

Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици

Зборник радова

**Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим
седиштем у Косовској Митровици, децембар 2013.
ГОДИШЊИ ЗБОРНИК РАДОВА**

Издавач

Правни факултет у Приштини са привременим седиштем
у Косовској Митровици

За издавача

Проф. др Душанка Јововић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мијал Стојановић

Редакциони одбор:

Проф. др Љубомир Митровић

Проф. др Петар Станојевић

Проф. др Милорад Жижич

Проф. др Љубица Мандић

Технички уредник

Младен Годоровић

Дизајн корица

Графи колор

Припрема и штампа

Graficolor, Краљево

Тираж 100

примерака

ISBN 978-86-6083-037-3

УНИВЕРЗИТЕТ У ПРИШТИНИ
СА ПРИВРЕМЕНИМ СЕДИШТЕМ
У КОСОВСКОЈ МИТРОВИЦИ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Зборник радова

Косовска Митровица
2013.

САДРЖАЈ

КАТЕДРА ЗА ГРАЂАНСКО ПРАВНЕ НАУКЕ

Проф. др Марија Крвавац МЕДИЈАЦИЈА (ПОСРЕДОВАЊЕ) - КАНАДСКИ МОДЕЛ ОБАВЕЗНЕ МЕДИЈАЦИЈЕ	11
Доц. др Душан Новаковић УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ	23
Доц. др Јелена Беловић ПРАВИЛИМА ТУМАЧЕЊА БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ ИЗ 1980. године	38
Мр Душко Челић НЕКИМ ПИТАЊИМА ДРЖАВИНЕ У ЗАКОНУ СВОЈИНСКО ПРАВНИМ ОДНОСИМА ЦРНЕ ГОРЕ	48
Мр Бранко Милетић УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ	59
Мр Страхинја Миљковић СПЕЦИФИЧНЕ КЛАУЗУЛЕ УГОВОРА О ФИНАНСИЈСКОМ ЛИЗИНГУ	67
Гордана Дамјановић ПАТЕНТИ И МАТИЧНЕ ЋЕЛИЈЕ	80

КАТЕДРА ЗА КРИВИЧНО ПРАВНЕ НАУКЕ

Проф. др Петар Станојевић НЕДОЗОВЉЕНИ ПРЕКИД ТРУДНОЋЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	93
---	----

Мр Драган Благоић

УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ 101

Мр Саша Атанасов

ПОЈМОВНО РАЗГРАНИЧЕЊЕ ТРГОВИНА ЉУДИМА ОД ПРОСТИТУЦИЈЕ 112

КАТЕДРА ЗА ЈАВНО ПРАВНЕ НАУКЕ**Проф. др Владан Михајловић**

ДВОСМИСЛЕНОСТ И ПРОТИВУРЕЧНОСТ ДРЖАВЕ КАО ПРАВНЕ И ПОЛИТИЧКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ 125

Проф. др Ђорђије Блажић

РЕФОРМА УПРАВНО ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА ЦРНЕ ГОРЕ 138

Проф. др Мијал Стојановић

РЕШАВАЊЕ КОЛЕКТИВНИХ РАДНИХ СПОРОВА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 167

Доц. др Слободанка Перић

ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ 181

Доц. др Дејан Мирковић

МЕЂУНАРОДНИ ПОЛОЖАЈ СРБИЈЕ 1878-2013. 190

Мр Бојан Бојанић

КРАТАК ОСВРТ НА НАСТАНАК ИДЕЈЕ РЕГИОНАЛИЗАЦИЈЕ У ВРЕМЕ СТВАРАЊА ПРВЕ ЈУГОСЛОВЕНСКЕ ДРЖАВЕ 204

Невена Петровић

ЈАВНЕ СЛУЖБЕ 219

Ирена Божић

МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ 229

КАТЕДРА ЗА ПРАВНО ЕКОНОМСКЕ НАУКЕ**Проф. др Зоран Исаиловић**ПАУШАЛНО ОПОРЕЗИВАЊЕ У СИСТЕМУ ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА
ГРАЂАНА У СРБИЈИ 241**Проф. др Љубомир Митровић, мр Славка Митровић**СУБВЕНЦИЈЕ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА ПОЉОПРИВРЕДНУ
ПРОИЗВОДЊУ У СРБИЈИ 252**Мр Сузана Димић**

ОПШТИ ОСВРТ НА НЕГАТИВНО ОПОРЕЗИВАЊЕ ДОХОТКА 263

**КАТЕДРА ЗА ТЕОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ,
ИСТОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ И СОЦИОЛОГИЈУ****Проф. др Милорад Жижић**

О ПРАВНОМ НОРМИРАЊУ 279

Доц. др Сава АксићПРАВНОПОЛИТИЧКА ПОЗАДИНА
И ПОСЛЕДИЦЕ ДРЖАВНОГ УДАРА (на примеру шестојануарске
диктатуре) 282

КАТЕДРА ЗА
ГРАЂАНСКО ПРАВНЕ
НАУКЕ

Др Марија Крвавац, редовни професор

МЕДИЈАЦИЈА (ПОСРЕДОВАЊЕ) - КАНАДСКИ МОДЕЛ ОБАВЕЗНЕ МЕДИЈАЦИЈЕ

Апстракт: Као алтернативни начин решавања спорова медијација је пронашла широку примену у пракси решавања спорова у модерним државама. Реч је о било којем поступку у коме странке мирним путем решавају спорни однос уз помоћ посредника који није овлашћен да странкама намеће решење, односно има само саветодавна овлашћења. Карактер медијабилности поседује читав спектар спорова произашлих из најразличитијих области друштвеног живота у којима странке могу слободно располагати својим имовинским или неимовинским за-хтевима. Законом о посредовању-медијацији Србије прецизирани су медијабилни захтеви у грађанскоправним стварима и тиме створене формалне претпоставке за примену медијације у пракси решавања спорова и у Републици Србији.

Над медијацијом, као специфичном облику посредовања, странке у спору имају потпуну контролу. Овај вид посредних преговора представља сврсисходан механизам растерећења неефикасног државног судског апарата, најбржи и најповољнији начин решавања спорова на обострано задовољство странака.

Кључне речи: медијација, медијатор, посредовање, спор, странке.

УВОД

Под алтернативним решавањем спорова подразумева се сваки посту-пак усмерен на решавање спорних предмета између група или појединаца постизањем неког споразума, самостално или уз помоћ неутралне особе. Медијација представља најчешћи и најраспрострањенији коришћени метод алтернативног решавања спорова (АДР), чија употреба не искључује суд-ску заштиту. Под медијацијом (посредовањем) подразумева се било који поступак у коме странке мирним путем решавају спорни однос уз помоћ посредника, који није овлашћен да странкама намеће решење, односно који нема наредбодавна већ саветодавна решења.¹ Реч је о добровољном, необавезујућем приватном поступку у којем посредник (или посредни-ци) има могућност да странкама изнесе мишљење или предлог решења конфликта, у заједничком интересу странака. У складу са тим, посредник треба да буде обострано прихватљива, непристрасна и неутрална личност

Ова дефиниција садржана у чл.2 Закона о посредовању-медијацији Р.Србије (Сл. гласник РС, бр.18/05) дата је по угледу на УНЦИТРАЛ Модел-закон о међународном трговачком мирењу из2002.г. Слично и Препорука Савета Европе Рес.(2002)10.

која ће странкама пружити помоћ у изналажењу конструктивног решења спора, уважавајући њихове интересе и циљеве. Посредним преговорима странке желе да пронађу решење које им највише одговара те отуда по завршетку медијације нема ‘‘побеђених’’ ни ‘‘победника’’.

Поступак медијације не стоји у зависном односу са покретањем суд-ског или арбитражног поступка, тако да не искључује ниједан од њих као што ни одлука о подвргавању спора медијацији не зависи од тога да ли је пред надлежним телом већ покренут поступак. Независно од исхода медијације странке могу покренути арбитражни, односно судски поступак у којим чињенице, акти или изјаве дате у поступку медијације немају дејство.

У почетку развоја медијација је представљала чисто приватни посао за који држава није показивала интерес, али је неформалан карактер медијације, ефикаснији, делотворнији и јефтинији поступак у поређењу са судским, као и тежња растерећења судова довела до тога да држава посегне за прецизним нормирањем медијације. Државни прописи, по правилу, регулишу појам медијације и медијатора, медијаторске организације као и поступак медијације, окончање поступка и др. У дефинисању националних норми о медијацији национална права су, у већини, као узор имале УНЦИТРАЛ Модел закон о међународном трговачком мирењу, а једнако тако и посебна правила о међународној медијацији сталних арбитражних институција, међу којима су Арбитража МТК(Међународна трговачка комора) у Паризу или Америчка Арбитражна Асоцијација (ААА).

Појам и карактеристике медијације

Термин медијација је уведен у САД-у 1970.² а потиче од латинске речи ‘‘*mediare*’’ што значи посредовати. Као назив за означавање једног од метода алтернативног решавања спорова термин је из енглеског преузет и унет у немачки стручни језик. Медијабилни су у почетку били радноправни спорови, док се данас карактер медијабилности даје читавом спектру спорова произашлих из различитих области друштвеног живота.

Медијација се базира на интересима сукобљених страна, стављајући исте у први план насупрот моћи или неког права странака. Поступак медијације се покреће у фази конфликта када се он не може решити без учешћа посредника прихваћеног од страна у спору. Преговоре води квали-фиковани медијатор који у средиште спора поставља интересе сукобљених

За историјски преглед у САД, С. Moore, *The mediation Process, Practical Strategies for Resolving Conflicts*, Jossey-Boss Publishers, San Francisco 1986, 19.

страна, док странке у самом поступку у први план стављају битна питања претпостављајући их питањима од мањег значаја, у циљу успешног окончања спора.

Концепт медијације почива на слободној вољи страна чије је присуство обавезно на састанцима пред неуталним медијатором. Странке на састанцима могу договорити решење конфликта, односно постићи нагодбу и у раној фази поступка у којем се подстичу да слободно говоре а све што изнесу узима као релевантно. На медијацијском састанку нагласак се ставља на проблему, за разлику од судског рочишта у којем је нагласак на предмету спора. Осим тога, нагласак је мањи на закону односно доказима који су кључни у судском поступку.

Медијатор треба да води рачуна да исход поступка буде најбољи за странке, не да то буде најбољи правни исход, тако да је медијацијски процес отворен за много опција и за нове аргументе којима странке покушавају да убеду једни друге нудећи могућност усклађивања, насупрот судског процеса у којем немају тако активну улогу.

И поред евидентних разлика није спорно да је и код медијацијског процеса кључна припрема странака за успех, као што је неопходна и детаљна процена чињеница; гарантована поверљивост података; непристрасност медијатора, што је обавеза и судија, који имају могућност креативних решења.

Могућност комуникације на начелима добровољности, једнакости и равноправности странака уз гарантовање приватности и поверљивости поступка требало би да подигну на виши ниво културу демократске комуникације у решавању спорова, тако да су обе стране победници у процесу активног “слушања”.³

Пред националне правне системе стоји могућност прецизног дефинисања медијабилних захтева, у оквиру чега се прописима могу прецизирати медијабилни захтеви у грађанскоправним стварима (што је то учињено у нашем Закону о посредовању), уколико за поједини спор није прописана искључива надлежност домаћег суда или ког другог органа⁴. Држава је неспорно пружила подршку медијацији као алтернативном начину решавања спорова легализацијом и институционализацијом, чиме јој је у одређеном обиму одузела аутономију и створила различите концепте тзв квазијавне, квазидржавне медијације.⁵ Они се појављују у виду медијације

Шимац С., Одвјетници и мирене, Реферат са 13. хрватских арбитражних дана, Загреб, 2005., 18.

В. чл.1 Закона о медијацији.

Кнежевић Г., Павић В., Арбитража и АДР, Београд 2009, 230-231(цит.).

коју спроводе медијатори са обавезне судске листе или организације коју је за то одредио суд; у облику ауторизације, надзора или везивању медијације за суд у организационом и просторном смислу, њену анексију уз изузимање од процесних норми закона који важе за судске поступке; законског прописивања обавезне медијације пред државним судом која се проводи по одредбама парничног поступка и која тиме постаје јавна.⁶

Модел судске медијације у канадском правном систему

Канадски правосудни систем представља мешавину правила различитих европских система, што је резултат доласка колониста на амерички континент у XVII. и XVIII. веку. Осим права Квебека, којим су прихваћени традиционални принципи континенталног права базирани на француском *Code civil*, канадско право се базира на англосаксонском, тачније на енглеском прецедентном и статутарном праву.

Организацију канадског правосудног система уређује Устав,⁷ посебно Уставни закон из 1867. којим је судска надлежност подељена између феде-ралног нивоа и власти у десет провинција. Провинцијски и територијални виши судови чине окосницу судског система Канаде, тако да покрајине имају јурisdикцију над спровођењем судских одлука на њеној територији, укључујући организацију и одржавање грађанских и кривичних покрајн-ских судова као и поступка у овим судовима.

Обавезни програм медијације у покрајини Онтарио уведен је јануара 1999.године док је у Торонту и Отави, као и у Виндзору уведен децембра 2002.године на основу одредби 24.1 и 75.1 Правила грађанског поступка. Она уведе обавезну медијацију у парничном поступку поводом спорног питања из имовинских односа странака и поводом имовинских односа лица под старатељством. Из обавезног програма медијације у парничном поступку изузети су спорови произашли из породичних односа.

Под медијацијом се подразумева метод решавања спорова, односно судски поступак изван суда, при чему медијатори не решавају споро-вене одлукују о поравнању тако да се њихова улога своди на помоћ странкама у комуникацији и преговорима којим ће имати бољи увид у сопствене интересе. Обавезан програм медијације Онтарија осмишљен је тако да помогне странкама у грађанској парници, или странама које имају неки имовински спор у покушају да га реше пре него што изађу пред суд.

Кнежевић Г., Павић В., оп.цит. 231 (цит.); Карамарковић Л., Поравнање и медијација, Београд, 2004., 346,359 (цит.)

Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, vol2, Loose-leaf ed Scarborough Ont. Carswell, 1992 (2000).

Циљ овог програма, поред изналажења најбољег решења за странке, јесте и уштеда времена као и трошкова поступка. Пракса бележи да странке реше преко 90% свих судских спорова пре изласка пред суд.

Обавезан програм медијације упућује на преговоре у оквиру састанка посвећених медијацији и то на самом почетку судског процеса. Уз учешће стручно оспособљених лица странке испитују све могућности за решавање спора, чиме би се избегао судски процес. Канадски законодавац је пошао од тога да најбоље решење у конкретном спору могу да изнађу саме странке и прописао (Правилима Грађанског поступка) да предмети у парничном поступку подлежу обавезној медијацији

Процес медијације је неформалан и у потпуности поверљив, што је посебно значајно у ситуацијама када странке имају интерес да задрже међусобни однос било које природе.

