toward Transparency in Local Government», *The American Review of Public Administration*, Vol. 37, No 3, September 2007, 307.

⁶ F.E. Rourke, «Administrative secrecy: A congressional dilemma», *American Political Science Review* Vol. 54, 691, наведено према *ibid.*

сматрати одговорном према грађанима власт чије је вршење скривено од њихових очију?

Не изненађује, стога, што је концепт јавне власти афирмацију доживио у вријеме просветитељства, са поновним буђењем идеје демократије. Раздобље апсолутизма одликовала је *arcana imperii*, скривена моћ. Тајне власти биле су доступне малом броју посвећених, за владање предодређених «плавом крвљу». Будући да је обичним грађанима умијеће владања било непознато (нити су грађани сматрани способним да њиме овладају), од њих се очекивало да се уздрже од претјераног (боље речено сваког) занимања за државне послове. Један од најчувенијих апологета «тајне власти» Р. Филмер, писао је да се не треба без потребе бавити тајнама државе «као што су *arcane imperii* или кабинетски савети, у које прост народ не сме да завири. Даје се прећутна вера најнижем вештаку у његовом властитом занимању; колико је она онда много више долична принцу кад је реч о темељним тајнама владе. Разлози и циљеви највећих политичких подухвата и покрета заслепљују очи и превазилазе способност свих људи, изузев оних који су свакога часа вични да управљају јавним пословима.»⁷

Борба за демократизацију поретка укључивала је захтјеве за разоткривањем власти пред очима јавности. Ж.Ж. Русо, један од најзаслужнијих за обнову демократске мисли, најбољим је сматрао уређење у ком «нити тајне махинације порока, нити скромност врлине, могу избјећи пажњи и суду јавности»⁸. За И. Канта јавност је представљала тест који поступци власти морају проћи, да би могли бити оцијењени као оправдани. «Сви поступци који се дотичу права других људи», писао је Кант, «неправични су ако се њихова максима не слаже са публицитетом.»⁹

Значај принципа јавности није превидјела ни класична либерална мисао. Отац утилитаризма Џереми Бентам сматрао је јавност основним средством («кочницом») за спречавање самовоље властодржаца. «Без јавности», писао је Бентам, «све друге кочнице су бескорисне: у поређењу са јавношћу, све друге кочнице су безначајне. Управо јавности, више него свему другом заједно, енглески процедурални систем дугује то што је најмање лош систем међу постојећим, умјесто да је најгори.»¹⁰ Џ.С. Мил,

⁷ Р. Филмер, *Patriarcha*, у Џ. Лок, *Две расправе о влади*, Београд 2002, 48.

⁸ Jean-Jacques Rousseau, «A Discourse on the Origin of Inequality», у *The Social Contract and Discourses*, наведено према G. Hill, *Rousseau's Theory of Human Associations: Transparent and Opaque Communities*, Palgrave Macmillan, New York 2006, 2.

⁹ Наведено према Н. Бобио, 93.

¹⁰ J. Bentham, *The Works of Jeremy Bentham*, Volume IV, Edinburgh: W. Tait, 1843, p. 317. У *Политичким тактикама*, износећи аргументе у прилог принципу

такође, јавност рада државних органа сврставао је међу релевантне инструменте политичке контроле власти (уједно и критеријуме добре владавине).¹¹ У често цитираном одломку, Џ. Медисон истиче да «народна власт без јавне информације, или средстава за њено стицање, не представља ништа друго до увод у фарсу или трагедију, или можда обоје».¹² Црвена нит транспарентности провлачи се кроз демократску политичку мисао све до данашњих дана.

Данас, без сумње, транспарентност је у моди. Њена вриједност сматра се, такорећи, саморазумљивом (како опажа К. Худ, «готово да бисмо могли рећи да је израз «транспарентнији» постао секуларни еквивалент за «побожнији» у модерним расправама посвећеним организацији и управљању»)¹³. Своју привлачност транспарентност дугује чињеници да се, осим за демократију, она везује и за друге појмове обавијене сличном «ауром легитимности»¹⁴, попут владавине права и «доброг управљања» («*good governance*»). Захтјев за објављивањем правних аката представља један од основних елемената учења о владавини права (укључујући и оне уже, формалне дефиниције *Rule of Law*). Лон Фулер, творац једне од најутицајнијих концепција владавине права, публикување закона сврставао је међу услове егзистенције правног поретка (према Фулеру, ријеч је о једном од принципа «унутрашње моралности права»; потпуни неуспјех у његовој реализацији лишио би дати поредак правног карактера).¹⁵ Транспарентност, као елемент владавине права, понекад се схвата у ширем (више елаборираном) смислу, када обухвата «захтјеве да јавно одлучивање буде спроведено према познатом временском распореду, да одлуке буду саопштене

публицитета, Бентам констатује: «Што су бројнија искушења којима је вршење политичке власти изложено, то је потребније да се онима који је посједују понуде најјачи разлози да им се одупру. А нема разлога трајнијег и универзалнијег него што је надзор јавности. Јавност сачињава суд који је моћнији него сви други судови заједно.» J. Bentham, *Political Tactics*, Clarendon Press - Oxford 1999, 29.

¹¹ J.S. Mill, *Considerations on Representative Government*, у J.S. Mill, *Essays on Politics and Society* (Collected Works of John Stuart Mill, Vol. XIX), University of Toronto Press, 1997, 391.

¹² Писмо Џ. Медисона В.Т. Берију од 4. Августа 1822. године (*The Complete Madison: His Basic Writings* (Ed. S. Padover), 1953, 337, наведено према М. Fenster, 895).

¹³ С. Hood, «Transparency in historical perspective», *Transparency: The Key to Better Governance?* (Eds. С. Hood, D. Heald), Oxford University Press, 2006, 9, наведено према А. Etzioni, «Is Transparency the Best Disinfectant?», *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 18, Number 4, 2010, 389.

¹⁴ Израз је Хелдов. (Д. Хелд, *Модели демократије*, Загреб 1990, 17)

¹⁵ О Фулеровој концепцији владавине права вид. И. Милинковић, «Посједује ли владавина права неинструменталну моралну вриједност - рефлексије о Фулеровом и Разовом схватању *Rule of Law*», *Правна ријеч*, Бањалука, бр. 18/2009.

заинтересованим странама, да буду засноване на провјерљивим изјавама разума и да заинтересоване стране буду обавијештене о правним лијековима који им стоје на располагању и роковима у којима ови лијекови могу бити искоришћени».¹⁶ У још ширем значењу, транспарентност би укључивала и захтјеве за слободним приступом званичним информацијама и одлучивањем отвореним за јавност.¹⁷

Јавност власти је и нужан састојак рецепата за «добро управљање»¹⁸. Као таква, она постаје један од захтјева чијим испуњењем међународне финансијске институције, нпр. Свјетска банка, условљавају одобравање зајмова (разлог више за савремене режиме да се покушају представити што транспарентнијим). Један од разлога за инсистирање на транспарентности, јесте њен допринос сузбијању корупције (гдје се јавност власти третира као најбоље дезинфекционо средство)¹⁹.

Веза између јавног вршења власти и демократског уређења, истакнута у претходном тексту, чини транспарентност битним фактором унапређења локалне демократије. Ова тема утолико је значајнија, имајући у виду уочену кризу легитимитета локалних институција. Пут ка превазилажењу наведене кризе препознаје се у јачању грађанског учешћа у политичком одлучивању, чији је предуслов адекватна упућеност грађана у послове власти. Грађанска партиципација претпоставља тачно и благовремено информисане грађане. У супротном, грађани не могу постати релевантни актери локалног политичког процеса, нити адекватно надzirати рад органа локалне власти. Стога не изненађује да је унапређењу јавности рада органа локалне самоуправе значајан простор дат и у актима Савјета Европе, на које ће у наставку текста бити упозорено.

¹⁶ С.С. Hood, «Transparency», *Encyclopedia ...*, 864.

¹⁷ Исто

¹⁸ Према дефиницији UNDP карактеристике «доброг управљања» су: широко учешће грађана у одлучивању, владавина права, транспарентност институција власти, пријемчивост за потребе и жеље грађана, правичност у поступању са грађанима, јавна одговорност, ефикасност и економичност у располагању јавним ресурсима, посједовање стратешке визије при планирању развоја. (D.A. Rondinelli, «Governments Serving People: The Changing Roles of Public Administration in Democratic Governance», у D.A. Rondinelli (Ed.), *Public Administration and Democratic Governance: Governments Serving Citizens*, United Nations, 2007, 7) За транспарентност се истиче да «почива на слободном протоку информација. Процеси, институције и информације директно су доступни заинтересованима, а дато је довољно информација да би их се могло разумјети и надzirати.» (*Ibid.*)

¹⁹ Судија Врховног суда САД Брендајс (Brandeis) остаће упамћен по оцјени да: «Сунчева свјетлост представља ... најбоље од дезинфекционих средстава». (Наведено према А. Etzioni, 389)

2. Европски стандарди јавности рада органа локалне власти

Значај јавности рада органа локалне власти, у контексту јачања локалне демократије, релативно рано училе су и чланице Савјета Европе. Европска повеља о локалној самоуправи, додуше, ову материју не уређује. Сумарни карактер њених одредби за последицу је имао одсуство принципа који би се односили не само на јавност рада локалних органа, већ и на учешће грађана (нарочито када је о непосредном учешћу грађана ријеч; установе непосредне демократије у Повељи се помињу само узгред). Овај својеврстан пропуст исправљен је доношењем Додатног протокола уз Европску повељу о локалној самоуправи о праву учешћа у пословима локалних власти.²⁰ Протоколом се, као једна од мјера које требају осигурати остваривање права на учешће, наводи увођење «процедура за приступ званичним документима у посједу локалних власти, у складу са уставним поретком и међународним обавезама државе чланице»²¹.