Медијација у складу са правилима 24.1 и 75.1 Правила Грађанског поступка

Сходно Правилима Грађанског поступка предмет парничног поступка се упућује на медијацију, осим оних који су изузети искључиво по налогу суда. За спровођење медијације овлашћен је медијатор из приватног секто-ра, о чијем избору се странке могу договорити бирајући га са Програмске листе медијатора, или изван те листе, у року од 30 дана. Уколико странке не могу да постигну договор о избору медијатора то ће учинити локални координатор за медијацију, надлежан за спровођење обавезног програ-ма медијације. Она мора бити спроведена у року од 90 дана после првог давања одговора, осим ако суд одлучи другачије. За евентуално одлагање медијације за још 60 дана нужна је сагласност локалног координатора. Пре медијације, најмање 7 дана, странке имају обавезу да осталим учесници-ма судског поступка и медијатору доставе изјаве о спорним питањима, заједно са ставовима и интересима странака у спору.

Према правилу 75.1, у року од 30 дана по истеку последњег дана за уручење судског позива подносиоци имају обавезу да поднесу захтев за добијање упуства о спровођењу медијације. Суд може да одреди место спровођења и орган за спровођење медијације, време до кад треба спрово-вести медијацију и др. Након подношења захтева за добијање упуства стране су обавезне да одреде медијатора.

Медијација се може одржати у било ком месту односно локацији прихватљивој за обе стране, при чему то може бити канцеларија медијатора, једне од странака, адвоката или просторије суда. Обавезу присуствовања имају обе стране, а уколико неку од њих заступа адвокат обавеза присуства

се односи и на њега, с тим што адвокат не може учествовати у поступку медијације уместо странке. Медијација подразумева да странке морају имати овлашћења на темељу којег могу договорити поравнање или им је дата могућност да телефоном прибаве то одобрење. У поступку медијације у којем се као странка јавља привредно друштво или друга организација односно институција за њеног представника се узима лице овлашћено да доноси одлуке у име и за рачун других.

Ток медијацијског поступка

Поред страна у поступку, адвоката и медијатора састанцима у поступку медијације не могу присуствовати трећа лица, осим ако су са тим сагласне стране у поступку. Сами састанци су тајни, тако да је све оно што је на њима изговорено поверљиво те се не може користити у неком другом поступку. Медијација је неформалан поступак али медијатор може пре почетка састанка да објасни сам процес медијације, услове медијације, па и споразум о медијацији, након чега странке имају могућност да износе своје аргументе и да постављају питања. Медијатор треба да објасни странама могућности за евентуално поравнање, при чему може да разговара одвојено са сваком странком у току, као и пре састанка. Сам састанак траје у зависности од тога колико је сложен предмет спора као и од других фактора, али странке, према Обавезном програму медијације Онтарија, нису у обавези да настављају медијацију након 3 сата, тако да је након тог времена медијатору потребан пристанак странака да би наставио састанак.

Медијација може да се оконча неуспешно, *закључком да процес није конструктиван за странке у поступку* или *да нема договора*, као и *постизањем споразума*. Исти се може односити на решавање неких или свих спорних питања, обавезно у писаној форми и потписан од страна у поступку односно њихових адвоката. Споразум којим се решава предмет спора брањеник или његов адвокат морају предати суду, а суд о њему обавештава у року од 10 дана од његовог потписивања. Постигнути споразуми у поступку медијације правно су обавезујући за странке па уколико странка не испуни споразумом предвиђену обавезу, било која друга страна

поступку може уложити захтев за расправу према условима споразума, или да настави судски поступак као да споразума није ни било.

Успешним исходом медијације се може сматрати не само поравнање судском поступку, већ и у случају када странке у поступку не дођу до поравнања али боље разумеју позицију друге стране, смање број спорних питања или се договоре о решавању каснијих спорних ситуација. Спорови

који нису решени у поступку медијације настављају се у судском поступку.

исходу медијације медијатор је обавезан да сачини извештај.

случају неподношења *Изјаве о спорним питањима* странке или неприсуствовања медијаторском састанку у времену од 30 минута медијатор може да откаже састанак и да уложи *Изјаву о непоштовању*. На основу ње странка може бити позвана да плати таксе везане за отказивање или да буде санкционирана од стране суда, иако стране у поступку деле трошкове одржавања састанка о медијацији. Медијаторима се услуге плаћају директно и то једнак део хонорара свака страна у поступку, мада суд може наложити и другачију расподелу (75.1). Услуге медијације су бесплатне за лица која имају потврду да могу уживати бесплатну правну помоћ или испуњавају услове прописане од стране Врховног тужилаштва.

Медијатори

Према Обавезном програму медијације списак имена медијатора странке могу добити у Канцеларији локалног координатора за медијацију, у просторијама Врховног суда правде у Торонту, Отави и Виндзору.

Овлашћење за вршење медијације није везано строго за правнике тако, да стране у спору могу као медијатора изабрати лице које има квалификације и које је стручно оспособљено. За странке је најбоље да контактирају медијаторе директно како би добиле потребне информације о квалификацијама медијатора, што је у функцији остваривања максималне користи од медијације. Медијатор треба да буде неутралан и непристрасан а за странке је важно да проблему приступа на реалан и креативан начин, тако да у процесу припреме састанка за медијацију могу од свог заступника прибавити различита обавештења и информације.

Улога адвоката у медијацијском процесу

Обавезан програм медијације уређује улогу адвоката, по правилу, у односу на сам поступак медијације и одабир медијатора. Осим тога, адвокат може непосредно учествовати у припреми изјава клијената о спорним питањима и ефективном учешћу клијената на састанку о медијацији. Тако, адвокат треба да опише клијенту процес медијације и да пружи објашњења о томе шта се од њега очекује, као и да подсети клијента да у медијацији нема победника већ је нужно постићи задовољавајуће решење. Заједно са клијентом, адвокат припрема стратегију о медијацији, а у процесу припреме адвокат треба да продискутује и о трошковима, ризицима и предностима договореног или недоговореног поравнања, о положају,

циљевима и интересима клијента као и о слабостима положаја сваке стране у поступку. Адвокат ће саветовати клијента и о томе како најбоље да оствари своје интересе, о поверљивим информацијама, а значајна је његова улога и у припреми уводне речи клијента на састанку о медијацији.

У току самог састанка адвокат може помагати клијенту тако што ће оцењивати његове реакције и предлагати паузе тамо где сматра да је то потребно, за време које може дискутовати о својим запажањима и давати савете клијенту. После састанка адвокат може да прегледа споразум, било да је њиме решен предмет у потпуности или делимично. Уколико решење изостане адвокат може анализирати разговоре током медијације и саветовати клијента у правцу решавања спора даљом медијацијом или неким другим методом АДР, припреме за суђење за улагање захтева за рано одржавање предметне конференције за вођење судског поступка; поштовања свих преузетих обавеза или споразума као резултата медијације; разматрања опција за поравнање о којима се дискутовало а које нису усвојене на састанку.

Медијација у Србији

Још пре ступања на снагу Закона о посредовању у нашем праву је постојао правни основ за подстицање странака на мирно решавање међусобних спорова од стране суда, у оквиру Закона о парничном поступку. Полазећи од препорука Комитета министара Савета Европе о медијацији у грађанским стварима⁸ у Закон о парничном поступку унете су одредбе које омогућавају решавање грађанскоправних спорова посредовањем тј. медијацијом или на неки други миран начин, чиме је медијација добила оквир признате законске процедуре. Врло брзо је донет Закон о посредовању(медијацији)⁹ којим је медијација регулисана на општи начин као процедура. Закон је дефинисао појам медијације, регулисао поступак медијације, услове и начин избора медијатора, а основан је и Центар за медијацију који има пет одељења; за општу грађанску медијацију, за породичну медијацију, за управну медијацију,

Препорука број R (98) 1. Комитета министара државама чланицама о породичној медијацији (усвојена 21. јуна 1998); препорука број R (99) 19. Комитета министара држава чланица о медијацији у кривичним стварима (усвојена 15. септембра 1999.); препорука REC (2001) 9. Комитета министара државама чланицама о алтернативама за решавање спорова између органа управе и приватних лица (усвојена 5. септембра 2001.); препорука REC (2002) 10. Комитета министара државама чланица о медијацији у грађанским стварима (усвојена 18. септембра 2002.).
, 'Службени гласник РС бр. 18/2005.

за привредну медијацију и за кривичну медијацију. Ступањем на снагу овог закона дефинитивно је створен правни оквир за спровођење поступка медијације у Републици Србији.

Државна интервенција кроз правно нормирање пружа медијацији подршку али је донекле и контролише што прети да угрози принципе на којима медијација почива. У том смислу је интересантан концепт ква-зијавне медијације за коју је држава легитимно заинтересована.

Закон о парничном поступку предвиђа могућност решавања спорова медијацијом у току трајања парничног поступка.¹⁰

“Суд ће упутити странке на медијацију или на информативно рочиште за медијацију, у складу са законом, односно да укаже странкама на могућност за вансудско решавање спора медијацијом или на други споразуман начин”. (чл.11 ЗПП РС)

Судија се у фази мирења у парничном поступку налази у улози особе која може упутити странке у поступак посредовања, односно судија може у било ком стадијуму поступка све до закључења главне расправе препоручити странкама мирно решавање спорова. Медијација која се покреће после започињања судског поступка, добровољна или судски обавезна тј. иницирана на бази упуства суда води закључку да законодавац паралелно препознаје и приватни и квазијавни концепт медијације и да отвара могућност њихове кохабитације.¹¹ Важно је да парнични судија оцени који је то најпогоднији моменат за упућивање на поступак посредовања а пре свега да идентификује предмет у коме је то могуће спровести.¹² Ово је нужно кад се има у виду да неки предмети сами по себи а и због законских сметњи не могу бити предмет поступка посредовања (нпр. кривични поступак за тешка кривична дела, утврђивање и оспоравање очинства и др.). Овлашћење судије у овом правцу нема обавезујући карактер за странке тако да оне не могу сносити евентуалне последице због неприхватања препоруке. У пракси упућивање странака од стране суда представља често олакшање за саме странке јер се оне нису одлучиле да предложе медијацију. У складу са тим, судије треба да искористе законски основ и да што снажније утичу на странке да крену путем мирног решавања спора, али не и онда када је спор тако ескалирао да је очигледно јасно да предлог неће бити прихваћен. Суд не треба да инсистира на поновном покушају измирења уколико је један покушај већ раније пропао, већ треба ту одлуку препустити странкама.

¹⁰ ‘Службени гласник РС’ бр.72/2011, 49/2013-одлука УС и 74/2013-одлука УС. Кнежевић Г., Павић В., цит. дело, с.239 (цит).

¹¹ Љ. Милутиновић, Допринос медијације у остваривању ефикасног судства, Часопис за право и економију европских интеграција, 2009/3, с.130(цит).

Без изричите сагласности странака нема посредовања, тако да посту-пак посредовања не сме спречавати нити вређати право странке на сло-бодан приступ суду.¹³ Начело добровољности је законско начело којем противречи право суда да странке по отпочињању првог рочишта упуту на медијацију уколико сматра да се спор може тако успешно решити.¹⁴ Сагласност странака за упућивање на медијацију у току првостепеног поступка није нужна из чега следи начело обавезне медијације у првосте-пенем поступку. У току поступка посредовања странке се морају суздржати од покретања других поступака (судских, арбитражних) за решавање спора који је предмет посредовања.

Парнични поступак представља редовну и основну методу заштите угрожених или повређених грађанских права коју пружа државно правосуђе, те се он означава као ‘‘редован пут правне заштите’’. Судски парнични поступак се најчешће завршава пресудом али је један од могућих начина његовог окончања и судска нагодба. С друге стране странке могу изабрати неки од начина алтернативног решавања спора пре започињања судског поступка или у току његовог трајања. Истраживања¹⁵ су показала да упућивања која врши судија на рочишту даје најбоље резултате, имајући у виду да стручно лице води рачуна да ли је конкретан предмет погодан за медијацију. Упоредо са тим странке морају бити спремне да расправљају о решењу свог проблема и да уваже обостране интересе.

Поступак посредовања после покретања парничног поступка, односно право суда на *препуштање надлежности* може да траје до правоснажног окончања поступка, тј. до правоснажности одлуке што значи да се протеже и на поступак по жалби.. Прописано је да посредник у жалбеном поступку може да буде само судија, што представља изузетак у односу

Члан 6 Европске конвенције о људским правима предвиђа да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.

В.чл.3 и чл.8 Закона; В. чл.12. Закона о медијацији.

Истраживања су вршена у Холандији, САД, као и Канади у којој је поступак медијације предвиђен и за спорове пред другостепеним судом у фази одлучивања по жалби, због посебних интереса странака у одређеним врстама спорова. Такав облик медијације се назива *Conciliation*, у којем жалбени суд у грађанским, трговачким и породичним споровима нуди заинтересованим странама могућност заједничког састанка са судијом у циљу тражења коначног решења њиховог међусобног спора у обостраном интересу. Такав поступак је бесплатан брз и заснован на еластичној процедури. Поступак је поверљив и о њему нема писмена у садржају списа. Успешан поступак се завршава споразумом а за случај да овај облик посредовања не да резултате судија који је у њему учествовао се изузима из поступка одлучивања о жалби (Court of Appeal of Quebec: Conciliation, Service program).

на одредбе којима је одређено ко све може да буде посредник . Споразум страна постигнут у поступку посредовања после покретања парничног поступка зависи од воље странака и форме у којој је споразум закључен који може да има снагу судског или вансудског поравнања. Законом о посредовању је прописана и сходна примена одредаба Закона о облигационим односима и Закона о парничном поступку.

У прилог упућивања странака на медијацију иде околност да у поступку посредовања странке могу постићи обострано користан резултат; до решења спора странке долазе много брже него у судском поступку; поверљив и нејаван поступак који је значајан због постојећег дуготрајног односа странака и заједничких интереса. Странке су слободне да у свако доба започну са поступком мирног решавања спора а исто тако су слободне да га окончају за случај неуспеха у постизању споразума не плашећи се последица по њихов правни положај у наставку судског поступка. По-верљивост поступка посредовања и медијатора даје странкама слободу у изношењу ставова у откривању интереса, потреба као и у преговарању у циљу изналажења најповољнијег решења. Оно што је речено или написано у поступку посредовања не може се користити у евентуалном каснијем судском поступку.

ЗАКЉУЧАК

Преоптерећеност наших судова великим бројем предмета а самим тим њихова неделотворност и спорост у пружању правне заштите говоре о нужности шире примене алтернативних начина решавања спорова. Медијација као специфичан облик посредовања представља погодно решење. Ово посебно из разлога због којих се странке опредељују за поступак медијације као неформалан и еластичан поступак који даје странкама подједнаке шансе у заштити супротних интереса у спору. Странке непосредно и слободно размењују ставове о предмету спора а резултат зависи само од њих самих. У поступку медијације се утврђују интереси странака

није важно која је од странака у праву; за решење спора је потребно мање времена а трошкови су знатно мањи, одржавање и побољшање пословних односа. Одређивање правила вођења поступка у потпуности је препуштено странкама и медијатору.

Из напред реченог намеће се потреба да уз постојећи правни оквир сви заинтересовани субјекти уложе значајне напоре ка спровођењу Закона у свакодневној пракси решавања спорова. Судови могу подстакнути ширу примену медијације чиме би се постигло растерећење од великог броја предмета који се успешно могу решити медијацијом.

Marija Krvavac, LL.D
Full professor

MANDATORY MEDIATION PROGRAMME IN CANADIAN LEGAL SYSTEM

Summary

Mediation represents one of the most widespread and most frequently used methods of alternative dispute settlement by which the parties want, with the assistance of one more mediators, to reach the solution to the problematic issue.

The meditors using their mediation skills, have a task to help the parties in dispute to reach appropriate solutions.

The mediation process does not end by having a victorius party on one side and a losing party on the other side. Both parties are winners, i.e. the result of the madiation is the creation of a WIN-WIN situation. This is the only process that provides the parties with emphasise the flexibility of the procedure and a variety of solutions that are at the parties disposal, having in mind the balance of their interest.

The entire mediation process lays a stress on the problem, not on the subjekt of the dispute. In this manner the parties retain the established relationship or create a mutual relationship.

Introduction of the mandatory mediation programme by individual countries, such as Canada, represents a clear determination to resolve a dispute before bringing it to court, which aims at finding a solution to resolve the problematic issue, which would satisfy both parthies, but it also means saving time, money, a reduction in the court backlog etc.

Др Душан Новаковић, доцент

УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

Апстракт: У овом раду покушали смо да обрадимо уговор о доживитном издржавању као правни институт од интереса за правну грану грађанског права уопште, чији се посебни делови: облигационо право, стварно право, породично право и наследно право примењују код сваког конкретног уговора о доживитном издржавању. Циљ рада је да објасни правну природу овог уговора који се свакодневно и масовно закључује у судовима и који је део свакодневице.

Анализирајући овај институт бавили смо се и појмом уговора, законском дефиницијом уговора, условима за пуноважност уговора, субјектима уговора и предметом уговора.

При томе је коришћен правни и социолошки метод у анализи уговора о дожи-вотном издржавању.

Испитујући позитивно право (*de lege lata*) овог правног института, дали смо и сугестије за његово побољшање (*de lege ferenda*)

Кључне речи: појам уговора о доживитном издржавању, законска дефиниција уговора, услови за пуноважност уговора, субјекти уговора и предмет уговора о доживитном издржавању.

Увод

Наследноправни уговори у правом смислу те речи јесу они уговори који су подобни да буду основ позивања на наслеђе једног уговорника односно трећег лица, (поред тестаента и закона). Исто тако они могу бити начин одрицања уговорника од његовог будућег наследног права.

државама у којима је дозвољен уговор о наслеђивању (где стране уговорнице одређују да ће она која надживи бити њен наследник, или ће наследник евентуално бити треће лице, или једна страна оставља своју заоставштину другој уговорној страни) тај уговор је основ за наслеђивање који има најјачу правну снагу.

нашем праву овакав уговор је апсолутно ништав², као и уговор о будућем легату, уговор о садржини завештања и др. Поред наведених уговора наше позитивно право познаје и следеће дозвољене уговоре: уговор

Оливер Антић, Наследно право, Београд, 2004. стр. 309

В.чл.179 Закона о наслеђивању „Сл. гл.РС „ бр.46/1995 и 101/2003 –одлука УСРС, ИУ бр.358/95. у даљем тексту ЗОН.

о доживотном издржавању, уговор о уступању и расподели имовине за живота, уговор о поклону за случај смрти, уговор о доживотној ренти и др.

Први поменути дозвољени уговор, уговор о доживотном издржавању регулисан је одредбама члана 194. до 205. Закона о наслеђивању .

Овај уговор један је од најчешћих наследноправних уговора у нашој пракси.

На тему уговора о доживотном издржавању постоји релативно обимна писана грађа.

Наравно, то никако не значи да се овај специфични уговор смештен унутар правне гране грађанског права односно уже посматрано у осно-ви облигационог права као дела грађанског права, али и са значајним дејствима у наследном праву и области наследноправних односа, може сматрати до краја или дефинитивно истраженим.

С друге стране, особености овога уговора ипак су врло разнородне. Јер, као грађанскоправни посао „inter vivos“, са коначним дејством „post mortem“, у правним пословима који се реализују закључењем овога уговора успоставља се систем сложених правно уобличених односа међу уговорним странама, при чему се остварују и међусобно преламају дејства у више грана права, од оних облигационоправног карактера, преко дејстава ствар-ноправне природе, до његових реперкусија на наследноправне односе.

1. Појам уговора о доживотном издржавању

Пособеност овог облигационог уговора огледа се у томе што он има своје специјалано³ дејство, делом и због наше специфичне правне технике.

Напред је већ поменуто да је уговор о доживотном издржавању по својој суштини, односно правној природи, облигационоправни уговор.⁴ Посматрано са аспекта његових особина, овај уговор је дакле теретан и двостранообавезујући, а по начину закључења је строго формалан (неформално закључен уговор о доживотном издржавању би био апсолутно ништав и без правнога дејства), при чему је овај уговор без дејства и уколико потписи уговорних страна нису оверени у ванпарничном поступку пред судијом суда опште надлежности (у упоредном праву могућно је закључење овога уговора односно овера потписа уговарача код нотара (јавног бележника).⁵

Иако је уговор о доживотном издржавању по свом карактеру облигационоправни уговор, он није регулисан у области облигационих односа, већ у области наследноправних односа и његово дејство управљено је на наследноправне односе.

Исто :Оливер Антић. , Слободан Панов, Наследно право, Београд, 2006., стр. 175.

У земљама које су увеле институцију јавних бележника (нотара) бројне надлежности у оквиру ванпарничних поступака пренете су нотарима (Немачка, Швајцарска, Хрватска,

Код уговора о доживотном издржавању од значаја је његова алеаторност јер, у тренутку његовог закључења између савесних уговарача нису познати ни његово трајање, нити вредност престација уговорних страна (бар не престација даваоца издржавања). Алеаторност као заиста специјална особеност уговора о доживотном издржавању је *conditio sine qua non* његовога ваљаног односно правног дејства, утолико што одсуство алеаторности директно утиче на његову ништавост,⁶ а због његове алеа-торности, овај уговор истовремено припада и категорији трајних, према времену трајања испуњења преузетих обавеза уговорних страна, а његова особина каузалности је наглашена у економском интересу даваоца издржавања.

И коначно, мада је у пракси најчешће индивидуалан, не могу се апсо-лутно искључити и извесне особине колективности приликом закључења овог уговора у случају када се више прималаца издржавања појављују на једној страни, чије издржавање обезбеђује више давалаца издржавања који су истовремено, с друге стране будући и равноправни стицаоци права својине на имовини прималаца издржавања.

Као што је већ речено, иако по својим суштинским особинама закључење и реализација уговора о доживотном издржавању детерминише његов облигационоправни карактер, ипак је овај уговор у нашем правном систему нормативно именован као уговор наследног права, што је директна последица његовог специјалног дејства у сфери наследноправних односа.⁷

Законско дефинисање уговора доживотном издржавању

Одредабама члана 194. Закона о наслеђивању⁸ уговор о доживотном издржавању се одређује као уговор којим се прималац издржавања обавезује, да ће после његове смрти, на даваоца издржавања пренети својину

Црна Гора и др.).Према Закону о јавном бележничтву „ Сл.гл. РС „бр.31/2011,85/2012 и 19/2013. који ступа на снагу 1. 9. 2014. и у нашем праву ови уговори ће се оверавати код нотара .

.Уговор о доживотном издржавању може бити поништен ако у време закључења није постојао елеменат алеаторности, тј. ако уговор није представљао никакву неизвесност за даваоца издржавања,видети . чл.203. ЗОН

Као облигационоправни уговор, производи правно дејство само између уговорних страна (дејство *inter partes*), али ипак обавезује наследнике примаоца издржавања, као трећа лица у односу на сам уговор, на трпљење ефеката који према законским наследницима примаоца издржавања буду остварени, а то је губитак права на наслеђе оног дела заоставштине која чини престацију примаоца издржавања.

Видети : чл.194.ЗОН.

на тачно одређеним стварима или каквим другим правима, а давалац издржавања се обавезује да на име накнаде за тај пренос својине на ства-рима или правима, обезбеди издржавање и бригу о примаоцу издржавања до краја његовога живота, као и да примаоца издржавања после смрти сахрани, а „према месним обичајима“, како се то уобичајено формулише у већ устаљеној судској пракси.

Међутим, и поред оваквога нормативног дефинисања уговора о доживотном издржавању, он никако не представља уговор о наслеђивању⁹ јер, уговор о доживотном издржавању јесте правни посао са накнадом, што је ређе карактеристика уговора о наслеђивању¹⁰, (а био је присутан и у правном систему Краљевине Србије) као правни посао са дејством искључиво *post mortem*, којим се наследници међусобно одређују за наследнике што је у поређењу са уговором о доживотном издржавању битна разлика која се исказује у првом реду у успостављању сингуларне сукцесије (тачно одређених права) даваоца издржавања у односу на примаоца издржавања, као и доспелости уговорних обавеза даваоца издржавања, практично већ од тренутка закључења самог уговора (док се при закључењу уговора о наслеђивању успоставља универзална сукце-сија наследника где он добија заоставштину у целини, или у одређеном њеном делу.¹¹

Услови за пуноважност уговора доживотном издржавању

Према општој теорији уговора, за закључење уговора било које врсте неопходно је испуњење одређених услова. (да је изјављена воља за закључење уговора, да постоји сагласност изјављених воља, да уговор има свој

Начелним мишљењем ранијег Савезног врховног суда (СФРЈ) бр. 8/57 од 11.01.1957. године подржано је решење дефинисано одредбом из чл. 122. Закона о наслеђивању из 1955. године према којем „Уговор из члана 122. ЗН није уговор о наслеђивању, него је то уговор са накнадом, којим једна страна у накнаду за доживотно издржавање уступа другој страни у својину своје ствари, но тако да је предаја ових ствари у својину одложена до смрти власника. Тај правни посао није дакле, основ за наслеђивање.“

Истоветно схватање правне природе уговора о доживотном издржавању, усваја и актуелни Закон о наслеђивању (из 1995. године), јер се закључењем овога уговора као теретног, облигационоправног посла о уговорном издржавању успоставља син-гуларна сукцесија, а не универзална наследноправна сукцесија, као што је то некада било у случају законски допуштених уговора о наслеђивању.

Исто : Радосав Момчиловић, Милорад Живановић, Наследно право, Београд-Бања Лука, 2003. стр. 202.

Борислав Благојевић, Наследно право у Југославији, Београд, 1982. стр.234.

предмет и каузу и испуњење осталих услова за закључење уговора нпр. поштовање одређене уговорне форме). Развојем правне науке ови услови су јасно диференцирани, па су категорисани као материјалноправни и формалноправни услови.

Напред је такође поменуто да према општим правилима уговорног права, уговор представља сагласност воља уговорних страна којом се постиже одређено правно дејство. Зато се може сматрати закљученим онај уговор у вези којег су уговорне стране постигле сагласност о његовим битним састојцима, а закључен је у форми на којој императивно инсистира позитивно правни пропис којим је конкретни уговор дефинисан.

Имајући у виду да је уговор о доживотном издржавању по својој правној природи и суштини облигационоправни уговор, са специјалним дејством у наследноправним односима, напред поменуто општа правила

услови закључења се примењују и на разматрање питања пуноважности овог уговора, а исцрпљују се у поштовању извесних материјалноправних

формалноправних захтева, без чијег кумулативног испуњења, није мо-гућно правно дејство овога уговора.¹²

3.1. Материјалноправни захтеви

Први услов пуноважности уговора о доживотном издржавању несумњиво је постизавање пуне сагласности воља уговорних страна о његовим битним састојцима. Наиме, *ex deffinitio*, уговором о доживотном издржавању једна уговорна страна (давалац издржавања) преузима обавезу да свога сауговорача (примаоца издржавања) издржава до краја његовога живота, док друга уговорна страна (прималац издржавања), преузима обавезу да омогући пренос права својине на индивидуално одређеним стварима или каквих других права на који пренос права давалац издржавања стиче право уз испуњење одложеног услова тј. по наступању чињенице смрти примаоца издржавања.

Из напред изложенога следи да је истовремено неопходно постићи сагласност међу уговорним странама и у погледу обима или висине престација које падају на терет даваоца издржавања при чему ове престације могу бити уговорене и као својеврсна новчана рента чија сума обезбеђује покриће уобичајених животних трошкова примаоца издржавања, или престације које терете даваоца издржавања могу да буду дефинисане комбиновано: делимично у новцу, покрићем нужних и корисних трошкова примаоца издржавања - струје, грејања, воде и других трошкова текућег

¹² Оливер Антић, оп.цит. стр.322.

одржавања стамбенога простора примаоца издржавања, а другим делом у виду свакодневног пружања помоћи примаоцу издржавања у његовом домаћинству кроз обезбеђење исхране - спремањем хране, одржавањем хигијене стамбеног простора, личне хигијене и гардеробе, одржавањем кућних апарата у домаћинству даваоца издржавања, нужну здравствену негу, али у неким случајевима и шири спектар помоћи као што је на нпр. обрада пољопривредног земљишта, старање о сточном фонду, уколико при-малац издржавања евентуално гаји стоку у оквиру свога газдинства и сл.¹³

Уговорне одредбе којима се прималац издржавања обавезује да омогући пренос права својине на својој имовини или неком њеном делу у корист даваоца издржавања, неће се применом одредаба позитивно-правних прописа у области наследнога права сматрати уговором о наслеђивању већ уговором о отуђењу имовине уз накнаду, при чему се на овај део уговора имају применити одредбе стварног права

3.2. Формалноправни захтеви

Другу групу захтева, без чијега испуњења није могућно обезбеђење правног дејства уговора о доживотном издржавању, чине формалноправ-ни захтеви.