Потпунији третман јавност рада локалне власти добила је у Препоруци Министарског комитета Савјета Европе Рес (2001) 19 о учешћу грађана у јавном животу на локалном нивоу.²² Један од основних принципа наведених у Препоруци јесте «гарантовање права грађанима на приступ јасним, потпуним информацијама о различитим питањима од значаја за њихову локалну заједницу» (Прилог 1.1) У Прилогу 2 Препоруке, у ком су назначени кораци и мјере за унапређење учешћа грађана у јавном животу, посебна пажња посвећена је јачању транспарентности рада локалних институција, нарочито у домену:

1. Јавности процеса одлучивања (објављивањем дневног реда сједница локалне скупштине и локалног извршног органа, омогућавањем присуства јавности састанцима локалне скупштине и њених комисија, резервисањем времена за питања и одговоре на сједницама, објављивањем одлука и записника са сједница, итд.);

2. Доступности информација о пословима локалне самоуправе (организовањем информационих центара и јавних база података,

²⁰ Додатни протокол сачињен је у оквиру Савјета Европе од стране Европског одбора за локалну и регионалну демократију; 16.11.2009. године Протокол је отворен за потпис од стране држава чланица Савјета Европе, потписница Европске повеље о локалној самоуправи (текст Протокола доступан је на: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/treaties/html/207.htm>)

²¹ Чл. 2 Протокола

²² Текст Препоруке доступан је на:

<https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=871858&SecMode=1&DocId=234770&Usage=2>

коришћењем информационе технологије, поједностављивањем административних процедура и смањивањем трошкова за прибављање копија докумената итд.);

3. Адекватног информисања јавности о административним тијелима и њиховој организационој структури. Препоруком је, такође, упозорено на значај адекватног информисања грађана о току поступака у којима се одлучује о њиховим правима и обавезама, као и пружања информација о идентитету надлежних службеника.

На значај јавности рада органа локалне самоуправе упозорено је и у Препоруци Конгреса локалних и регионалних власти Европе бр. 113 (2002) о односима између јавности, локалне скупштине и егзекутиве у локалној демократији (о институционалном оквиру локалне демократије).²³

У Прилогу Препоруке (2.б), предвиђено је да национална законодавства држава чланица треба да утврде општу обавезу локалних власти да унапријед информишу јавност о укупној политици коју воде. Такође, Препоруком се наглашава да: «Драгоцјено средство јачања веза између општинских власти и јавности јесте објављивање, у највећој могућој мјери, одлука или расправа у току које се односе на послове заједнице (кроз званичне регистре, огласне табле, интернет странице, локалну штампу, званичне билтене локалне власти или посредством локалних радија и телевизије). Методе објављивања треба да буду различите, у складу са модерним трендовима и да досегну што је могуће ширу публику.»

Јавне сједнице локалне скупштине, сугерисано је, требају бити правило, као што је то случај у већини држава чланица, а затворене сједнице изузетак. Наведено правило би требало бити прописано законом, којим би требало предвидјети да се поступци пред камерама воде само у изричито утврђеним случајевима, ради заштите приватности одн. фундаменталних права грађана. Јавност мора бити овлашћена да поставља питања локалним званичницима на сједницама скупштине и имати могућност да се консултује са локалним представницима и функционерима локалне власти.²⁴

У Препоруци је истакнуто и да право грађана на приступ административним актима мора бити омогућено од стране локалних власти у складу са националним законом, уз адекватно вођење рачуна о

²³ Текст Препоруке доступан је на:

https://wcd.coe.int/wcd/com.instranet.InstraServlet?Index=no&com_mand=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=1457068&SecMode=1&DocId=807966&Usage=2

²⁴ Прилог Препоруке 2.б

заштити приватности, грађанских фундаменталних права и о општинским финансијским могућностима.²⁵

3. Јавност рада локалне власти у Републици Српској

Важећи Закон о локалној самоуправи из 2004. године²⁶ јавности рада органа локалне самоуправе посвећује значајан простор. За разлику од Закона о локалној самоуправи из 1999. године²⁷, који ову материју није детаљније регулисао²⁸, Закон из 2004. године јавности рада посвећује читаво једно поглавље (Поглавље VI: «Јавност рада органа локалне самоуправе»).

Чл. 76 ст. 1 Закона прописано је да: «Органи јединице локалне самоуправе обезбеђују јавност рада редовним давањем информација средствима јавног информисања, редовним одржавањем конференција за штампу, редовним објављивањем података о броју запослених у административној служби по категорији особља, обезбеђивањем услова за неометано информисање јавности о извршавању послова из своје надлежности, и о свим промјенама организације, дјелокруга послова, распореда радног времена и другим промјенама у организацији и раду административне службе.» Обавјештења и информације о обављању послова органа јединице локалне самоуправе могу давати начелник општине/градоначелник и предсједник скупштине општине/града (начелник за давање одговарајућих информација може овластити поједине службенике, који су за тачност и правовременост информација лично одговорни). Чл. 78 Закона прописано је да конференције за штампу о питањима везаним за реализацију послова из надлежности органа локалне власти редовно организују начелник општине/градоначелник, предсједник скупштине општине/града, или овлашћени службеник. Законом је, такође, прописана обавеза органа јединице локалне самоуправе да јавности поднесе годишње извјештаје у којима ће бити упоређени постигнути резултати са оним планираним (чл. 76 ст. 4).

²⁵ Прилог Препоруке 2.ц

²⁶ *Службени гласник РС*, бр. 101/04, 42/05, 118/05

²⁷ *Службени гласник РС*, бр. 35/99

²⁸ Јавности рада био је посвећен једино чл. 15 Закона, који је предвиђао да су сједнице скупштине, комисија, одбора и савјета јавне, уколико јавност због општег интереса није искључена. О искључењу јавности одлучивала је скупштина општине, односно комисија, одбор или савјет. Законом је, додуше, била прописана и обавеза да општи акти општине, прије њиховог ступања на снагу, буду објављени у одговарајућим службеним гласилима (чл. 81).

Из поменутих законских одредби произилази да Закон о локалној самоуправи РС обезбјеђује адекватне могућности за информисање грађана о раду локалних власти. Извјесна ограничења предвиђена су чл. 76 ст. 2 и 3, којима је прописано да објављивање одређених извјештаја може бити ускраћено, али само у случајевима предвиђеним законом, као и да се ускраћивање информација грађанима може извршити само на основу одлуке скупштине општине/града, у складу са законом. Иако таква одступања носе одређен ризик од арбитрерних процјена локалних власти, њихов маневарски простор сужен је инсистирањем на усклађености са законом.

Сједнице скупштине, комисија, одбора и савјета су јавне, ако није другачије предвиђено законом. Сједници скупштине јединице локалне самоуправе могу присуствовати заинтересовани грађани, на начин и под условима прописаним пословником скупштине (чл. 81 ст. 1 и 2).²⁹

Може се констатовати да су одредбе Закона о локалној самоуправи, у дијелу који се односи на јавност рада органа локалне самоуправе, у складу са препорукама Савјета Европе. Ипак, извјесни принципи прокламовани Законом недовољно су разрађени. Иако је Законом остављена могућност да разрада буде извршена општинским статутима, таква очекивања су се, по правилу, показала нереалним. Стога би приликом измјена важећег Закона, било оправдано проширити поглавље посвећено јавности рада органа локалне самоуправе, макар се поједини захтјеви учинили опционим (уважавајући чињеницу да мање и сиромашније општине не располажу довољним средствима за реализацију појединих мјера за унапређење јавности рада локалне власти), као што је то, нпр., учињено са облицима непосредног учешћа грађана.

На такав закључак упућује и анализа локалних статута. Већином, одредбе посвећене јавности рада локалних органа представљају преузета законска рјешења, без настојања локалних «законодаваца» да инвентивношћу надмаше републичког. Ипак, извјесни покушаји да се законска рјешења обогате постоје. Тако у Статуту општине Приједор (чл. 55) постоји одредба којом се предвиђа образовање Инфо-пулта (такво рјешење предвиђено је и Статутом општине Добој, у члану 71).

²⁹ Приликом анализе законског оквира јавности рада локалних органа у РС, потребно је поменути да су у области тзв. «пасивног информисања» (које се реализује на иницијативу грађана), значајне могућности грађанима дате Законом о слободи приступа информацијама. Законом је, у чл. 4, предвиђено да свако физичко и правно лице има право приступа информацијама које су под контролом јавног органа, а сваки јавни орган има обавезу да објави такве информације (јавним органом се, у смислу Закона, сматрају и градски одн. општински органи). (*Службени гласник РС*, бр. 20/01)

Једна од установа које би могле да допринесу потпунијем и систематичнијем информисању грађана, па би, сходно томе, требала бити поменути у закону, јесте локални информациони центар. Образовање информационих центара, како је упозорено, сугерисано је Препоруком Министарског комитета Савјета Европе Рес (2001) 19. У упоредном законодавству, такође, наилази се на примјере таквих установа. Обавеза образовања општинских информационих центара, нпр., утврђена је Законом о локалној самоуправи Црне Горе.³⁰ Надлежности информационог центра обухватале би, између осталог, одржавање општинске интернет странице, објављивање нацрта аката скупштине и начелника општине, програма учешћа локалног становништва у доношењу одлука, распореда одржавања трибина и округлих столова, извјештаја о резултатима јавних расправа, као и других релевантних информација о раду органа локалне самоуправе.³¹

4. Закључак

Значај унапређења јавности рада органа власти, као битног предуслова учвршћивања демократског поретка, данас се не доводи у питање. Једина дилема односи се на домашај који поглед јавности треба да има у односу на послове власти. Оцјена о значају унапређења јавности власти, посебан значај има у погледу рада органа локалне самоуправе, односно јачања локалне демократије. Рецепт за превазилажење кризе легитимитета локалних институција (што је једна од доминантних тема међу теоретичарима локалне самоуправе), препознаје се у јачању учешћа грађана у политичком одлучивању. А један од кључних предуслова за јачање грађанске партиципације јесте одговарајућа информисаност грађана. Само адекватно информисани грађани могу постати равноправни учесници поступка одлучивања.

Када је о законском оквиру у Републици Српској ријеч, важећи Закон о локалној самоуправи нуди рјешења која су, највећим дијелом, у складу са постојећим европским стандардима. Законске одредбе било би могуће унаприједити тако што би их се учинило прецизнијим. Било би оправдано да се локалним властима сугерише који су то све механизми којима је могуће унаприједити јавност власти (неки од њих садржани су у

³⁰ Чл. 82 Закона (*Службени лист РЦГ* бр. 42/03, 28/04, 75/05, 13/06 и *Службени лист ЦГ* бр. 88/09 и 3/10)

³¹ Вид., на примјер, чл. 6 Одлуке о организацији и начину рада локалне управе општине Тиват (<http://opstinativat.com/cg/images/stories/opstiakti/pdf/Odluka%20o%20org%20za%20objavu.pdf>)

одговарајућим препорукама Савјета Европе), макар њихово увођење било назначено само као могућност, а не и обавеза локалних органа.

Напосљетку, треба имати у виду упозорење које је својевремено изнио Џ.С. Мил, везано за лимитираност процедуралних механизма политичке контроле власти. Политичке кочнице, писао је Мил, неће дјеловати саме од себе ништа више, него што узде могу усмјеравати коња без јахача. Од њих ће бити мала корист, «уколико је јавност, главни покретач цјелокупног контролног механизма, исувише неука или исувише пасивна, или исувише небрижна и непажљива да одигра своју улогу».³² Заиста, шта вриједи доступност рада државних органа очима јавности, уколико грађани не посједују неопходну «демократску радозналост» и вољу да рад државних органа подвргну надзору. Утолико и одговарајуће законске одредбе, иако отварају простор за контролу рада органа локалне власти, могу остати мртво слово на папиру без демократски образованих, активних грађана, расположених да власт «муче» неугодним питањима (ово упозорење нарочито је актуелно имајући у виду забрињавајући тренд опадања заинтересованости грађана за локалну политику и све присутнију апатију бирача). Уколико су уљуљкани осјећајем лажне сигурности и убјеђењем да ће се већ наћи неко ко ће преузети улогу контролора, грађани ризикују да злоупотребе власти прођу неопажено, иако су постојала адекватна средства за њихово разоткривање. А најподеснији оквир за унапређивање грађанског активизма и освјешћености представљају управо јединице локалне самоуправе.

³² J.S. Mill, 391.

Igor Milinkovic, LL.D
Docent
Faculty of Law, University of Banjaluka

**PUBLICITY OF THE LOCAL AUTHORITY ACTIVITIES IN
REPUBLIC SRPSKA (THE FACTOR OF THE LOCAL DEMOCRACY
STRENGTHENING)**

Summary

Government transparency (publicity) is a fundamental characteristic of democratic order, one of the great political virtues. In contemporary political theory, as well as in public discourse, transparency is considered almost as a self-evident good. Because of the connection between democracy and governmental transparency, improving the local authority publicity is an important element of the local democracy strengthening (especially considering the current «crisis of legitimacy» of local institutions). One of the strategies for overcoming this «legitimacy crisis» is a wide citizens' participation in the local decision-making process (which presupposes the well-informed citizens). Within the article, appropriate European standards of governmental transparency are analyzed. After that, special attention is given to the legal framework of local government transparency in Republic Srpska and its compatibility with the above-mentioned standards.

Key words: government publicity, democracy, Rule of Law, «good governance», local democracy



Иван Илић

ЗАБРАНА ДВОСТРУКЕ УГРОЖЕНОСТИ И ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА НА ШТЕТУ ОКРИВЉЕНОГ[♣]

[♣] Рад је настао као резултат рада на пројекту: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Апстракт:

Аутор се у раду бави једним од сегмената права на правично суђење - принципом *ne bis in idem*. С обзиром да је предмет рада важење овог старог правила у кривичном поступку, усвојен је назив *забрана двоструке угрожености*, за који аутор сматра да најбоље одсликава његову суштину.

У раду је, најпре, било речи о теоријском приказу различитих схватања појма и правне природе начела *ne bis in idem*, месту у систематизацији основних начела кривичног поступка, као и његовим саставним елементима и дејству. С обзиром да је постојало још у римској правној традицији, осветљен је његов историјски развој, са посебним освртом на римско право, те на његово место у историјским типовима кривичног поступка, као и у првим уставима држава.

Ne bis in idem принцип је конститутивни део корпуса међународно признатих основних људских права, те се аутор у раду бави критичком анализом норми међународних правних инструмената донетих у оквиру универзалних и регионалних међународних организација, пре свега Међународног пакта о драђанским и политичким правима и Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

И у нашем праву принцип *ne bis in idem* заузима значајно место, нарочито од доношења Устава СР Југославије 1992. године, којим је по први пут експлицитно предвиђено у неком правном пропису наше државе. Стога, централни део рада обухвата хронолошки развој и критичку анализу уставних и законских норми ове установе, све до позитивно правних правних аката Србије. Акцент је стављен на обим важења забране двоструке угрожености, као и на намогућност понављања кривичног поступка на штету окривљеног. На крају су дати предлози за корекцију регламентације *ne bis in idem* начела, која би омогућила боље остварење циљева којима наш законодавац тежи.

Кључне речи: *Начело ne bis in idem, забрана двоструке угрожености, правна сигурност, право на правично суђење, понављање кривичног поступка*

Иван Илић

ЗАБРАНА ДВОСТРУКЕ УГРОЖЕНОСТИ И ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА НА ШТЕТУ ОКРИВЉЕНОГ УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Једна од најзначајнијих одлика савременог кривичног поступка је постојање његових „иманетних парадокса”¹. Изграђен је на дијалектици између утврђивања материјалне истине, што чини основни његов циљ и доприноси ефикасној заштити друштва од криминалитета, и тежње за очувањем правне сигурности и правичности уз поштовање основних људских права окривљеног и других учесника у кривичном поступку. Давањем апсолутне предности начелу утврђивања истине, отворила би се врата правној несигурности и прекомерном дерогирању слобода и права грађана. У циљу остваривања процесне равноправности окривљеног, међународноправним документима о људским правима, уставима и процесним кодексима прописује се низ гаранција које скупа чине *право на правично суђење*. Једно од стандарда обухваћених овим правом је начело *ne bis in idem*. Оно је настало управо као резултат баланса (који није увек до краја остварив) између правне сигурности и принципа истине.

Право на правну сигурност односи превагу над начелом утврђивања материјалне истине доследном применом принципа *ne bis in idem*. Неопходна равнотежа ипак се успоставља предвиђањем одступања од овог принципа, тј. установљавањем изузетне могућности изузетног поновног суђења после правноснажности судске одлуке, под законом предвиђеним условима.

1. Појам, термин и дејство начела *ne bis in idem*

Начело *ne (non) bis in idem* (не два пута о истом) значи забрану поновног суђења истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак и забрану да се против

¹ Лазин Ђ. (2004), Начело *ne bis in idem* у кривичном процесном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, у: Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе, Златибор, стр 341.