Наиме, одредба члана 195. Закона о наслеђивању, императивно захтева закључење овога уговора искључиво у писменој форми, при чему потписи уговорних страна морају да буду оверени пред судијом суда опште надлежности. Овако сачињен споразум, *ipso lege*, мора да буде оверен у ванпарничном судском поступку у коме судија *de facto* решењем одобрава закључење споразума (уговора), стављањем потписа судије и печата суда на решење донето по предлогу странака.

Приликом овере потписа уговорних страна на уговору, судија је дужан да странкама прочита и растумачи уговор, те да примаоца издржавања истовремено упозори да имовина које је предмет уговора не улази у његову заоставштину због чега чак ни нужни законски наследници примаоца из-државања не могу да се намире у својим потраживањима заоставштине из имовине која се по уговору преноси даваоцу издржавања. Активна улога судије је формалноправна, *conditio sine qua non*, и састоји се у обезбеђењу пуноважности уговора.¹⁴

Исто: Дејан Ђурђевић, Институције наследног права, Београд, 2008, стр.255, Слободан Сворцан, Наследно право. Крагујевац, 2009. стр.208. Илија Бабић, Наследно право, Београд.2008. стр.255.

Чл. 195. ст. 1.ЗОН гласи: „Уговор о доживотном издржавању мора бити закључен у писменом облику и оверен од судије који је дужан да пре овере прочита странкама

Код овога уговора проблем свакако настаје уколико није закључен у писменој форми мада је писмена форма прописана као обавезна, а странке су у целости или у претежном делу испуниле своје обавезе. Наиме, у пракси се догађа да се однос: давалац издржавања - прималац издржавања успостави као стање *de facto*; нпр. између прималаца издржавања, с једне стране и неког од блиских сродника прималаца издржавања, с друге стране, као даваоца издржавања, при чему обе стране имају и исто пребивалиште, а законски наследници прималаца издржавања, не живе у пребивалишту својих родитеља, те уопште не учествују у њиховом издржавању. Догађа се дакле да због изненадне смрти примаоца издржавања услед непостојања уговора о доживотном издржавању у писменој форми, законски наследници истакну своје право на наслеђе заоставштине, игноришући чињеницу да се о доживотном издржавању њиховога оставиоца, старао неко други. Међутим, одредбе члана 73. Закона о облигационим односима¹⁵ предвиђа да ће се уговор за чију је пуноважност обавезна писмена форма, ипак сматрати пуноважним у одсуству законом захтеване форме уколико су уговорне стране извршиле у целини или бар у претежном делу, своје обавезе из неформално закљученог уговора, изузев када из циља због којег је писмена форма изричито прописана, не проистиче шта друго. Отуда ваља извести закључак да би и неформално закљученом уговору требало признати правно дејство у случајевима када конвалидација таквога уговора није штетна по правно заштићене интересе или се таквим уговорима евентуално омогућују недозвољена располагања уговарача.

4. Субјекти уговора о доживотном издржавању

Субјекти уговора о доживотном издржавању су прималац издржавања, с једне стране и давалац издржавања, с друге стране, а код уговора закљученога у корист трећег лица, субјекат би било и то треће лице (бенефицијар).¹⁶

уговор и примаоца издржавања нарочито упозори на то да имовина која је предмет уговора не улази у његову заоставштину и да се њоме не могу намирити нужни на-следници.“ Према одредби из ст. 2. истог члана, у одсуству наведених радњи суда, уговор би био ништав.

Закон о облигационим односима, („Службени лист СФРЈ“ бр. 29/78, бр. 39/85, бр. 45/89, бр. 57/89, „Службени лист СРЈ“ бр. 31/93, „Службени лист СЦГ“ бр. 1/2003

Уставна повеља).у даљем тексту ЗОО.

Видети чл.198. ЗОН.

4.1. Прималац издржавања

Прималац издржавања може да буде свако физичко лице (правна лица не могу да буду примаоци издржавања), које може самостално закључити овакав уговор уколико истовремено поседује пословну способност у пуном капацитету. У име и за рачун лица лишених пословне способности, или ограничено пословно способних лица, овај уговор може закључити њихов законски заступник односно пуномоћник који мора имати оверено специјално пуномоћје за закључење овог уговора, уз одобрење надлежног органа старатељства¹⁷, дакле примена прописа породичног права.

Прималац издржавања у пракси је најчешће старо и самохрано лице које поседује извесну, најчешће непокретну имовину,¹⁸ али више није у стању да се о себи самостално стара (због старости, физичке немоћи, неког психосоматског обољења или телесног оштећења).

На име обезбеђења сопственог издржавања, прималац издржавања може на име испуњења своје обавезе, пренети на даваоца издржавања све што чини његову имовину (ствари и права), или поједине делове своје имовине. Прималац издржавања је дужан да омогући пренос имовине у својину даваоца издржавања, на начин и у роковима који се прецизирају одредбама самог уговора.

Према тренутку доспелости обавезе примаоца издржавања разликују се у пракси два облика овог уговора..

Код првога уговора пренос својине на имовини примаоца издржавања биће извршен након закључења уговора, тј. за живота примаоца издржавања као правни посао *inter vivos*. У случају закључења уговора којим се извршење уговорне обавезе примаоца издржавања условљава наступањем чињенице његове смрти, имовина примаоца издржавања коју је по уговору дужан да пренесе даваоцу издржавања, одложена је до тренутка смрти примаоца издржавања. Закон о наслеђивању је уредио само други облик овог уговора.¹⁹

4.2. Давалац издржавања

Давалац издржавања може да буде свако физичко лице, које је потпуно пословно способно, при чему за разлику од примаоца издржавања, давалац издржавања може бити и правно лице. Закон о наслеђивању уводи једно

О пословној способности видети : чл.11. чл.64.и чл.193. Породичног закона, ,, Сл.гл. РС ,, бр.18/2005 и 72/2011. у даљем тексту ПЗ.

Исто: Дејан Ђурђевић, оп.цит. стр.254.

Видети: чл.194. ЗОН ,Исто : Оливер Антић, оп.цит. стр.321.

ограничење у погледу круга лица која могу да закључе овај уговор. Физичка или правна лица која се у оквиру свог занимања или делатности старају о примаоцу издржавања, као што је то случај са медицинским особљем, болницама, старачким домовима, разним агенцијама и слично, могу да закључе уговор о доживотном издржавању у својству даваоца издржавања само ако су предходно добила сагласност органа старатељства. Уколико то није случај уговор ће бити ништав²⁰

На давање доживотног издржавања могу се обавезати и више лица истовремено, односно заједно. У случајевима када се у положају давалаца издржавања нађе више лица, ако нешто посебно није уговорено у погледу појединачних давања или чињења свакога од њих понаособ, они ће за обавезу издржавања одговарати неограничено солидарно, с обзиром да обавеза доживотног издржавања, није дељива. У пракси се више лица појављује у положају даваоца издржавања нпр. у случају када брачни другови закључе такав уговор са неким лицем као примаоцем издржавања, као и у случају када наследници умрлог даваоца издржавања прихвате обавезе свог оставиоца и наставе са извршавањем уговора.

Обавезе даваоца издржавања се састоје у томе да одређено лице тј. примаоца издржавања снабдева средствима и стварима које су потребне за живот, као и да примаоца издржавања негује, у сагласности са здрав-ственим потребама примаоца издржавања.²¹

У зависности од тога шта је тачно уговорено, обавезе даваоца издржавања могу да буду врло разнородне по својој садржини, али уколико ништа није посебно прецизирано односно уговорено, давалац издржавања ће бити у обавези да примаоцу издржавања подмири неопходне животне потребе. Уговором се иначе могу посебно дефинисати и прецизирати врсте и количина појединих давања и чињења, као и њихове вредности у време испуњења. Давалац издржавања је у начелу дужан да преузете обавезе лично испуњава, али испуњење појединих чинидаба може поверити или пренети на треће лице, у зависности од врсте и природе чинидбе (може нпр. ангажовати медицинску сестру, када прималац издржавања теже оболи, али ће давалац издржавања увек лично бити одговоран примаоцу издржавања за избор тога трећег лица).

Проблеми у вези са субјективитетом уговорних странака и проблеми јасне диференцијације имовине која представља предмет уговора могу евентуално да се јаве у случајевима закључења уговора ове врсте између супружника, као уговарача на различитим уговорним странама.

Видети чл.196 ЗОН.

Исто :Радосав Момчиловић, Милорад Живановић, оп.цит.стр. 207.

Наиме, када уговор о доживотном издржавању буде закључен из-међу супружника, његова пуноважност може да буде доведена у питање уколико се у овом уговору наглашава обавеза успостављања заједнице живота (с обзиром да је претходно самим закључењем брака већ била успостављена заједница живота, као један од основних циљева и сврха брака).²² Зато се и имовина заједнички стечена за време трајања брака (тзв. брачна тековина) не може узети за предмет овога уговора, пошто је на заједнички стеченој имовини супружника већ конституисано право заједничке имовине. Наиме, брачни друг који би се приликом закључења уговора о доживотном издржавању са својим супружником нашао

положају даваоца издржавања, на име накнаде за пружање доживотног издржавања би накнаду добио у имовини у чијем је стицању и сам лично учествовао, што не би било правно основано.

Али предмети уговора о доживотном издржавању између супружника могу евентуално бити само ствари и права која представљају посебну имовину супружника²³ - нпр. предмети и права из заоставштине која је наслеђена од правних претходника супружника као уговорних страна

међусобно закљученом уговору о доживотном издржавању при чему такође може представљати проблем уговарање обавеза које су такође већ конституисане закључењем брака - помоћ у болести и немоћи, обавеза међусобног издржавања када наступи неки од случајева нескривљене немогућности другог супружника да привређује и сл.

Резимирајући напред изложено, уговор о доживотном издржавању пуноважан је и допуштен правни посао несумњиво у случају кад се на истој уговорној страни нађу оба супружника. Међутим, такође је несумњиво у супротности духу и циљевима позитивноправних прописа ограничавати или потпуно лишавати супружнике могућности располагања сопственом - посебном имовином имајући у виду поменути Породични закон, одредбу чл.188. која регулише Брачни уговор.

Тако Породични закон предвиђа могућност да супружници односно будући супружници уговоре сопствени имовински режим и при томе слободни су да га сами дефинишу.²⁴ Тако, проблеми ове врсте уговора тек настају, а будућа судска пракса и правна теорије тек треба да их реше. Наравно, могуће је њихово превазилажење у неколико прецизнијим одредбама самог уговора, и уколико одређено право располагања супружника, није *a priori* искључено.

Исто : Оливер Антић, оп.цит. стр. 325.

Исто.Оливер Антић, оп.цит. 325, Марија Драшкић, Породично право и права детета, Београд. 2005. стр. 412.

Видети :Брачни уговор чл.188. ПЗ.

Исто тако сматрамо да треба напоменути да што се тиче уговора о доживотном издржавању нашим прописима није одређено да супружници односно будући супружници не могу међу собом склапати овај уговор.

5. Предмет Уговора о доживотном издржавању

Уговором се за уговорне стране стварају обавезе, са коначним циљем да се преузете уговорне обавезе и испуне (изврше). Испуњење уговорних обавеза се најчешће испољава у виду давања, чињења или евентуално нечињења (трпљења). Отуда следи логичан закључак да предмет обавезе може да буде само нека ствар, какво друго право, или нека радња, оне су нужно део самога уговора, као извора обавезе.

Обавезе дакле не могу егзистирати одвојено од предмета, те је стога без дејства уговор који нема свој предмет тј. предметом дефинисану обавезу.

Према одредби чл.46. Закона о облигационим односима,²⁵ да би закључени уговор опстао на снази, неопходно је да његов предмет буде могућан, допуштен и одређен. Санкција за уговор који не испуњава наведене захтеве у вези с његовим предметом, јесте неважност уговора. Прецизније речено, у одсуству предмета уговора или ако је предмет немогућ или неодређен, чини уговор непостојећим (сматраће се као да није ни закључен), а уколико је предмет уговора недопуштен, уговор ће бити апсолутно ништав.

За одрживост закљученога уговора једнако је важна и његова кауза (повод, побуда за закључење уговора тј. зашто су се уговорне стране од-лучиле да ступе у одређени облигациони однос).²⁶ Одговор на питање допуштености каузе је битан утолико што недопуштена кауза уговор такође чини уговор ништавим.

Сви ови захтеви и услови нарочито долазе до изражаја код уговора о доживотном издржавању²⁷ код којег је предмет уговора такође изражен двојако:

предмет обавезе даваоца издржавања, с једне стране, јесте обезбеђење издржавања друге уговорне стране односно примаоца издржавања на терет материјалних средстава и/или радом даваоца издржавања;

предмет обавезе примаоца издржавања, с друге стране, су ствари и/или права која ће прималац издржавања сагласно уговореном обиму бити

Видети чл.46. ЗОО.

О каузи видети више :Оливер Антић , Облигационо право, Београд, 2008. стр.244. Исто, Оливер Антић, оп. цит. стр,328.

дужан пренети у својину друге уговорне стране тј. даваоца издржавања, на име примљенога издржавања обезбеђеног средствима и/или радом даваоца издржавања.

Предмет обавезе даваоца издржавања по уговору о доживотном издр-жа-вању може да буде дефинисан веома разнородно: од сношења трошкова смештаја у установама социјалнога старања као што су у пракси најчешће геронтолошки центри, преко случајева који се у пракси реализују снабде-вањем примаоца издржавања храном, одећом, хигијенским средствима, лековима, а све на терет даваоца издржавања, као и текућег одржавања стамбеног простора у којем обитава прималац издржавања, па до случајева кохабитације у заједничком домаћинству,²⁸ у пракси најчешће у домаћин-ству примаоца издржавања.

С друге стране, предмет обавезе примаоца издржавања по уговору о доживотном издржавању, може да буде изражен у његовом обавезивању да даваоцу издржавања на име примљеног издржавања пренесе у својину индивидуално одређене ствари или евентуално одређена права.

Овде међутим посебно ваља нагласити да предмет обавезивања при-маоца издржавања могу да буду само оне ствари на којима је прималац издржавања титулар права својине односно права чији је титулар при-малац издржавања, у тренутку закључења конкретног уговора. Законо-давац је дакле искључио могућност обавезивања примаоца издржавања на пренос својине на стварима и правима примаоца издржавања које би овај евентуално стекао, након закључења уговора о доживотном издржавању.²⁹

У пракси се најчешће уговара пренос права својине на непокретнос-тима примаоца издржавања, али нису ретки случајеви да се уговара и пренос права својине на покретним стварима. У сваком случају неопходно је да се свака појединачна ствар која као предмет уговора, индивидуално јасно одреди.