једног лица једновремено воде два кривична поступка². У теорији се ово начело често назива и „забрана двоструке угрожености“ (енгл. *The prohibition of double jeopardy*), или начело непоновљивости кривичнопроцесних субјеката³ (странака⁴) у истој кривичној ствари, као и начело забране поновног суђења⁵. У међународним документима доминира назив „забрана двоструке угрожености“, док у националним правним актима (уставима и законима) најчешће се срећу називи „*ne bis in idem*“ и „забрана поновног суђења“. У међународним документима и уставима ово начело је подигнуто на ранг основног људског права, док у националним процесним законима најчешће заузима место једног од основних начела кривичног поступка. Теорија га некада сврстава међу начела која се односе на процесне субјекте (странке)⁶, или међу начела кривичног гођења⁷. Постоји схватање да између термина „забрана двоструке угрожености“ и „*ne (non) bis in idem*“ постоји разлика, иако су концепцијски слични. Према истом забрана двоструке угрожености важи само у оквиру националне јурисдикције, док за *ne bis in idem* није од значаја истоветност снаге кривичног гођења⁸ (у смислу његовог ширег домаћаја, изван граница националне јурисдикције). У немачком праву постоје тзв. *Erledungsprinzip* и *Anrechnungsprinzip*. Првим термином обухваћено је поновно кажњавање и паралелно вођење кривичних поступака против истог лица за исто дело, а други не забрањује двоструко угрожавање, већ само предвиђа урачунавање раније изречене казне у казну изречену након поновног суђења.

Из појма овог начела произилазе две забране. Прва, која штити лице против кога је поступак правноснажно окончан од поновног покретања поступка против њега за исто кривично дело. Другачије

² Ђурђић В. (2001), Основна начела југословенског кривичног поступка и заштита слобода и права човека, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, бр. 2-3, стр. 84.

³ Види: Бејатовић С. (2008), Кривично процесно право, Београд, стр. 126.

⁴ Види: Грубач М. (2006), Кривично процесно право, Београд, стр. 132.

⁵ Беле И, Јакулин В. (2007), *Ne bis in idem*, Правни живот, Београд, вол.56, бр.9, стр. 181.

⁶ Васиљевић Т. (1981), Систем кривичног процесног права СФРЈ, Београд. Исто: Стевановић Ч и Ђурђић В. (2006), Кривично процесно право- општи део, Ниш, Бејатовић С. (2008), Кривично процесно право, Београд, Грубач М. (2006), Кривично процесно право, Београд.

⁷ Шкулић М. (2009), Кривично процесно право, Београд.

⁸ Lopez D. “Not Twice for the Same: How the Dual Sovereignty Doctrine if Used to Circumvent *Non bis in idem*” *Vanderbilt J Transnat’l L.* 1263 2000, 1272, наведено према: Daniels R (2006), *Non bis in idem* and Rome statute of the International Criminal Court, *Be press legal series*, paper 1365, str. 2.

речено, то значи да се исто лице не може два или више пута појавити у својству окривљеног у истој кривичној ствари, која је правноснажно пресуђена. Његово постојање оправдава се разлозима правичности, правне сигурности и законитости, а јавља се као последица својства правноснажности судских одлука. Евентуално поновно покретање поступка у истој кривичној ствари, спречава се истицањем приговора пресуђене ствари - *res iudicata*.

Правноснажност судских одлука јавља се у два вида, као *формална* и *материјална* правноснажност. Формална (спољна, процесуална) правноснажност означава да се судска одлука не може више побијати редовним правним леком⁹ или да редовни правни лек није допуштен по закону. Материјална правноснажност значи да судска одлука има својство пресуђене ствари, тј. да она ствара право у конкретном случају (*res iudicate ius facit*), те да се мора извршити. То је тзв. *позитивно дејство* материјалне правноснажности. *Негативно дејство* означава својство неопозивости и неизмењивости судске одлуке, које спречава поновно суђење у истој кривичној ствари и изрицање нове, истоветне или другачије одлуке. Постојање *res iudicata* се јавља као негативна процесна претпоставка (процесна сметња) за поновно вођење кривичног поступка, и тиме се једним делом поклапа са начелом *ne bis in idem*, те се они могу означити као „укрштени појмови“¹⁰. Суд на постојање пресуђене ствари пази по службеној дужности а у случају кршења забране поновног покретања поступка странкама стоји на располагању *приговор пресуђене ствари*, који могу истаћи у свакој фази поступка. Уколико се тек након покретања поступка утврди да је кривична ствар већ пресуђена, поступак ће се обуставити, а након започетог главног претреса, донеће се пресуда којом се оптужба одбија.

Друга забрана која сачињава садржину појма начела *ne bis in idem* спречава тзв. *двоструку литиспенденцију*. Забрањено је паралелно (истовремено) вођење два или више кривичних поступака против истог лица о истој кривичној ствари. С обзиром да обе наведене забране чине суштину овог начела, адекватнији назив за је *забрана двоструке угрожености*, од назива „забрана понављања кривичног поступка“¹¹.

⁹ Право побијања судске одлуке редовним правним леком престаје: кад су искоришћени сви редовни правни лекови, услед одрицања од права на жалбу, одустанка од жалбе, протекла рока у коме се може изјавити итд.

¹⁰ Живановић Т. (1941), Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка), II Одељак, Београд, стр. 62-66.

¹¹ Исто: Ђурђић В. (2008), Међународноправни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку, у: „Уставне и међународноправне гаранције људских права : зборник радова“, Ниш, стр. 199.

За важење начела *ne bis in idem*, потребно је утврдити постојање идентитета између новоутужене и правноснажно пресуђене кривичне ствари, односно шта се разуме под појмом „*idem*“. Неопходно је постојање идентитета кривичног дела (објективни идентитет) и идентитета учиниоца (субјективни идентитет). Поставља се питање да ли је за постојање објективног елемента одлучујући идентитет чињеница (потпун или делимичан), идентитет заштићених добара или пак иста правна квалификација? Објективни идентитет (*eadem res*) чини постојање истог чињеничног стања, тј. када је реч о истом бићу кривичног дела, односно када постоји идентитет одлучних чињеница, које чине посебно биће истог кривичног дела. Ирелевантне су евентуалне измене и допуне у чињеничном стању, које не утичу на промену кривичног дела. Промена правне квалификације код новоутужене кривичне ствари не утиче на постојање идентитета кривичног дела. Субјективни идентитет (*eadem persona*) постоји уколико је новоутужено лице оно које је у раније правноснажно окончаном кривичном поступку имало својство окривљеног. Идентитет лица остаје очуван и онда када је измењен облик виности (нпр. нехат уместо умишљаја), као и када се у новоутуженој кривичној ствари мења само допринос окривљеног извршењу кривичног дела (нпр. у новоутуженој кривичној ствари јавља се у својству подстрекача, насупрот ранијем оптужењу као истог лица као извршиоца истог кривичног дела).

Проблеми се јављају и у одређивању елемента „*bis*“, односно опсега важења овог принципа. Дилема је да ли су важењем овог начела обухваћене само мериторне, или и формалне судске одлуке. Дубиозно је, такође, да ли се мора радити о пресуди или то може бити и нека судска одлука у другој форми, донета у току поступка. Питање је да ли су дејством начела *ne bis in idem* обухваћене искључиво одлуке суда или и неког другог државног органа (јавног тужиоца или полиције) донете пре започињања кривичног поступка. Поставља се, такође, питање кумулирања кривичног и неког другог судског поступка (прекршајног, управног, дисциплинског..). Одговори на ова питања различити су од државе до државе и у зависности од националног или међународног важења *ne bis in idem*.

На страни овог начела налазе се постулати правне сигурности, као једног од основних права човека и начело правичног поступка, које представља неку врсту супрапринципа савременог кривичног поступка. Његовим важењем учвршћује се заштита правног поретка и безбедност правних односа, те доприноси превенцији криминалитета. Оно је природна последица својства правноснажности судских одлука и *res iudicata*. Насупрот томе, постоји потреба за утврђивањем материјалне истине, у сврху остварења права државе на кажњавање и захтев за

законитошћу судских одлука. Ови захтеви извиру из теорије правде¹² која је заснована на тежњи ка апсолутној истини, којој је антипод процесна теорија¹³ која пледира за релативност истине, која је у поступку ограничена поштовањем слобода и права. Установљавањем неограничене примене начела *ne bis in idem*, било би обесмишљено постојање ванредних правних лекова, тј. било би онемогућено понављање поступка и онда када се по правноснажности судске одлуке појаве нове чињенице и докази које са високим степеном извесности указују на другачији исход евентуалног поновљеног поступка. Са друге стране, неограничено понављање поступка потпуно би дерогирало интересе правне сигурности и људска права окривљеног. Стога се у правним изворима предвиђају одступања од овог начела предвиђањем могућности понављања кривичног поступка из одређених разлога. Тиме се уравнотежава начело истине са начелом *ne bis in idem*, чиме оно стиче особину релативности.

2. Историјски осврт

Тражећи најдубље корене начела *ne bis in idem*, долазимо до римског права. Та изрека приписује се Гају, који је у својим *Institutiones* навео следећу мисао: „*bis in eadem re ne fit actio*“, означавајући њоме забрану за тужиоца да подигне тужбу за исту ствар¹⁴. У римском праву постојале су заправо две максиме: *nemo debet bis vexari pro una et idem causa* (против истог лица се не може покренути више од једног поступка) и *nemo debet bis puniri pro uno delicto* (нико не сме бити два пута кажњен за исто дело). Неки историчари права тврде да ово начело води порекло из правних извора античке Грчке, тачније из Јустинијанових *Digesta*, те да се чак може наћи и у Библији¹⁵. Старо правило *ne bis in idem* које забрањује ново гоњење и суђење за исто кривично дело несумњиво је вредело у свим временима и свим законодавствима¹⁶. Установа *ne bis in idem* у грчком и римском праву имала је апсолутно дејство. Тек касније у праву римског царства уведена је могућност давања *реституције* окривљеном од стране Цара, уколико је против њега донета неправична осуђујућа пресуда.

¹² Најзначајнији заступник ове идеје био је Џон Ролс (1921.- 2002.).

¹³ Најснажнијег поборника ова теорија имала је у Никласу Лухману (1927.- 1998.).

¹⁴ Гај: Институције, Београд 1982, стр. 290-291.

¹⁵ Vidi: Conway G (2003), *Ne bis in idem in International law, International criminal law review*, br.3, str. 220.

¹⁶ Марковић Б. (1902), Поновно суђење, Дело, Београд, стр. 47. Цитирано према: Грубач М. (1990), Понављање кривичног поступка, Југословенска ревија за кривично право и криминологију, Београд, вол. 28, бр. 3, стр 87.

За разлику од оптужног, у време постојања инквизиционог кривичног поступка (од 13. века до Француске буржоаске револуције 1789.године), тачније у средњовековном италијанском праву начело *ne bis in idem* изгубило је значај услед постојања могућности понављања кривичног поступка на основу нових доказа за исто кривично дело, због постојања правноснажне кривичне пресуде, којом се окривљени оставља под сумњом (*absolutio ab instantia*). У теорији се сматра да је постојање ове пресуде утемељило понављање поступка на штету окривљеног¹⁷. Ипак, ово начело је имало апсолутно дејство у случају доношења кондемпнаторне пресуде, као и пресуде којом је утврђено да окривљени није извршио кривично дело.

Ипак, у касном средњем веку, са трансформацијом кривичног права из приватног у јавно, јавља се потреба за оживотворењем овог принципа, пре свега као права појединца према државној власти. *Habeas corpus act* из 1679. године прописивао је спречавање неправедног проузроковања тешкоћа поновним затварањем људи за исто дело. Из тога следи не само забрана поновног кажњавања, већ и забрана покретања поступка за исто дело које је раније већ пресуђено. Забрана поновног суђења садржана је у уставима и декларацијама о грађанским правима америчких држава које су доношене током друге половине 18. века.

Са доношењем првих конституција, *ne bis in idem* постаје начело уставног ранга. Први пут је прописано у V амандману на Устав САД из 1787. године, који са осталим амандманима I - X чине тзв. *Bill of rights*. Иначе, његово уношење у Устав САД било је инспирисано једном тада већ познатом утановом, која је примењивана у пракси судова у Великој Британији, названа *pleas in bar*. Реч је, заправо, о две врсте приговора, које су стајале на располагању окривљеном - *autrefois acquit* и *autrefois convict* („већ осуђен“ и „већ ослобођен“). Оне су служиле као препрека даљем наставку суђења у ситуацији када је окривљени већ био осуђен или ослобођен за исто дело.

Уношењем принципа *ne bis in idem* у бројна међународна документа, оно постаје саставни део корпуса основних људских права. У 20. веку, са формирањем међународних универзалних и регионалних организација, овакав тренд настављен је у бројним актима, који су доношени под њиховим окриљем. Такође, оно је конститутивни део великог броја савремених устава и процесних закона ваневропских и европских држава.

¹⁷ *Ibid.*

3. *Ne bis in idem* у међународноправним документима

Начело *ne bis in idem* садржано је у многим документима о људским правима, усвојених под окриљем међународних организација, како универзалних, тако регионалних. У *Међународном пакту о грађанским и политичким правима* из 1966. године¹⁸ (у даљем тексту Пакт), забрана двоструке угрожености садржана је у члану 14. став 7. према коме: „Нико не може бити гоњен или кажњен због кривичног дела у вези којег је већ био ослобођен кривице или осуђен правноснажном пресудом према закону и поступку своје земље“.

Формулација начела *ne bis in idem* из Пакта, изазвала је пажњу процесне теорије. Заузета су два гледишта. Једно, које сматра да одредбу из става 7. члана 14. не треба строго и уско тумачити¹⁹, те да је допуштено понављање поступка у корист окривљеног (*argumentum a contrario*, ако неко не може бити осуђен и кажњен, може бити ослобођен)²⁰, па чак и на штету окривљеног²¹. У прилог оваквом схватању тумаче да Међународни пакт ипак не забрањује изузетно понављање поступка на штету, иако то експлицитно не прописује²². Упориште за овакво схватање нађено је и у тумачењу члана 14. од стране Комитета за људска права²³. Супротно је гледиште да одредба из поменутог члана не допушта никакве изузетке²⁴.

Из изнетог садржаја члана 14. Пакта, неоспорно произилазе следећи закључци. Прво, Пакт забрањује поновно, не само кажњавање,

¹⁸ Усвојен резолуцијом Генералне скупштине УН 2200А (XXИ) од 16. децембра 1966. године. Ступио на снагу 23. марта 1976. године.

¹⁹ Види: Матовски Н. (1995), Првата фаза од реформа на македонското казнено-процесно законодавство, Македонска ревија на казнено право и криминологија, Скопље, бр. 1-2, стр. 153 и 154.

²⁰ Кнежевић С. (2005), Забрана двоструке угрожености у европском праву, Европско законодавство, Београд, бр. 11, стр. 77. Исто: Лазин Ђ. (2004), Начело не бис ин идем у Кривичнопроцесном законодавству Србије и Црне Горе и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, у: „Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и кривично законодавство Србије и Црне Горе“, Београд, стр. 346- 348.

²¹ Јекић З. (1994), Закон о кривичном поступку и слободи и права грађана, у: „Слободе и права грађана и југословенско кривично законодавство“, Београд, стр. 22.

²² Van Dijk P. / Van Hoof G. J. H. (1990), Theory and practice of the European Convention on Human Rights, Boston, str. 515. (Цитирано према: Матовски Н., оп. цит., стр. 154.)

²³ Види: Општи коментари, усвојени од стране Комитета за људска права на 21. заседању 12. априла 1984. године - Општи коментар бр. 13 (21) д / (члан 14).

²⁴ Види: Студија „Људска права у Србији и Црној Гори (2003)“, Београд 2004, стр. 114.

већ и гоњење²⁵ (покретање поступка) за раније правноснажно пресуђено кривично дело. Друго, забрана се односи само на мериторне судске одлуке (осуђујућу и ослобађајућу пресуду). Треће, установљено је важење само у оквиру исте јурисдикције. Четврто, изузетно је допуштено понављање поступка, али само у корист окривљеног, што доказује и одредба става 6. истог члана, према којој „Када се кривична пресуда доцније поништи...због тога што нове или новооткривене чињенице показују да је дошло до судске заблуде, лице које је издржало казну на основу те пресуде биће обештећено“, и пето, на основу става 6. члана 14. основ за понављање поступка је појављивање нових или новооткривених чињеница по правноснажности пресуде²⁶.

У усвојеном тексту *Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода*²⁷ (у даљем тексту: Европска конвенција) није била предвиђена забрана двоструке угрожености. Међутим, приликом усвајања *Протокола VII*.²⁸ ова забрана прописана је у члану 4. став 1. који гласи: „Никоме се не може поново судити, нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због кога је већ био правноснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичном поступком те државе“, и ставу 2. члана 4. који предвиђа изузетак од забране на следећи начин: „Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла да утиче на његов исход“.

Цитираном одредбом постављени су следећи правни стандарди. У погледу обима примене, језичким тумачењем, долазимо до закључка да је забрањено само поновно суђење и кажњавање, али не и поновно покретање поступка, што чини суштину овог начела. Иако би покретање поступка без могућности суђења било нелогично²⁹, строго језички гледано, овакво одређење сужава домашај начела. Поставља се питање, да ли то значи да принцип *ne bis in idem* не важи у хипотетичком случају поновног покретања кривичног поступка против истог лица за исто дело који би био окончан скретањем ка некој форми диверзионог поступања³⁰, какве постоје у процесним кодексима многих држава.

²⁵ Супротно: Лазин Ђ., оп. цит., стр. 348.

²⁶ Ibid.