Њихово потпуно индивидуално одређење у уговору је нужно сто-га што се закључењем уговора о доживотном издржавању, законски наследници примаоца издржавања искључују из права на наслеђе у односу на ствари и права која се уговором о доживотном издржавању преносе у својину даваоца издржавања, па чак и у обиму колико би иначе представљао нужни наследни део законских наследника заоставштине примаоца издржавања.

Исто, Илија Бабић, Коментар Закона о наслеђивању, Београд.2005. стр.294.
члан 194. став 2.ЗОН гласи: „Прималац издржавања уговором може обухватити само ствари или права постојећа у тренутку закључења уговора.“

Исто тако, одредбама из чл. 1 Закона о наслеђивању³⁰ наслеђује се заоставштина коју чине сва наслеђивању подобна права која су оставиоцу припадала у тренутку смрти . По правилу су то сва имовинска права ,а наслеђивању неподобна права су она која је за живота могао остварити искључиво оставилац, нпр. породична права.³¹

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Коначно, уговор о доживотном издржавању је по својој суштини и правној природи облигационоправни уговор.

На пуну одрживост оваквог правног схватања суштине и правне при-роде уговора о доживотном издржавању упућују његове особине облигационоправног посла, а то је да је уговор двостранообавезујући, теретан, алеаторан, , каузалан и формалан уговор, са трајним престацијама, који делује *inter partes*, као што је већ напоменуто

Овакав његов карактер условљен је на првоме месту његовим особинама двостранообавезујућег и теретног правног посла, у којем су обавезе уговорних страна дефинисане као накнаде за уговорена чињења. Зато овакав, теретан правни посао *ipso iure* не може да представља основ за наслеђивање, а самим тим не може да буде третиран као наследноправни уговор јер се прималац издржавања из овога уговора обавезује на отуђење своје имовине као накнаду за уговорено (и примљено) доживотно издржавање, при чему доживотно издржавање разумљиво, има и своју вредност изражену у трошковима издржавања, које је опет, сумарно посматрано, унапред оброчно плаћена накнада за уговорени пренос права својине на стварима и правима које у часу закључења уговора, чине имовину примаоца издржавања

У дуготрајној реализацији овог уговора (понекад и више деценија), огледа се алеаторност као једна од његових најважнијих особина јер, да-валац издржавања у тренутку закључења самог уговора апсолутно не може знати колико ће да трају његове обавезе на давања и чињења, која заједно представљају и чине доживотно издржавање.

Овде се ради о уговору са трајним престацијама. Наиме, код уговора о доживотном издржавању, задовољење интереса уговорних страна има одложено трајање и дејство, при чему је обавеза примаоца издржавања модификована одложним роком који истиче са наступањем чињенице смрти те уговорне стране, док се обавезе даваоца издржавања сматрају доспелим већ од тренутка закључења уговора, односно свакодневно

Видети чл. I. ЗОН.

Више о томе : Оливер Антић, оп. Цит. 49.

доспевајућим када и уколико обухватају обезбеђење исхране и других egzистенцијалних потреба примаоца издржавања.

Уговор о доживотном издржавању, као уговор облигационоправне природе делује *inter partes* тј. само између уговорних страна. Сам уговор тиче се само уговорних страна и за трећа лица, овај уговор како се то уобичајено каже је „ туђи посао“, осим наравно за законске наследнике примаоца издржавања, која као трећа лица у односу на сам уговор, трпе дејства, која се огледају у губитку права на наслеђе оног дела заоставштине која чини престацију примаоца издржавања.

Исто тако овај уговор производи правно дејство и *inter vivos* (давање примање издржавања) и *mortis causa* (пренос имовине након смрти примаоца издржавања).

На уговор о доживотном издржавању примењују се правне норме Општег дела грађанског права и правне норме посебног дела : Стварног права, Облигационог права, Породичног права и Наследног права.

Сматрамо да треба напоменути да је код овог уговора такође важан имовински аспект, онај одлучни мотивациони фактор који, код даваоца издржавања учвршћује одлуку да се упусти у закључење једнога уговора за који и не зна колико ће да траје и колико ће коштати његова реализација. Јер, са закључењем овога уговора, давалац издржавања у перспективи види стицање својине на имовини често знатне вредности, најчешће непокретности - стана или куће које могућно, на други начин или под другим условима, никада не би стекао.

Давалац издржавања је закључењем овог уговора истовремено и обезбеђен, а ово утолико што је имовина примаоца издржавања која је у уговор унета као његов предмет, искључена из заоставштине примаоца издржавања тако да се чак ни његови нужни наследници не могу нами-ривати из те имовине. Овакво своје дејство уговор дугује својој правној природи и суштини теретнога, двостранообавезујућег и каузалног, об-лигационоправног уговора.

друге стране, прималац издржавања из уговора о доживотном издржавању, мотивисан је на његово закључење сасвим другим побудама интересима. Овај уговор омогућује старим и самохраним лицима која имају стан или неку другу имовину да обезбеде себи издржавање и негу у старости и болести .

Зато би било потребно размишљати о нормативном унапређењу садр-жине законских одредби које регулишу ову област.Такође је потребно наћи механизме којима ће се ојачати контрола правних послова код овог уговора и што је могуће квалитетније заштитити интересе субјеката у правним пословима ове врсте.

Dušan Novaković, LLD
Docent

THE CONTRACT ON LIFELONG MAINTENANCE

Summary

In this paper, we tried to analyze the contract on lifelong maintenance as a legal institute of interest to the legal branch of the civil law whose separate parts – law of obligations, property law, family law and inheritance law – are applied in each specific contract on lifelong maintenance.

The aim of this paper is to show the legal part of this contract which is being concluded in the courts every day and which is part of everyday life.

Analyzing this institute we have dealt with the following terms - contract, legal definition of a contract, conditions for the validity of contract, parties to the contract and subject of the contract.

In the analysis of contract of lifelong care we have used legal and sociological method. While examining the positive law (de lege lata) of this Law Institute, we gave suggestions for its improvement (de lege ferenda).

Др Јелена Беловић, доцент

ПРАВИЛИМА ТУМАЧЕЊА БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ ИЗ 1980. године

Апстракт: У пракси наших судова примена Бечке конвенције добија незавидну оцену, иако она као ратификовани мултилатерални међународни уговор има примат над одредбама Закона о облигационим односима. Међутим, то исто не можемо рећи и за арбитраже, које се у готово две трећине својих одлука позивају на одредбе Бечке конвенције. Томе свакако доприноси и чињеница да арбитража као ненационална, неутрална институција има еластичнији приступ приликом тумачења одредби Конвенције, и тим пре Конвенцију перцепира као међународни инструмент, водећи рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се унапреди једнакост њене примене.

Овај рад има за циљ да укаже судовима на правила тумачења Конвенције, што ће, надамо се, помоћи приликом примене Конвенције у пракси.

Кључне речи: Бечка конвенција, правила тумачења, међународни карактер, једнакост примене, попуњавање правних празнина, општи правни принципи.

1. УНИФОРМНО МЕЂУНАРОДНО ПРАВО ПРОДАЈЕ

Међународна купопродаја робе утемељена је на правилима UNCITRAL Конвенције о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године (у даљем тексту: Бечка конвенција). Конвенција представља један од најус-пешнијих међународних инструмената унификације правних правила, обзиром да је закључно са 13. септембром, 2013. године ратификована од стране 80 земаља, што представља пропорционално веома значајан удео светске трговине.²

Напори у правцу унификације правила међународне продаје чињени су још тридесетих година XX века под окриљем Института за унификацију приватног права (UNIDROIT). Коначан текст који је настао у раду Института је, услед ратних околности, представљен на Хашкој дипломат-ској конференцији 1964. године, у два документа познатија као Хашки једнообразни закони.

Обзиром на чињеницу да англосаксонске земље нису учествовале у раду Хашких закона, ови закони нису имали предиспозиције да постану

UN Commission for International Trade Law.
<http://www.uncitral.org/>

општеприхваћено и једнообразно право међународне купопродаје. Међу-тим, англосаксонске земље учествовале су у раду UNCITRAL Комисије. Коначан текст конвенције UNCITRAL-а усвојен је 10. априла 1980. године на дипломатској конференцији у Бечу, док је Бечка конвенција ступила на снагу 1. јануара 1988. године.³

Иако се изучавањем јединствених правила међународне трговине превасходно бави међународно трговинско право, ова правила значајна су и са међународноприватно правног аспекта обзиром да чињенични концепт међународне продаје у себи нужно садржи елементат иностраности, који се у овој категорији правног односа обично манифестује у субјекту⁴, као и обзиром на то да је индиректна примена Конвенције предвиђена правилом по коме се Конвенција примењује на уговоре о продаји робе ако колизионе норме упућују на примену права државе која је ратификовала Конвенцију.

2. ПРАВИЛА ТУМАЧЕЊА

Правило о тумачењу Конвенције је општег карактера и налази се у Глави II, Део I који носи назив *Подручје примене и опште одредбе*.⁵ Треба разликовати правило о тумачењу Конвенције, од правила тумачења уговора о међународној купопродаји на који се примењује Конвенција.⁶ Прецизније, правило о тумачењу Конвенције налази се у чл. 7, који гласи:

„1. При тумачењу ове Конвенције водиће се рачуна о њеном међуна-родном карактеру и потреби да се унапреди једнакост њене примене и поштовање савесности у међународној трговини.

Југославија је ратификовала Бечку конвенцију 1984. године. Текст Конвенције обја-вљен је у „Сл. лист СФРЈ“, бр. 1/84, додатак-„ Међународни уговори“ од 31. децембра 1984. године.

Конвенција се примењује на уговоре о међународној продаји робе ако обе уговорне стране, продавац и купац имају своја седишта у државама које су ратификовале кон-венцију (чл. 1.1. Конвенције).

Конвенција се састоји из четири дела. Први, уводни део посвећен је подручју примене конвенције и одређеним правилима општег карактера (чл. 1-13). Други део конвен-ције садржи правила о закључењу уговора о међународној купопродаји (чл. 14-24). Трећи део је најобимнији и садржи материјална правила купопродаје, и то општа правила (чл. 25-29), правила о одређеним правима и обавезама уговорних страна, као и правила за случај повреде уговора (чл. 30-65), правила о прелазу ризика (чл. 66-70), и заједничка правила која се примењују на продавца и купца која су различитог карактера (чл. 71-88). Четврти део (завршне одредбе) искључиво је формалног карак-тера, садржи завршне одредбе, затим овлашћења за резерве, одредбе о прихватању конвенције, ступању на снагу и објављивању конвенције (чл. 89-101).

Правило о тумачењу уговора формулисано је у чл. 8 Конвенције.

2. Питања која се тичу материје уређене овом Конвенцијом, а нису изричито решена у њој, решаваће се према општим начелима на којима се она темељи или, без тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права.“

Као што се из саме структуре овог члана и намеће, правило о тумачењу подељено је у два дела: први део који је општег карактера, и други који се односи на попуњавање правних празнина као и на она питања која Конвенцијом нису изричито решена.

2.1. Опште правило о тумачењу Конвенције

Опште правило о тумачењу Конвенције можемо разложити на неколико посебних правила, односно упутстава приликом њеног тумачења:

А) Међународни карактер Конвенције.

Приликом тумачења Конвенције треба водити рачуна о њеном међународном карактеру и потреби да се обезбеди и афирмише једнообразност њеној примени. Разлог томе је чињеница што се национална права продаје у многоме разликују, како по питању концепције, тако и по питању приступа, па је с тога веома важно да форум избегне замку да се нађе под утицајем домаћег права продаје.

Међународни карактер Конвенције забрањује судовима да тумаче Конвенцију у духу домаћег права⁸, и налаже им да Конвенцију аутономно тумаче. Значај аутономних појмова препознат је још од стране Рабела (Rabel).⁹ Данас је овај метод тумачења доминантан у међународним ин-струментима, нарочито у европским оквирима, обзиром да уводни делови европских регулатива садрже рецитале који дају детаљне дефиниције важних појмова који су садржани у њима.

Тумачење уз помоћ аутономних појмова је свакако пожељно, онда када таквих појмова има. Према схватању појединих судова, не треба све појмове у Конвенцији аутономно тумачити. Док су на пример, изрази: „продаја“, „роба“, „седиште“ и „уобичајено боравиште“, подобни за аутономно тумачење, с друге стране израз „међународно приватно право“ који се користи у чл.1 (1) (б) и чл.7 (2) не можемо схватити другачије осим духу домаћег права форума.

CLOUT (Case Law on Uncitral Text) case No. 549 (Audiencia Provincial de Valencia, Spain, 7 June 2003).

CLOUT case No. 222 (U.S. Court of Appeals (11 Circuit), United States, 29 June 1998).

CLOUT case No. 171 Bundesgerichtshof, Germany, 3 April, 1996.

Rabel E., „Das Problem der Qualifikation“, *RabelZ*,

Б) Једнакост примене.

Промоција једнакости примене Конвенције захтева од судова да при-ликом доношења одлука имају на уму и одлуке страних судова у којима су примењиване одредбе Конвенције. Све је више судова који се у својим одлукама позивају на одлуке страних судова.¹⁰

В) Поштовање савесности у међународној трговини.

Клаузула савесности и поштења се у савременим расправама континенталног права на енглеском језику поистовећује са англосаксонским појмом *good faith*¹¹. У свим модерним правним системима *good faith* се сматра нормативним појмом.¹² Овај појам је тесно повезан са моралним стандардима. У дефинисању превода појма *good faith* преовлађује термин добронамерно поступање, тј. добра вера. На први поглед, веома различита терминологија којом се дефинише овај појам може да делује збуњујуће. *Good faith* се дефинише као норма, веома важан принцип, правило, максима, обавеза, стандард понашања, извор неписаног права, општа клаузула. Међутим, пажљивијим сагледавањем општа слика не делује тако конфузно. *Good faith* је детерминисан као нека врста отворене норме, чији концепт не може да утврди апстрактно ни генерално, већ зависи од околности у којима се примењује, и која се, у зависности од ситуације,¹³ конкретизује. Конкретизација појма препуштена је углавном судовима.

У нашој теорији има мишљења да клаузула, односно начело савесности и поштења представља противтежу аутономији воље у уговорном праву. Наиме, треба направити равнотежу између егоистичког у праву, сједне стране, и етичког и социјалног, односно заједничког, друштвеног, колективног, с друге стране.¹⁴

Иако се на принцип савесности и поштења Конвенција изричито позива у чл.7 (1), овај принцип позадина је и неких других одредби у Конвенцији. Тако на пример:

High Court of New Zeland, New Zeland, 30 July 2010 (који се у својој одлуци позивао на чак три одлуке из различитих страних јурисдикција); U.S. District Court, Northern District of Georgia, United States, 17 December 2009, (који се у својој одлуци позивао на одлуке Француског и Кинеског суда); Rechbank Arnhem, the Netherlands, 29 July 2009 (позива се на одлуку Аустријског суда).