²⁷ Рим, 4. новембар 1950, European Treaty Series, no. 5

²⁸ Strazbur, 22. novembar 1984, European Treaty Series, no. 117.

²⁹ Лазин Ђ., оп. цит.

³⁰ На пример, упућивање на поступак медијације или изрицање мера којим се условно одлаже кривично гоњење, када нема суђења у правом смислу те речи. До примене

Из члана 4. Европске конвенције, такође произилази да су важењем овог принципа обухваћене мериторне судске одлуке (правноснажне либераторне и кондемпнаторне). Следи да се забрана понављања не односи на случајеве када је поступак мериторно окончан пре пресуђења (нпр. у току истраге или приликом одлучивања по приговору против оптужнице, услед непостојања потребног степена сумње, одустанка овлашћеног тужиоца од гоњења, застарелости, амнестије, помиловања или каквих других трајних сметњи за наставак поступка). То, међутим, не значи да би се у наведеним случајевима могло поново предузети кривично гоњење против истог окривљеног, за исто кривично дели, јер је реч о трајним, неоткоњивим процесним сметњама.

Европска конвенција предвиђа значајан изузетак од правила *ne bis in idem*, тако што је у ставу 2. члана 4. предвиђена могућност понављања поступка и у корист и на штету окривљеног, уз додатни услов да изузеци морају бити прописани законом односне земље. Овакво решење, супротно је оном из Пакта, који дозвољава понављање једино у корист окривљеног.

Када је реч о разлозима за понављање поступка, Европска конвенција наводи „*нове и новооткривене чињенице*“, и „*битне повреде*“. Из овакве формулације може се закључити да су основи за понављање поступка појава нових *чињеница*, док појава нових доказа о раније утврђеним чињеницама није наведена. У теорији, међутим, има мишљења да су основ за понављање само битне повреде поступка³¹, и појава нових доказа о већ познатим чињеницама³². Сматрамо да су синтагмом „*да је у ранијем поступку дошло до битне повреде...*“ обухваћене како процесне, тако и материјлне повреде. Речено је да је потребно да је у поступку дошло до (битне) повреде, а не до повреде поступка, а у поступку може доћи и до повреда материјалног права.

Језичким тумачењем члана 4. закључујемо да се забрана двоструке угрожености односи само на поновно вођење кривичног поступка, те да не спречава истовремено или сукцесивно покретање и вођење неког од некривичних поступака (прекршајног, дисциплинског, или грађанског), против истог лица за деликт (привредни преступ, прекршај и сл.) са обележјима кривичног дела за које је поступак већ окончан или је у току. Међутим, пракса Европског суда за људска права (у даљем тексту: Европски суд) шире тумачи појам „*кривична ствар*“ у складу са

диверзионих форми може доћи и у преткривичном поступку, где улогу судије фактички врши најчешће јавни тужилац, а извршењем изречених мера и налога (који су по карактеристикама сличне кривичним санкцијама), поступак се дефинитивно окончава.

³¹ Лазин Ђ., оп. цит., стр. 343.

³² Види: Студија „Правично суђење“, Београд 2001, стр. 127.

„циљевима и намерама“ Европске конвенције. У неким од одлука заузет је став да се и некривична (грађанска, управна) ствар може сматрати кривичном ствари, уколико је природа санкције, која се може изрећи, слична кривичној санкцији³³. Следи да и вођење некривичног поступка (нпр. дисциплинског) подлеже забрани двоструке угрожености уколико се у њему може изрећи казна која по обиму, природи и строгости одговара кривичној санкцији³⁴. Начело *ne bis in idem* важи искључиво за суђење у границама исте јурисдикције, тако да суђење истом лицу за исто дело у другој држави није обухваћено забраном, што је потврђено у пракси Европског суда за људска права³⁵.

Начело забране двоструке угрожености садржано је у конвенцијама из области међународног права о правној помоћи донетих под окриљем Савета Европе (*Европска конвенција о екстрадицији*³⁶, *Европска конвенција о преносу поступака у кривичним стварима*³⁷, *Европска конвенција о међународном важењу кривичних пресуда*³⁸ и *Европска конвенција о кривичним делима која се односе на културна добра*³⁹). Одредбе о начелу *ne bis in idem* садржане су, такође, у члану 4. *Америчке конвенције о људским правима*⁴⁰ и у *Арапској повељи о људским правима*⁴¹. Вредно је спомена да овај принцип предвиђају статuti и правила поступања међународних кривичних судова. Садржано је у члану 20. став 1 *Статута Међународног кривичног суда* установљеног *Римским споразумом* из 1998. године, који је наша земља ратификовала⁴². *Статут Међународног трибунала за бившу СФРЈ*⁴³ такође предвиђа ово начело у члану 10., а иста правила садржи и *Статут Међународног трибунала за Руанду*.

³³ Гомеин Д. (1996), Кратак водич кроз Европску конвенцију о људским правима, Београд, стр. 35.

³⁴ *ibid.*

³⁵ А. П. против Италије (204/ 1986), 2. новембар 1987, Одабране одлуке 67, стр. 68.

³⁶ Париз, 13. децембар 1957., European treaty series no. 24.

³⁷ Стразбур, 15. мај 1972., European treaty series no. 73.

³⁸ Хаг, 28. мај 1970., European treaty series no. 70.

³⁹ Делфи, 23. јун 1985., European treaty series no. 119.

⁴⁰ Усвојена у Сан хозеу 1969., а ступила на снагу 1978. године

⁴¹ Усвојена у Већу Арапске лиге 15. септембра 1994. године.

⁴² „Службени Лист СРЈ“, међународни уговори бр. 5/2001.

⁴³ International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Security Council Resolution 827 (1993), adopted 25 May 1993, UN doc. S/RES/827 (1993).

5. Позитивноправни уставни оквир

Забрана двоструке угрожености позната је у нашем процесном праву још од првих процесних кодификација донетих у другој половини 19. века. Најпре није егзистирала као процесни принцип, већ је њено постојање произишло из одредаба о пресуди којом се оптужба одбија и одредаба о понављању поступка⁴⁴. Понављање поступка изузетно је било дозвољено против осуђујућих и ослобађајућих пресуда, у корист и на штету окривљеног.

*Устав Савезне републике Југославије*⁴⁵ начело *ne bis in idem* доделио је ранг уставне норме. Ово начело било је прописано у делу о основним правима, слободама и дужностима човека и грађанима, у члану 28. Тим прописом укинута је могућност понављања поступка на штету окривљеног.

*Устав Републике Србије из 2006. године*⁴⁶ прокламује начело *ne bis in idem* у делу који носи назив „људска и мањинска права и слободе“ у члану 34. став 4. на следећи начин: „нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку. Истим забранама подлеже вођење поступка за неко друго кажњиво дело“. У ставу 5. истог члана установљен је изузетак и допуштена могућност понављања поступка: „Изузетно, понављање поступка је могуће у складу са казним прописима ако се открију докази о новим чињеницама које су да су биле познате у време суђења могле битно да утичу на његов исход или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход“. Из уставне прокламације може се извући неколико закључака.

Уставно одређење принципа *ne bis in idem* по свом дејству шире је у односу на формулацију из Међународног пакта и Европске конвенције, који његово дејство везују за правноснажну осуђујућу и ослобађајућу пресуду. Шире од наведених међународних стандарда, Устав поред мериторних обухвата и тзв. процесну пресуду (пресуду којом се оптужба одбија) и одлуке о обустави поступка.

Из садржаја датог члана Устава посредно се закључује да су допуштени ванредни правни лекови. Наиме, у делу става 4. каже се: „...нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у

⁴⁴ Види: Ђурђић В. (2009), Не бис ин идем, Правна ријеч, бр. 19, стр 433. и 434.

⁴⁵ „Службени лист СРЈ“ бр. 1/1992

⁴⁶ „Службени гласник Републике Србије“ бр. 96/2006.

поступку по ванредном правном леку“. Према томе, прописивањем основа за постојање ванредних правних лекова установљен је изузетак од апсолутног дејства забране двоструке угрожености.

Посебну пажњу теорије изазвало је питање, да ли стилизација става 5. члана 34. отвара могућност понављања поступка на штету окривљеног. Треба разграничити да *понављање поступка* на штету и *доношење одлуке* на штету не значи исто. Могуће је дозволити активно легитимисаним субјектима права на ванредни правни лек иницирање понављања поступка на штету, али забранити да суд у том поступку измени своју ранију одлуку на штету окривљеног. Део процесне теорије сматра да је уставном формулацијом дозвољено понављање поступка и у корист и на штету окривљеног, а да се побијана одлука не може изменити на штету, већ се то решава тзв. декларативним судским одлукама (као код захтева за заштиту законитости)⁴⁷. Постоји и мишљење да Устав допушта понављање поступка на штету, али да је та могућност ограничена нормом из члана 20. став 2. Устава која установљава заштиту достигнутог нивоа људских права, те да је тиме установљена колизија између прошлости и будућности у погледу понављања поступка на штету окривљеног⁴⁸. На супротном полу налази се становиште да није допуштено понављање поступка на штету окривљеног, самом забраном доношења одлуке на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку⁴⁹.