И Бечка Конвенција садржи израз *good faith*.

Такав је случај у нпр. немачком, холандском, белгијском, француском и италијанском праву.

Више у: Вулетић В., „Од *BONA FIDES* до начела савесности и поштења“, Анали Правног факултета у Београду, година LVIII, 1/2010, (стр. 258–287).

Антић О., „Облигационо право“, 4. Издање, Службени Гласник, Београд, 2009, стр.39.

- Чл.16 (2) (б), који се односи на опозив понуде, прописује да се понуда не може опозвати уколико ако је понуђени разумно веровао да је понуда неопозива и понашао се у складу са тим;

- Чл. 21 (2), односи се на дејство закаснелог прихвата, које може имати дејство прихвата датог на време, уколико је оно било послато у таквим околностима да би понудиоцу стигло на време га је његов пренос био редован;

- Чл. 29 (2), у коме се наводи да: „Писмени уговор који садржи одредбу којом се предвиђа да свака измена или раскид морају бити учињени у писменом облику не може бити другачије измењен или споразумно раскинут. Ипак, уговорна страна може због свог понашања изгубити право да се позива на такву одредбу, ако се друга страна ослонила на такво понашање“.

- Чланови 37 и 46, који се односе на средства која стоје на располагању продавцу како би отклонио недостатке робе;

- Чл. 40, који забрањује продавцу да се позива на одредбе чланова 38

и 39 у случајевима када се недостатак усклађености односи на чињенице које су му биле познате или му нису могле бити непозанте, а он их није открио купцу.

- Чл. 47 (2), л. 64 (2), и чл. 82, који уређују губитак права да се позива на повреду уговора, и

- Чланови 85 и 88, који налажу странама обавезу чувања робе.

2.2. Попуњавање правних празнина

Друга одредба чл.7 тиче се питања која се односе на материју уређену Конвенцијом, а нису у њој изричито решена. Овде се, дакле ради о правним празнинама у самој Конвенцији, и упутствима за њихово попуњавање. Одредба чл. 7 даје двоструко упутство за попуњавање правних празнина, наиме правне празнине попуњаваће се, било сходно ; А) *општим начели-ма на којима се темељи Конвенција или, Б) без тих начела, према праву меродавном на основу правила међународног приватног права.*

А) Општа начела на којима се темељи Конвенција.

Овај колосек попуњавања правних празнина потребује екстензивно тумачење, као и познавање Конвенције и начела на којима она почива. Аутентичним тумачењем, као и тумачењима које је развијала судска и арбитражна пракса у више од две деценије примене Конвенције, искрис-талисало се неколико начела која морају бити узета у обзир приликом попуњавања правних празнина.

Једно од најважнијих начела свакако је начело аутономије воље.¹⁵ Фундаментални значај овог начела потврђен је у чл.6 Конвенције.¹⁶ Тако рецимо, минимални елементи које понуда за закључење уговора мора да садржи јесу: означање робе, њене количине и цена. Поред наведених елемената, претходне праксе и преговора (на основу правила тумачења) може се утврдити да у конкретном случају понуда мора садржати и друге елементе. И обрнуто, применом начела аутономије воље, које допушта да се искључи примена појединих чланова Конвенције (чл.6) може се уговорити да понуда остави цену отвореном и да таква понуда производи дејство.

Начело савесности и поштења јесте такође једно од основних начела Конвенције. У једном случају суд је затражио од једне уговорне стране да надокнади штету, из разлога што је њено понашање било „у супротности са начелом савесности и поштења у међународној трговини утврђеним у чл. 7 Конвенције“¹⁷. У једном другом случају, суд је заузео становиште, да у складу са принципом савесности и поштења „понуда за закључење уговора која се позива на опште услове пословања и опште термине не обавезује, уколико текст општих улова и термина није предочен у току преговора или приликом закључења уговора“.¹⁸ У једном другој врсти случајева, су-дови су сматрали да принцип савесности и поштења налаже уговорним странама да сарађују једна са другом, као и да размењују информације од значаја за извршење узајамних обавеза.¹⁹

Из начела савесности и поштења, произилази друго важно начело-начело једнаке вредности узајамних давања, које се рефлектује и на пољу дејства промењених околности на судбину уговора. Наиме, уколико после закључења уговора наступе околности које отежавају испуњење обавезе једне стране, или се због тих околности не може остварити сврха уговора, а све у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би га, по општем мишљењу, било неправично одржати, страна којој је отежано испуњење, односно страна која не може испунити сврху уговора, може захтевати раскид таквог уговора.²⁰

Polimeles Protodokio Athinion, Greece, 2009 (docket No. 4505/2009), Одлука Спољно-трговинске арбитраже у Београду, 9 децембар, 2002.

Чл. 6 конвенције гласи: „Стране могу искључити примену ове конвенције или, под резевом одредби чл.12, одступити од било које од њених одредби, или изменити њи-хово дејство“.

CLOUT case No. 154 (Cour d’appel de Grenoble, France, 22 February, 1995).

Rechtbank Rotterdam, the Netherlands, 25 February, 2009; Tribunale di Rovento, Italy, 21 November, 2007, Unilex; Oberlandesgericht K’In, Germany, 21 December, 2005.

Oberlandesgericht Celle, Germany, 24 July, 2009, Одлука Спољнотрговинске арбитраже у Београду, Србија, 9. децембар, 2002.

Hof van Cassatie, Belgium, 19 June 2009, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>.

Такође, важно начело Конвенције односи се на место исплате новчане облигације. По правилу, које подржавају и одредбе Конвенције, под местом испуњења новчаних облигација, подразумева се место у коме поверилац (продавац) има своје седиште, односно пребивалиште. Ово начело у складу је и са UNIDROIT принципима²¹, и принципима Европског уговорног права. Међутим, једна судска одлука заузима супротно становиште у складу са којим нема основа да се место исплате новчаних облигација перципира као опште начело Конвенције.²² Везано за новчане облигације, као још једно од веома важних принципа Кон-венције сматра се и правило по коме, осим уколико није другачије договорено, место продавца контролише сва питања од значаја за исплату, укључујући и питање валуте плаћања. Такође, камата се као специфичност новчаних облигација подразумева, и према становишти-ма заузетим у већем броју судских одлука право на камату не потребује претходно формално обавештење. Висина каматне стопе свакако није питање којим се Конвенција бави, а према преовлађујућем схватању њу ће одредити међународноприватна правила форума у складу са чл.7 (2) Конвенције.

Поједини судови заузимају становиште да начело консесуализма из чл.11 Конвенције има ранг општег начела. Принцип консесуализма под-разумева да закључење уговора не захтева испуњење форме, као и да се постојање уговора може доказивати на било који начин укључујући и сведоке.²³

Коментатори Конвенције тврде да је такође и начело *favor contractus* једно од општих начела Конвенције. У складу са овим начелом, тре-ба се одредити за приступ који фаворизује одржавање уговора на снази.

Поред ових Конвенција се базира и на следећим начелима: терет доказа, потпуно обештећење, примена обичаја и могућност компензације.

Када наведена општа правна начела Конвенције²⁴, не пружају решење за попуњавање правних празнина, решење треба тражити:

CLOUT case No. 154 (Cour d'appel de Grenoble, France, 22 February, 1995), такође у

Revue critique de droit international prive, 1997, 756.

CLOUT Case No. 312 (Cour d'appel Paris, France, 14 January, 1998).

Међутим, држава која ратификује Конвенцију, може ставити резерву на то правило, тако да уговори о купопродаји подлежу захтеву форме, ако уговорна страна има седиште у тој држави и ако унутрашње право државе прописује форму.

При томе треба напоменути да наведена начела свакако нису дата по принципу *numerus clausus* и да њих развија судска пракса.

*Б) без тих начела, према праву меродавном на основу
правила међународног приватног права.²⁵*

Колизоне норме могу упутити на било које право као меродавно, али ће то најчешће бити право државе у којој се налази седиште (пребивалиште) продавца.²⁶ Ово решење ослања се на теорију карактеристичне престације, чији је творац швајцарски аутор Шницер (*Schnitzer*). Његов начин размишљања био је следећи; он наводи да „за потребе решавања сукоба закона повезница за сваки уговор мора се изводити из саме суштинне уговора (*essence*). Суштина, биће сваког уговора одређена је карактеристичном престацијом уговора као типа, а ова (престација) одређена је економски и социолошки битном функцијом за задовољавање потреба (*rattachement fonctionnel*). Од момента када се са натуралне прешло на робно-новчану привреду било је лако идентификовати карактеристичну престацију: то је она која диференцира уговоре на врсте, и која је присут-на у сваком индивидуалном уговору исте врсте. Како се плаћа из хиљаду разлога, јасно је да је новчана обавеза типична противчинидба која не диференцира уговоре јер се налази у свим његовим врстама-и у продаји, и у градњи итд. Из тога следи да је карактеристична неновчана престација јер њена садржина одваја уговоре-нпр.уговор о продаји од уговора о градњи итд. Како обавеза продавца одређује бит уговора о продаји, то треба

Навешћемо један случај из судске праксе по избору UNCITRAL-а, који сведочи о начину попуњавања правних празнина. Тужилац немачко предузеће производи моторе за косилице. Тужени италијанско предузеће дистрибуира те машине у Италију у складу са уговором о искључивој дистрибуцији закљученом са тужиоце. Тужилац је захтевао плаћање цене за машине које је испоручио. Тужени је истакао приговор компензације позивајући се на штету проузроковану наводном повредом уговора о дистрибуцији до кога је дошло услед одбијања тужиоца да испоручи преостале машине. Виши суд је сматрао да тужилац може захтевати плаћање по чл.53 Конвенције, али и да компензација није могућа. Виши суд је направио разлику између уговора о дистрибуцији, као генералног уговора, и посебних уговора о купопродаји ради испоруке машина. За посебне уговоре о продаји меродавна је Конвенција. Конвенција не покрива уговоре о дистрибуцији за које је меродавно одређено унутрашње право на основу правила о сукобу закона. По колизоним нормама о сукобу закона немачког права, у овом случају за уговор о дистрибуцији меродавно је италијанско право (по чл.7 (2) Конвенције). И даље, Виши суд је нашао да појам компензације није уређен Конвенцијом, пошто је до ње дошло из уговора о дистрибуцији, и да услови за њу треба да буду одређени по меродавном унутрашњем праву, које је у овом случају било немачко право.

Види: чл. 20 Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља, „Сл. Лист СФРЈ“, бр.43/182, „Сл. Лист СРЈ“, бр.46/96, такође и чл.4(а) REGULATION (EC)

No 593/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, of 17 June 2008, on the law applicable to contractual obligations (Rome I), OJL 177/6.

*применити на тај уговор закон седишта продавца, и даље, на сваки тип уговора, закон седишта лица чија је престајација неночвана.*²⁷

Уколико би се седиште продавца налазило у Србији, онда решење треба тражити у домаћем праву. Сходно чл. 2 Закона о решавању сукоба закона (у даљем тексту: ЗРСЗ):

„Ако у овом закону нема одредбе о праву меродавном за неки однос из члана 1. став 1. овог закона, сходно се примењују одредбе и начела овог закона, начела правног поретка Србије и начела међународног приватног права“.

Евентуалне празнине, које се дакле могу јавити у вези са применом Бечке конвенције, као и ЗРСЗ-а, могу се превазићи сходном применом: 1) одредаба и начела ЗРСЗ-а, 2) начела правног поретка Србије, и 3) начела међународног приватног права.

Према владајућем схватању у нашој теорији није битан редослед у примени извора који служе попуњавању правних празнина. Сврха, од-носно циљ члана 2. ЗРСЗ-а јесте у „стварању правних решења“, па отуда није битно да ли се наведени „извори“ примењују алтернативно или чак кумулативно.²⁸ У Предлогу новог Закона о међународном приватном пра-ву, број „извора“ који служи попуњавању правних празнина је у извесној мери редукован, тако да сходно чл.27 Предлога, правне празнине треба попуњавати сходном применом одредаба ЗМПП-а или општеприхваћеним начелима и правилима међународног приватног прав.²⁹

3. ЗАКЉУЧАК

Усвајањем униформних правила која се примењују на уговоре закључене у различитим правним, економским и социјалним системима несумњиво се доприноси сигурности међународних пословних трансакција, но само то није довољно. Много је битније да сама примена унификованих правила буде једнообразна, тј. да доводи до истих мериторних резултата у истим случајевима. Као средство за постизање овог циља од највеће важности јесте тумачење Конвенције, које се у крајњој линији налази у рукама њених примењивача. Међутим, као што је у раду већ напоменуто примењивачи (судови и арбитраже) морају имати на уму да је реч о правном инструменту међународног карактера и да у крајњој линији морају

Schnitzer, стр.639., нав. у: Дика, Кнежевић, Стојановић, *op.cit.*, стр. 79.

Више у: Варади *et al.*, *Међународно приватно право*, 9. издање, Службени Гласник, Београд, 2007, стр.79-80; Дика М., Кнежевић Г., Стојановић С., *Коментар Закона о*

међународном приватном праву, Номос, Београд, 1991, стр.12.

Види чл.27 Предлога ЗМПП-а, www.mpravde.gov.rs, 25. јули, 2013.

водити рачуна и о одлукама страних судова које примењују Конвенцију. Само тако, може се постићи једнообразност у примени Конвенције, на једном ширем светском нивоу, што иако на први поглед звучи немогуће јесте достижно из разлога што међународни пословни свет, по правилу не робује конзервативизму и затворености.

Jelena Belović, LLD
Docent

THE INTERPRETATION OF UN CONVENTION ON CONTRACTS FOR INTERNATIONAL SALE OF GOODS 1980

Summary

Although the Vienna Convention as a multilateral, international legal contract is a predominant source of law in Serbia, before national Law of Obligations, it is not high ranking in national court practice. The same could not be assumed in relation to arbitration. There are more than a half arbitration decisions recalling the Vienna Conventions rules. As an anational, neutral institution the arbitration is dealing with an elastic concept of interpretation of the Convention rules, taking into account its international character, and promoting its uniform application. This article aims to indicate the interpretation rules to the courts, which will help in application of the Convention.