О оправданости забране понављања поступка на штету постоје два опречна схватања. Једно, које пледира за забрану понављања поступка на штету окривљеног, правдајући такав став чињеницом да Међународни пакт о грађанским и политичким правима то не допушта⁵⁰, те да би усвајање супротног решења било могуће само по претходном отказивању Пакта од стране наше земље. Друго схватање залаже се за допуштање понављања поступка на штету у циљу јачања заштите вредности демократског друштва и усклађивања са међународним правним стандардима, пре свега оних садржаним у Европској конвенцији и одлукама Европског суда за људска права⁵¹. Такође се наводи да јавно мњење негативно реагује на немогућност поновног покретања поступка против правноснажном пресудом ослобођеног, уколико се касније појаве нови и убедљиви докази о кривици тог лица. Поред тога, последица

⁴⁷ Ђурђић В., *Ne bis in idem*, стр. 436.

⁴⁸ Види: Бељански С. (2009), *Правило Ne bis in idem* и понављање кривичног поступка, Бранич, Београд, бр. 1, стр. 61.

⁴⁹ Види: Шкулић М. (2007), *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд, стр. 56. и 57.

⁵⁰ Лазин Ђ., *оп. цит.*, стр. 357.

⁵¹ Ђурђић В., *Ne bis in idem*, стр. 440.

забране понављања на штету је што тужилац сада знатно опрезније одустаје од оптужбе на главном претресу⁵². Поред наведених схватања постоји и треће, еклектичко становиште, које сматра да забрана понављања поступка на штету треба да се односи на одлуке мериторног, материјалног карактера, док у случају одлука формалног, процесног карактера треба установити изузетак и допустити понављање поступка на штету окривљеног⁵³.

Одступање од принципа *ne bis in idem* је у ставу 5. члана 34. експлицитно одређено предвиђањем случајева у којима може доћи до понављања поступка. Установљена је могућност изузетног понављања поступка, не одређујући ближе да ли само у корист или на штету окривљеног. Тумачење по коме је допуштено двосмерно понављање поступка⁵⁴ сматрамо валидним, будући да је уставописац у посебном ставу прописао изузетак од начелне забране поновног суђења, не нагласивши да је понављање могуће једино *in favore* окривљеног. Потпору за изнети став налазимо у члану 4. Протокола VII уз Европску Конвенцију који је очигледно послужио као узор нашем уставописцу, будући да на сличан начин одређује принцип *ne bis in idem*⁵⁵. У прилог изнетом ставу иде и уставна норма члана 18. став 2. о тумачењу одредби о људским правима сагласно међународно установљеним стандардима и сагласно пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење. Европском конвенцијом установљен је стандард понављања поступка у корист и на штету окривљеног, који је подржала пракса Европског суда. Норму из Пакта протумачио је комитет за људска права, дакле орган који се стара о његовој имплементацији, који сматра да обим важења принципа *ne bis in idem* не треба уско тумачити. Држава чија је Република Србија правни сукцесор ратификовала је Пакт давне 1971. године. У то време и скоро три деценије након тога процесни кодекс допуштао је понављање на штету, што тада није сматрано повредом норми Пакта. Према томе, мишљења смо да је Устав отворио врата двосмерном понављању поступка, препустивши законодавцу да ближе

⁵² Шкулић М., оп. цит., стр. 56.

⁵³ Бељански С., оп. цит., стр. 68.

⁵⁴ Види: Ђурђић В., *Ne bis in idem*, стр. 437. и 438.

⁵⁵ То се види упоређивањем неколико кључних сегмената члана 34. Устава- „гоњен ни кажњен“, „изузетно, понављање поступка је допуштено“, „докази о новим чињеницама“ и „у ранијем поступку дошло до битне повреде“ наспрам готово истоветних сегмената члана 4. Протокола ВИИ- „судити нити казнити“, „не спречавају поновно отварање поступка“, „докази о новим и (новооткривеним) чињеницама“ и „у ранијем поступку дошло до битне повреде“.

одреди да ли се поступак може поновити на штету (и донети одлука на штету окривљеног) и у којим случајевима.

Устав Србије поставља забрану истовременог или сукцесивног покретања и вођења неког другог, некривичног (дисциплинског, прекршајног) судског поступка против истог лица за противправно понашање са битним обележјима кривичног дела за које је раније већ вођен кривични поступак (члан 34. став 4.). Такво решење је у дисхармонији са одредбама Европске конвенције која допушта истовремено или сукцесивно вођење кривичног и некривичног поступка за исто дело.

Слично са формулацијом из Протокола VII уз Европску конвенцију, Устав као разлоге за понављање поступка предвиђа откриће нових (не и новооткривених) чињеница и битне повреде у ранијем поступку. Питање је да ли то могу бити битне повреде одредаба поступка или битне повреде материјалног права или кумулативно. Дилему донекле отклања члан 407. ЗКП који као разлоге за понављање поступка наводи разлоге чињеничне природе, али би свакако било боље да их је уставописац прецизирао.

6. Начело *ne bis in idem* и поновно суђење у Законнику о кривичном поступку Србије

У Законнику о кривичном поступку⁵⁶ начело *ne bis in idem* одређено је чланом 6. у делу који носи назив „*основна начела*“. Законописац је тиме јасно показао да забрану двоструке угрожености сматра једним од основних принципа на којима почива кривични поступак. У члану 6. прописано је да „*нико не може да буде гођен и кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен, или је за то дело поступак против њега правноснажно обустављен или оптужба правноснажно одбијена*“. У ставу 2. истог члана установљен је изузетак од овог начела на следећи начин: „*у поступку поводом ванредног правног лека правноснажна судска одлука се не може изменити на штету окривљеног*“. Иако је законско решење у највећој мери у складу са уставном нормом, ипак му се може ставити неколико замерки. Најпре, из законске одредбе произилази закључак да су важењем забране двоструке угрожености обухваћене мериторне судске одлуке у форми *пресуде*. Да ли то значи да су тиме изостављене мериторне одлуке у поступку према малолетницима, које се доносе у форми *решења*. Недостатак је, такође

⁵⁶ "Сл. лист СРЈ", бр. 70/2001 и 68/2002 и "Сл. гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 -др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон и 72/2009"

што могућност одступања од принципа *ne bis in idem* није експлицитно установљена, већ произилази из става 2. који говори о поступку по изјављеном ванредном правном леку. Боље је већ у оквиру првог става наговестити да је од овог начела допуштено одступање додатком „*ако овим законом није другачије прописано*“ као што законодавац поступа у погледу установљавања изузетака од неких начела⁵⁷.

У процесној теорији највише је пажње изазвало питање проширења дејства начела *ne bis in idem* на процесне одлуке⁵⁸. Мишљења смо да дејством забране двоструке угрожености треба обухватити искључиво мериторне судске одлуке, којима се доноси одлука о кривичној ствари. Таквим решењем не би се нарушила правна сигурност грађана зато што су трајне и неотклоњиве сметње, које настану у току вођења кривичног поступка, већ саме по себи непремостива препрека за даље кривично гоњење, те им није потребна допунска забрана у виду начела *ne bis in idem*.

У прилог претходно изнетом ставу говори чињеница да је законодавац у настојању да забраном двоструке угрожености обухвати што више одлука о вођењу поступка ипак заборавио на једну. Наиме, у случају када је суд поводом захтева за спровођење истраге правноснажном одлуком утврдио да нема места истрази услед недостатка основане сумње да је осумњичени извршио кривично дело, овлашћени тужилац може поново иницирати покретање поступка уколико се појаве нови докази који по оцени ванрасправног већа чине испуњење услова за вођење поступка (члан 406. став 3.). У овом случају одлука о обустави поступка не постоји, нити одбијајућа пресуда. Међутим, недостатак довољног степена сумње управо је разлог за обуставу поступка у некој од каснијих фаза кривичног поступка, те је овом одлуком кривична ствар фактички решена у меритуму. То је разлог што неки процесуалисти сматрају да би дејство начела *ne bis in idem* требало проширити и на ову одлуку⁵⁹. Наш став је да би било беспредметно разматрати ову ситуацију када би се на једноставнији начин решило питање дејства овог принципа.

Предвиђањем могућности да јавни тужилац, применом начела опортунитета, привремено одложи кривично гоњење (члан 236. ЗКП), отвара се питање важења принципа *ne bis in idem* у овој ситуацији. Уколико, наиме, осумњичени испуни наложене му обавезе, јавни тужилац ће донети решење о одбацивању кривичне пријаве, која није обухваћена обимом важења овог принципа. Имајући у виду да је на овај начин

⁵⁷ Види: члан 20. ЗКП који говори о начелу легалитета кривичног гоњења.

⁵⁸ За аргументацију *pro et contra* оваквог решења види на пример: Лазин Ђ., оп. цит., Жекић З., оп. цит., Кнежевић С., оп. цит., стр. 767.

⁵⁹ Лазин Ђ., оп. цит., стр. 355.

кривична ствар фактички решена у меритуму, отвара се могућност да се поново иницира кривично гоњење за исто кривично дело против истог окривљеног. У том случају, осумњиченог не би штитило дејство принципа *не бис ин идем*. Наведена могућност такође говори о погрешној и непотребној концепцији законодавца.

Ставом 2. члана 6. ЗКП изричито је прописано да се у поступку поводом правног лека судска одлука не може изменити на штету окривљеног. Сматрамо да је процесни кодекс прецизирао Уставну реглементацију начела *не бис ин идем* одређењем из члана 407. став 1. који је изричит да се поступак може поновити само у корист окривљеног, у случају испуњења неког од прописаних услова. Међутим, треба приметити да је у члану 6. став 2. заправо забрањена *измена одлуке* на штету окривљеног у поступку поводом правног лека, а не и *покретање поступка* на штету окривљеног. Тако јавни тужилац може поднети захтев за заштиту законитости и у корист и на штету окривљеног. У случају када је захтев основан а поднет на штету окривљеног, суд ће само констатовати повреду закона, не мењајући правноснажну одлуку (члан 425. став 3.). Судска одлука у овом случају декларативног је карактера, па је тиме очувана забрана измене одлуке на штету окривљеног.

Могућност понављања кривичног поступка регулисана је одредбама члана 407. важећег ЗКП. Изричито је одређено да се кривични поступак може поновити само у корист окривљеног. Разлози за поновно суђење таксативно су набројани и обухватају следеће ситуације. Прво, ситуацију када је пресуда заснована на лажном исказу сведока, вештака и тумача. Друго, ако је пресуда донета извршењем кривичног дела судије, поротника или вршиоца истражних радњи. Треће, ако се појаве нове чињенице или нови докази, који самостално, или у садејству са већ раније изведеним доказима могу довести до доношења одлуке повољније по оптуженог. Четврто, ако је неко лице било двоструко угрожено, или је осуђено за кривично дело извршено у саизвршилаштву, а дело је могло учинити само неко лице или више лица. Пето, ако је неко осуђен за продужено кривично дело, када се појаве нове чињенице или нови докази, који указују да осуђени није учинио нако кривично дело обухваћено изреченом осудом (члан 407. став 1. тачка 1 – 5.).

Дилеме око примене начела *не бис ин идем* појавиле су се и у судској пракси, нарочито у погледу евентуалног његовог важења за продужено кривично дело. Поставља се питање, да ли би се могао поново покренути поступак за кривично дело које није било познато суду у тренутку пресуђења, а које улази у састав продуженог кривичног дела, имајући у виду забрану понављања кривичног поступка на штету окривљеног. У теорији је нађено решење да се за новооткривено кривично дело води нови поступак, а да се пресуде спајају после правноснажности

нове одлуке, што заправо представља примену правила о стицају кривичних дела⁶⁰.

Закључак

Начело *ne bis in idem*, неспорно, представља веома важан сегмент корпуса основних људских права која су готово универзално прихваћена од стране савременог човечанства. Потврда тога става је његово присуство у најважнијим међународним документима универзалног и регионалног карактера. Гледајући праксу Европског суда, можемо га сматрати једним од стубова на којима почива принцип правичног поступка, које се постепено претвара у начело модерне кривичне процедуре.

Забрана двоструке угрожености са правом је заузела место међу основним људским правима у Уставу Србије, и место једног од основних начела кривичног поступка, експлицитно одређених у Законнику о кривичном поступку. Од његовог установљења до данас, уставописци и законописци прошли су дуг пут лутања у разним формулацијама овог начела, мењајући му домашај и суштину, рушећи и градећи архитектонику кривичног поступка зарад усаглашавања са његовим дејством. Два питања и данас су отворена. Прво, да ли је потребно проширење забране двоструке угрожености и на процесне одлуке (о обустави поступка и одбијању оптужбе), и друго, да ли допустити понављање поступка на штету окривљеног.

Што се прве дилеме тиче, сматрамо да је проширење дејства принципа *ne bis in idem* на процесне одлуке сувишно и у нескладу са европским стандардима које забрану двоструке угрожености вежу само за мериторне одлуке. Потпуно је непотребно давати својство правноснажности одлукама о обустави поступка и о одбијању оптужбе услед трајних и неотклоњивих сметњи, да би биле обухваћене дејством забране двоструке угрожености, јер је иманентно својство тих сметњи да онемогућавају покретање новог поступка. Још мање је оправдано дејство овог начела на пресуду којом се оптужба одбија, донету због тога што је оптужени већ правноснажно ослобођен или осуђен. Сама та чињеница и правило *res iudicata* спречавају поновно гоњење, и зато не треба додатно штитити окривљеног од нечег од чега је већ заштићен. Ни интенција законодавца за ефикаснијим кривичним поступком није остварена, јер

⁶⁰ Васиљевић Т. и Грубач М. (2005), Коментар Законика о кривичном поступку, дрго измењено и допуњено издање, Београд, стр. 585, цитирано према: Кнежевић С. (2007), Забрана двоструке угрожености и људска права окривљеног, Правни живот-право и слобода, Београд, том 1., бр. 9, стр. 766 и 767.

јавни тужилац теже одустаје од кривичног гоњења, настојећи да пронађе доказе који би потврдили кривицу окривљеног, што продужава ионако дуго трајање поступка у нас.

Иако разлози правне сигурности налажу забрану понављања поступка на штету окривљеног, чини се да га ипак треба допустити, у уском обиму. Свакако да би изједначавање основа понављања поступка у корист и на штету окривљеног угрозило процесну позицију окривљеног, али сматрамо да равнотежа не би била нарушена предвиђањем могућности понављања поступка на штету, уколико је у ранијем поступку коришћена лажна исправа или лажни исказ неког од субјеката поступка, или у случају кривичног дела судије или неког другог службеног лица. Подношење захтева за понављање поступка на штету треба ограничити неким краћим роком у коме се може поднети Захтев. У тежњи за заштитом права окривљеног не сме се заборавити на права и правду за жртве, што остаје нерезализовано уколико кривци остају некажњени. Најзад, допуштање ове могућности било би у потпуности у складу са Европском конвенцијом, и са правном традицијом наше државе, која је раније познавала овакву могућност. Остаје закључак да је уставном формулацијом отворена могућност понављања поступка (иницирања и доношења одлуке) на штету окривљеног, те да се процесним кодексом *de lege ferenda* може прецизније разрадити ова могућност. .

Најзад, генерална критика прокламације принципа *ne bis in idem* из важећег устава и ЗКП је везана за номотехнику. Изоставља се важан сегмент забране двоструке угрожености- забрана *истовременог вођења поступака* против истог окривљеног за исто дело (*забрана двоструке литиспенденције*). Забраном су обухваћене мериторне судске одлуке у форми пресуде, заборављајући да се у поступку према малолтеницима оне најчешће доносе у форми решења. Изузеци од овог начела предвиђају се на посредан начин, у засебном ставу, па није јасно шта је њима обухваћено. Основи за понављање поступка одређени су непрецизно, недоречено, што ствара проблеме приликом тумачења. Зато треба размислити о једној језгровитој формулацији приликом неке од будућих реформи ових прописа, која би на целовит, једноставан, концизан и прецизан начин изразила суштину овог „правног афоризма“.

Ivan Ilic, LLM
Assistant Lecturer
University of Nis, Faculty of Law

THE PROHIBITION OF DOUBLE JEOPARDY

Summary

The author of the paper deals with one segment of the right to a fair trial- the *ne bis in idem* principle. Since the subject of the paper is validity of this old rule in the criminal proceedings, author adopted the term *prohibition of double jeopardy*, for which the author believes that on the best way reflects its essence.

First, it was discussed about the theoretical view of different concepts of the legal nature of the *ne bis in idem* principle, then, about its place in the systematization of the basic principles of criminal procedure, as well as its constituent elements and effects. Given that it have been known in the Roman legal tradition, its historical development is illuminated, with special emphasis on the Roman law, and its place in the historical types of criminal proceedings, as well as in the early constitutions.

Ne bis in idem principle is a constituent part of the Corps of internationally recognized basic human rights, and the author of the paper deals with the critical analysis of the norms of international legal instruments adopted within the framework of universal and regional international organizations, notably the International Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.

In our law, the *ne bis in idem* principle, also occupies an important place, especially since the adoption of the Constitution of SR Yugoslavia in 1992., which, for the first time expressly provided in any legislation of our country. Therefore, the central part of the work includes a chronological development and critical analysis of constitutional and legal norms of the principle, to the positive legal documents of Serbia. Finally, the author provided suggestions for correction of the provisions related to the principle, that would allow a better realization of the goals which the legislator seeks.

Key words: *ne bis in idem* principle, the prohibition of double jeopardy, legal security, the right to a fair trial, retrial.

**CIP – Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд**

**Зборник радова Правног факултета, Правни
факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици.**

Тираж 100

ISBN 978-86-6083-014-4