Мр Душко М. Челић, асистент

НЕКИМ ПИТАЊИМА ДРЖАВИНЕ ЗАКОНУ О СВОЈИНСКО ПРАВНИМ ОДНОСИМА ЦРНЕ ГОРЕ

Апстракт: У раду се критички разматрају нека од значајнијих нормативних решења о државини у Закону о својинско-правним односима Црне Горе. Релативно брзо од иступања из Државне заједнице са Србијом, Црна Гора је кодификовала стварно-правне односе и тако се уврстила у ред држава, насталих сецесијом из некадашње Социјалистичке федеративне републике Југославије, које су правно-системски уредиле стварно-правне односе. На жалост, тој брзини није било саобразно и ваљано уређење државине као једног од централних института стварног права. Одредбе о државини нашле су место тек након свих стварних права које овај пропис уређује, у глави XI од укупно XIII глава од којих претпоследња уређује права страних лица а последња обухвата прелазне и завшне одредбе, што је са аспекта правне систематике нелогично и неоправдано. Одредбе о заштити државине редактори су највећим делом преузели из Закона о основним својинско-правним односима, укључујући и све непрецизности и празнине у њима, учинивши у том погледу и корак уназад. Бројна питања регулисана су непотпуно, нека и догматски спорно. Језички, стилски и садржински, одредбе о државини Закона о својинско-правним односима Црне Горе, далеко су испод одредаба славног предходника - Општег имовинског законика.

Кључне речи: Закон о својинско-правним односима Црне Горе. – Државина. – Место у закону. – Заштита државине. – Језик и стил Закона. – Општи имовински законик.

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У области уређења стварно-правних односа, у Републици Црној Гори је Закон о основама својинско-правних односа¹ примењиван као савезни пропис све до доношења Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, 4. фебруара 2003. године. Након тог датума, Закон о основним својинско-правним односима је примењиван “као закон државе-чланице”².

¹ Закон о основама својинско-правних односа (у даљем тексту ЗОСПО), ‘Сл. лист СФРЈ’, бр. 6/80 и 36/90 и ‘Сл. лист СРЈ’, бр. 29/96.

² В. чл. 64, ст. 2. Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора (‘Сл. лист. СЦГ’, бр. 1/2003).

Након иступања из Државне заједнице³, Црна Гора је правно-системски уредила стварноправне односе доношењем Закона о својинско-правним односима.⁴ Доношењем овог закона, Црна Гора се уврстила у ред држава, насталих сецесијом из некадашње Социјалистичке федеративне републике Југославије, које су кодификовале стварно-правне односе. Иако је својевремено, још као република-чланица заједничке федералне државе (СФРЈ), прва започела рад на томе⁵, данас још једино Србија није донела системски закон који уређује стварно-правне односе,⁶ а кад ће, не зна се.⁷

Црна Гора је прогласила независност 3. 6. 2006. године.

Закон о својинско-правним односима Црне Горе (у даљем тексту: ЦГЗОСПО), „Сл. Црне Горе“, бр. 19/9 од 13. 3. 2009.

Још 1978. године израђена је радна верзија Нацрта закона о праву својине и другим стварним правима на непокретностима, која је касније допуњена и правилима о стварним правима на покретним стварима. Последња верзија Нацрта закона о праву својине и другим стварним правима на стварима утврђена је 1989. године и достављена ондашњој Скупштини Социјалистичке републике Србије. Утврђени нацрт никада није постао закон.

Хрватска је стварно-правне односе кодификовала доношењем Закона о власништву и другим стварним правима („Narodne novine“ бр. 91/96), Бивша југословенска република Македонија, доношењем Закона за сопственост и други стварни права („Службен

весник на РМ“, бр. 18/2001), Словенија, доношењем Стварноправног законика („Uradni list“ Republike Slovenije, št. 87/2002), Босанско-херцеговачки ентитети: Република Српска, доношењем Закона о стварним правима („Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/08), Федерација Босне и Херцеговине, доношењем Закона о стварним правима („Službene novine Federacije BiH“, бр. 66/2013) и Брчко дистрикт, доношењем Закона о власништву и другим стварним правима („Сл. гласник Брчко дистрикта БиХ“, бр. 11/01).

Да су наведени проблеми у погледу уређења стварно-правних односа у Србији могли бити прошлост, указује и чињеница да је Радна група, коју је 2003. године формирало Министарство финансија и привреде Владе Републике Србије (Радна група у саставу: проф. др Владимир Водинелић, проф. др Зоран Ивошевић, проф. др Златко Стефановић, проф. др Радмила Ковачевић-Куштримовић, проф. др Душан Николић, проф. др Драгор Хибер, проф. др Весна Ракић Водинелић, Будимир Лончар, Снежана Андрејевић, судија ВСС, Љубица Милутиновић, судија ВСС, мр Душко Челић, мр Милош Живковић, адв. Драгољуб Милошевић, адв. Ненад Целебџић, адв. Миодраг Петровић, Гордана Нешић-Лакићевић, Снежана Дамјановић и секретар радне Групе Јелена Симић. У раду су учествовали и проф. др Мирко Живковић, проф. др Раденка Цветић и проф. др Мирослав Лазич, а први секретар радне групе била је Јелена Лончар), 2006. године израдило коначну Радну верзију Законика о својини и другим стварним правима, која у погледу законодавне процедуре још увек чека (Годоа ?). Текст Нацрта Законика о својини и другим стварним правима објављен је у: Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, *Auf dem Wege zu einem neuen Sachenrecht Serbiens / Entwurf eines Gesetzbuches zur Regelung des Eigentums und anderer dinglicher Rechte*, Београд, 2007. године.

II СИСТЕМАТИКА

Закон о својини и другим стварним правима Црне Горе, системски уређује стварно-правне односе у 423. члана распоређених у 13 поглавља (основне одредбе, ствари, стицање и престанак права својине, заштита права својине, право сусвојине, право заједничке својине, етажна својина, право служ-бености, суседска права, заложно право, државина, права страних лица и прелазне и завршне одредбе).

Норме о државини систематизоване су у 27 чланова⁸, након што се предходно државина спомиње 26 пута а држалац чак 29 пута. Одредбе о државини нашле су место тек након свих стварних права које овај пропис уређује, у глави XI од укупно XIII глава од којих предпоследња уређује права страних лица а последња обухвата прелазне и завршне одредбе. Предпостављамо да су редактори ЦГЗОСПО оваквом систематиком, с обзиром да уређењу државине предходи уређење (свих) стварних пра-ва (право својине са свим модалитетима, право службености, суседска права и заложно право), желели да истакну опредељење да државина није (стварно) право, мада у том погледу нису били ни доследни ни јед-нозначни, имајући у виду одредбу чл. 1, из које би се дало закључити да је (и) државина (стварно) право !?⁹

Правна дејства државине су онај њен битан део који чини њену суштину, који држање преображава у државину, који државину из света физичког, фактичког, уводи у свет правног. Многобројна правна дејства државине¹⁰, разлог су што је она постала део права и што је добила "за-себно место у систему права".¹¹ Тако, државина је претпоставка вршења стварно-правних овлашћења употребе и коришћења, која су саставни

В. чл. 285-411. ЦГЗОСПО.

Из садржине чл. 1. ЦГЗОСПО (, 'Овим законом уређује се право својине и друга стварна права, државина на покретним и непокретним стварима, као и начин стицања, преноса, заштите и престанка ових права'), пре би се могло закључити да су редактори државину уврстили у стварна права, него да нису. Ипак, систематским тумачењем целине овог прописа а нарочито његових одредаба о државини, да се закључити да је реч о рђавој редакцији првог члана а не о томе да је државина регу-лисана као једно од стварних права.

О систематизацији бројних и разноврсних правних дејстава државине, која чине садржину њене обзнањујуће, стицалачке, обезбеђујуће и устаљујуће улоге у правном поретку, в. Челић Д, Систематизација правних дејстава државине, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Приштини, Косовска Митровица, 2010, стр. 125-137.

Ђорђевић А, Систем приватнога (грађанскога) права Краљевине Србије, Друга књига – Имовинско (имовно) право, Први раздео – Стварно право, Свеска прва – Државина, Београд, 1903, стр. 20.

део највећег броја стварних права; потом, стицање и пренос државине услов је за (derivativно) стицање бројних стварних права (државина као *modus acquirendi* стварних права); државина одређених својстава води стицању стварних права а такође одлучујућа је за успех публицијанске тужбе којом се штити (претпостављена) својинаи друга стварна права; најзад, али не и коначно, заштитом државине, штите се, у највећем броју случајева, и стварна права држаоца (*possessorium* као провизорна заштита државине која у себи садржи претпоставку својине, односно, каквог другог права држаоца). Имајући у виду бројна правна дејства државине у односу на стицање, вршење, заштиту и престанак стварних права, логично је, доктринарно и правно-технички исправно, да је њено правносистемско место у свакој, па и овој стварно-правној кодификацији, у његовом општем, односно, уводном делу. Тиме би се омогућило лакше разумевање и примена бројних одредаба ЦГЗОСПО којима се уређују стварна права, у којима се употребљава израз државина а што се не постиже обрнутом систематиком у којој се државина смешта након свих стварних права. У том погледу, ЦГЗОСПО није одмакао даље од највећег броја стварно-правних кодификација држава насталих сецесијом из бивше СФРЈ, напротив, у доносу на неке представља корак у назад,¹² као и у односу на свог славног предходника – Општи имовински законик.¹³

III ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ДРЖАВИНЕ

Појмовно одређење државине, ЦГЗОСПО је, истоветно као и законодавац Републике Српске уредио доследно, у облику дефиниције, као фактичку власт на ствари.¹⁴ За разлику од тога, ЦГЗОСПО садржи, у односу

Тако Стварноправни законик Словеније државину регулише у трећем делу законика, одмах након „основних начела“ и „основних појмова“; Хрватски закон о власништву државину регулише, слично као и Словеначки, одмах након „општих одредаба о стварима и стварним правима“; у Македонском закону за сопственост и други стварни права норме о државини заузимају место након општих одредаба и одредаба о својини, идентично Закону о праву својине и другим стварним правима Брчко дистрикта; у Закону о својини и другим стварним правима Републике Српске као и у Закону о власништву и другим стварним правима Федерације БиХ, одредбе о државини смештене су на крају овог прописа, након основних и општих одредби и свих стварних права која су њиме регулисана. У Нацрту Стварноправног законика Србије из 2006. године, одредбе о државини следе одмах након основних одредаба а предходе одредбама о свим стварним правима.

Уводне одредбе о државини („О држини или посједу“), Валтазар Богишић је сместио у „Раздио IV“ првог дела Општег имовинског законика („Уводна правила и наређења“)

а потом у делу шестоме који предходи одредбама о својини.

В. чл. 385. ЦГЗОСПО.

на све стварноправне кодификације држава насталих сецесијом из СФРЈ, до сада најшире и најексплицитније појмовно одређење државине права. Државина права одређена је путем лица које се према ствари понаша као ималац неког права ужег од права својине.¹⁵ На овај начин обухваћени су, поред државине права стварне службености, и случајеви корисничке државине али још увек не и државине оних лица која се према ствари понашају као имаоци неке обавезе (државина обавезе). Дакле, иако шире

боље у односу на предходно поменуте прописе, појмовно одређење државине у ЦГЗОСПО, још увек се не би могло оценити као потпуно, утолико пре што је фактичка власт само типолошко обележје државине и што постоје бројни случајеви у којима правни поредак препознаје државину без фактичке власти и обрнуто, у којима правни поредак не препознаје државину чак и у случају постојања фактичке власти.¹⁶ У нашој теорији се сматра да би оптимално појмовно законодавно одређење државине била комбинација типолошке дефиниције (као фактичке власти) и одступања од типа у оба правца (државина без фактичке власти и фактичка власт без државине).¹⁷ Мишљења смо да би ово становиште ваљало прихватити уз налажење разумне нормативне мере између нормативне економије и егзегезе.

Појмовно одређење притежања пак, пати од истоветне неодређености као и њено одређење у Закоу о основама својинско-правних односа - одређено је да лице које по основу радног или сличног односа или у домаћинству врши фактичку власт на ствари за друго лице, нема државину¹⁸, али није одређено шта то лице има ! Препуштено је адресатима закона да одговор на то питање одгонетну тек из рубрума овог члана – “притежање”!

Од државинских облика без фактичке власти на ствари ЦГЗОСПО садржи истоветну одредбу као и Хрватски Закон о власништву и другим стварним правима,¹⁹ препознајући само један њен облик – државину наследника, не и бројне случајеве сукцесије правних лица (спајање, припајање, раздвајање), као ни ликвидациону и стечајну државину. На жалост,

остале стварно-правне кодификације држава насталих сецесијом из бивше СФРЈ, не препознају државину у случају сукцесије правних лица.

В. чл. 387. ст. 2. ЦГЗОСПО.

О модалитетима и односу државине и фактичке власти, више у: Водинелић В. Влади-мир, Државина и притежање, Промене стварног права у Србији, Београд, 2004, стр. 55-63.

Исто.

В. чл. 393. ст. 1. ЦГЗОСПО.

Уп. Чл. 397. ЦГЗОСПО са чл. 17. Хрватског закона о Власништву.

IV ЗАШТИТА ДРЖАВИНЕ

Одредбе о заштити државине редактори су највећим делом преузели из Закона о основним својинско-правним односима, укључујући и све непрецизности и празнине у њима, у неким појединостима учињен је

корак назад. Тако, у декларативној одредби о томе да сваки држалац ствари права има право на заштиту од узнемиравања или одузимања државине, као и у Закону о основним својинско-правним односима, понавља се иста грешка стављањем у загради израза "сметање државине", као да је предходно изречено дефиниција појма сметања државине а не појма права на заштиту државине.²⁰ Истоветно је и са правном нормом којом се уређују рокови у којима се може захтевати заштита државине на чијем крају је у загради наведен текст "спор због сметања државине, као да се том нормом одређује појам тог спора а не рокови у којима се може захтевати судска заштита државине."²¹

ЦГЗСПО садржи и одредбе о заштити државине, које стварноправне кодификације држава насталих сецесијом из бивше СФРЈ не садрже. Тако, предвиђено је да "суд у државинском спору не може изрећи повраћај у пређашње стање ако би рушење подигнутог објекта представљало знатну штету"²² у случају када је сметање државине извршено грађењем. Од зако-нодавца који претендује да баштини грандиозну оставштину Валтазара Богишића најмање што се очекује је да, ако не досегне језичко-стилске висине а оно бар не (за)падне у том погледу у непрецизност и нетачност; тако, неприкладно је и непрецизно користити израз "повраћај", макар

у(з) пређашње стање а много боље је рећи успостављање (пређашњег стања) а можда богишићевски елегантније – воспостављање државине. Ако је предходно речено неприкладно, онда написати да суд може или не може, у државинском спору, ишта изрећи, је недопуштено! Наиме, суд не одлучује "у државинском спору", већ у поступку који се колоквијално може назвати државинским а прецизније је у поступку у парницама због сметања државине. Спор је материјалноправни а не процесни израз, он предходи парничном поступку у коме учествује (и) суд; суд не учествује у спору, па у њему не може ни доносити било какву одлуку. Коначно, најблаже речено, спорно је питање правно-политичке оправданости ус-крађивања државинске заштите када је сметање државине извршено грађењем а "рушење подигнутог објекта представљало знатну штету",

Уп. Чл. 402. ЦГЗСПО са чл. 75. Закона о основним својинско-правним односима.

Уп. Чл. 404. ст. 1. ЦГЗСПО са чл. 77. Закона о основним својинско-правним односима.

В. чл. 406. ст. 2. ЦГЗСПО.

без укључивања начела савесности. С овом одредбом у колизији су одредбе Закона о грађењу на туђем земљишту које (сасвим оправдано) као основни критеријум, укључују савесност градитеља, односно власника земљишта.²³ Сматрамо да овакво опредељење редактора ЦГЗОСПО повлађује самовлашћу и неправној градњи а да се равнотежа интереса, коју је законодавац вероватно желео да успостави ускраћивањем државинске заштите у поменутом случају, могла постићи применом општих одредаба

начела стварног права, попут одредаба о савесности и о забрани злоупотребе права. У том смислу, правно мишљење у једној одлуци Врховног суда да: "у спору због сметања државине суд може одбити захтев за успостављање пређашњег стања, ако нађе да околности случаја, а нарочито савесност странака и минорни значај реституције за тужиоца која би за туженог била претерано тешка, то оправдавају,"²⁴ чини нам се као путоказ у правом смеру. Слично се може рећи и за правно мишљење у пресуди Врховног суда Хрватске: "Ако би се радило о незнатном сметању посједа, а очито је да посједник из шиканозних намера не допушта да се нетко једнократно из нужде послужи његовом ствари, посједу би се могла ускратити заштита."²⁵ На жалост, редактори ЦГЗОСПО су се, неоправдано, приликом формулисања чл. 406. изгледа руководили сасвим супротним, и рекли би смо апсурдним, правним мишљењем Врховног суда БиХ: "у посједовној парници у начелу се не може тражити да се уклони грађевински објекат, па се не може усвојити ни захтев за утврђивање да је извршен чин сметања посједа грађењем."²⁶ Мишљења смо дакле да је овакво законско ограничење права на заштиту државине неоправдано

непотребно. Суд је овлашћен, примењујући општа начела о сразмерности интереса и злоупотреби права, да ограничи или ускрати вршење права на правну заштиту, па тиме и права на заштиту државине, у сваком конкретном случају одмеравајући потребу, врсту и степен ограничења. Супротно поступање суда, или нормативна немогућност да тако поступа, представљало би озбиљно довођење у питање смисла и циља државинске заштите, а то се поменути чланом ЦГЗОСПО, управо чини.

В. чл. 41-44 ЦГЗОСПО.

Одлука Врховног суда Србије, ВСС Гзз-6/96 од 25. 3. 1997. године, Билтен правне праксе из области грађанскоправне заштите законитости Републичког јавног тужи-лаштва Србије, Београд, јануар-децембар, 1998, стр.46-47.

Пресуда Врховног суда Хрватске Гзз-64/84 од 28. 8. 1984, обављена у: Жувела М, Закон о власничкоправним односима (објашњења, коментаторске напомене, судска пракса и дуги одговарајући прописи), Загреб, 1994, стр. 341.

Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Гвл-3/86 од 10. 10. 1986. и Гвл-8/86 од 17.

8. 1986, обављена у: Етеровић А, Сметање посједа у судској пракси, Сарајево 1989, стр. 37-38.

1.1.1.1. У посебној одредби ЦГЗОСПО предвиђа и заштиту "стварног држаоца у односу на лице уписано у катастар непокретности које није посједник ствари".²⁷ И ова норма се може оправдано критиковати из више разлога; најпре, она уводи непознати државински ентитет – "стварну државину" (па тиме и "стварног држаоца"), потом нетачно и непрецизно појмовно одређује регистарског односно земљокњижног држаоца (ако се под тиме уопште може подразумевати "лице уписано у катастар непокретности које није у посједу ствари"); ако се желело појмовно да одреди регистарска државина, макар и преко лица које такву државину има а не у облику класичне дефиниције, онда је требало рећи да је то лице које је уписано у катастар непокретности као ималац каквог права а које није у државини тог права. О рђавом језику законодавца, или језичком немару и нераду редактора, не указује само одустајање од богишићевски језговитог израза "држина" и "придржнштво", већ и васкрсавање романизованог израза "посјед", који се помиње једино у овом члану ЦГЗОСПО.²⁸ У свакодневном, лаичком говору, реч "посед" употребљава се као синоним за означавање права својине, поготово на непокретним стварима, чак и шире, "посед" се поистовећује са имовином, а "поседник" са власником, односно, са имаоцем каквог другог (најчешће стварног) права. Ово поистовећивање није само имлицитно, на против, често бивамо у прилици да "сазнамо" и то да се "посед има у власништву".²⁹ Придавање погрешног значења држа-

В. чл. 409. ЦГЗОСПО.

У нашој грађанскоправној терминологији, већ више од једог и по века за означавање овога института користи се реч „државина“; чини се да је он етимолошки правилнији, садржајнији и погоднији од „латинизованог поседа“, јер извире од глагола „држа-ти“, што значи „имати у својој власти“ и семантички прецизније изражава оно што означава. Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору, државину означава компромисно-дидактички: „држина или посјед“. Чини се да је израз „држина“, граматички прецизнија изведеница од глагола „држати“, у односу на израз „државина“. Генијални творац ОИЗ, Валтазар Богишић, о томе пише да је израз „државина учинио као субстантив од глагола држати“ (Милош Луковић, Богишићев законик, Београд, 2009. год, стр. 232.). Предности оваквог Богишићевог творења речи нарочито ће се одразити у вези са „придржнштвом“, оним институтом који у правној стилистици и данас називамо романизовано – детенција.

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

вини, поистовећивањем "поседа" са својином, карактеристично је само за тај израз, не и за државину; то је разлог више у прилог нашем залагању за доследно именовање овог правног института државином, када већ нисмо прихватили Богишићев појмовни пар "држина-придржнштво".

Слично одредби чл. 29. Хрватског закона о власништву и другим стварним правима, и ЦГЗОСПО садржи норму о престанку државине,³⁰ с тим што је и она, најблаже речено, непрецизна: оно што редактори те-кста називају "губљење државине", правилно и једино исправно се каже "престанак државине". Државина се не "губи" и у вези с тим не "добива", већ престаје или се стиче (заснива).

ЦГЗОСПО не садржи одредбу да се независно од исхода поступка због сметања државине, она може штити по основу права на државину, односно, својинским (петиторним) захтевима. У поређењу са свим осталим прописима ове врсте у земљама насталим сецесијом из бивше СФРЈ, чини се да се законодавац Црне Горе у овом погледу угледао на законодавца Брчко Дистрикта, с обзиром да сви остали прописи сем Брчанског, садрже норму о правилу *petitoret apsorbet possessorium*.

V ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Имајући у виду предходни приказ, за ову прилику одабраних одредаба ЦГЗОСПО, можемо закључити да оне језичко-стилски, номо-технички али и догматски, далеко заостају за одговарајућим одредбама славног предходника – Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору. Док је Општи имовински законик био је оригиналан кодификаторски рад, који по својим вредностима спада у најбоље законске текстове у европској цивилистици, у ком погледу се исто може рећи и за одредбе о државини,³¹ одредбе ЦГЗОСПО су далеко испод тако досегнутих висина.

³⁰ 'Државина се губи кад држалац престане да врши фактичку власт на ствари. Државина се не губи ако је држалац привремено спријечен да врши фактичку власт независно од своје воље.' (Чл. 401. ст. 1. и 2. ЦГЗОСПО).

³¹ Рубрум изнад овог члана правилно је назначен ('Престанак државине'), отуда још више изненађује садржина самога члана.

Следећи метод дедукције, Богишић је у уводним правилима на општи начин регулисао појам државине, гатио, садржину и последице њене заштите, упућујући на детаљнију рзраду неких питања у „објашњењима и допунама“. Одређујући јој место у Законнику изван и пре другог дела („О властима и другим врстама права укоријењених у ства-ри“), Богишић и систематиком указује да је државина самостални правни институт независан од права на ствар.

Правни појам државине одређен је у члану 811. Законика, при чему се, за разлику од Српског грађанског законика, јасно и експлицитно повлачи разлика између држаоца и детентора („придржника“).

То се нарочито односи на место одредаба о државини у систематици овог закона, као и на неке материјалне недоречености, противречности, чак и нетачности, у нормирању појединих питања државине: неспретно одређивање државине као права у одредби о предмету регулисања ЦГЗОСПО и одредбе о заштити државине. Одредбе о државини нашле су место тек након свих стварних права које овај пропис уређује, у глави XI од укупно XIII глава од којих претпоследња уређује права страних лица а последња обухвата прелазне и завшне одредбе, што је са аспекта правне систематике нелогично

неоправдано. Одредбе о заштити државине редактори су највећим делом преузели из текста који у том погледу ни у ком случају не би могао бити узор – из Закона о основним својинско-правним односима, укључујући и све непрецизности и празнине у њима; шта више, у том погледу учињен је

корак уназад. Бројна питања регулисана су непотпуно, нека и догматски спорно и контрадикторно. Језички, стилски и садржински, одредбе о државини Закона о својинско-правним односима Црне Горе, далеко су испод одредаба славног предходника - Општег имовинског законика.

Релативна брзина од државно-правног осамостаљења Црне Горе, до кодификовања ставрно-правних односа, није коренспондирала са систе-матичношћу и темељношћу у погледу нормирања тако значајне социјалне области, какви су стварно-правни односи а пре свега државина као пре-тпоставка тих односа.

Из наведених разлога, поглавље о државини у ЦГЗОСПО представља пропуштену шансу. И док у материји државине Валтазар Богишић ништа непотребно није додао, нити је пак ишта корисно одузео, редактори ЦГЗ-ОСПО у бројним питањима учинили су управо обрнуто.

Законик избегава појам државине права али истовремено дозвољава «степеновање државине», односно постојање више различитих врста државине поводом исте ствари. И ако је на основу садржине чл. 811. Општег имовинског законика може закључи-ти да је Богишић појам државине одредио у складу са субјективном концепцијом државине, везујући постојање државине за фактички однос лица, које не мора бити само власник већ и ималац «каквог омањег права», он се ширином обухвата сасвим приближио објективној државинској концепцији; тако је већина случајева државине права укључена у општи појам државине.

Богишић није до објективне конструкције државине дошао рушећи зграду субјективне, већ напротив, њеним ширим тумачењем. Тако је «не рушећи старо, дошао до новог». Оно што у односу на Српски грађански законик, у области државине, додатно и квалитативно уздиже текст Општег имовинског законика, то су одредбе које уређују принципе и основна правила државинске заштите. Начело забране сваког самовољног сметања државине, као *ratio* државинске заштите, Богишић је јасно експлицирао, оглашавајући тиме пут судске заштите отвореним. Законик прихвата римски систем

државинских тужби (за отклањање сметања и повраћај државине), одређује специ-фичност садржине државинске заштите, јасно је разграничавајући од петиторне.

Dusko M. Celic, LL.M
Assistant

**ABOUT SOME ISSUES OF POSSESSION IN THE LAW
ON PROPERTY RELATIONS OF MONTENEGRO**

Summary

An author critically analyzes some of the most important normative solution of possession of the Law of Property Relations of Montenegro . The provisions on possession are sistemased after all proprietary rights to the regulation governing , Chapter XVI of Chapter XIII of which the penultimate rights of foreign persons and the last includes transitional provisions , which is the aspect of legal systematics illogical and unjustified

. The provisions on the protection of are a step backwards compared to the previous legal regulation. A number of issues are regulated incomplete , and some dogmatic dispute. Language , style and content , the provisions of the possession of the Law of Property Relations of Montenegro , far below the provisions famous predecessor – the Montenegro Civil Code (1888).

Мр Бранко А. Милетић, асистент

УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ У ОСТАВИНСКОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Упућивање странака на парницу или поступак пред управним органом представља радњу оставинског суда којом он прекида расправу заоставштиј-не у оставинском поступку и упућује странке да спор о чињеницама, спор о праву на испоруку или о другом праву из заоставштине или спор о примени орава или о чињеницама реше пред парничним судом или управним органом. Када парнични суд или управни орган правноснажно реше спор оставински суд ће наставити еасправљање у оставинском поступку и расправити заоставштину. У раду су обрађене радње суда и радње странака којима се решава постојећи спор и омогућава коначна расправа заоставштине и окончања оставинског поступка.

Кључне речи: ванпарнични поступак, оставински поступак, расправљање заоставштине, прекид оставинског поступка, упућивање на парницу или поступак пред управним органом.

УВОД

Оставински поступак регулисан је Законом о ванпарничном поступку.¹ Он представља скуп процесноправних радњи суда и странака а усмерених на утврђивање и заштиту наследноправних односа. Правна правила која уређује оставински поступак називају се формално наследно право. У оставинском поступку надлежни суд утврђује: ко су наследници, шта чини заоставштину која права из заоставштине припадају наследницима, испорукопримцима другим лицима. Суд ће прекинути расправљање заоставштине и упутити странке да покрену парницу или поступак пред органом управе, ако су међу странкама спорне чињенице од којих зависи неко њихово право. Предмет овог рада биће упућивање на парницу у оставинском поступку.²

УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ ЗБОГ СПОРА ЧИЊЕНИЦАМА

Прекид расправљање заоставштине и упућивање на парницу представља радњу суда којом се упућују странке да покрену парницу или поступак пред органом управе ако су међу странкама спорне чињенице од којих зависи неко њихово право.

Види: Закон о ванпарничном поступку „Сл. гласник РС“ бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“ бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон 85/2012 и 45/2013 – др. закон Види чл: 119,120 и 121 ЗВП

Суд ће нарочито овако поступити ако су спорне ове чињенице:

1) Чињенице од којих зависи право на наслеђе а нарочито пуноважност или садржина завештања или однос наследника и оставиоца на основу кога се по закону наслеђује;

Чланом 87. Закона о ванпарничном поступку прописано је да у поступку расправљања заоставштине суд утврђује: ко су наследници умрлог, која имовина сачињава заоставштину и која права из заоставштине припадају наследницима, испорукопримцима о другим лицима. У смислу члана 117 ст. 1. наведеног закона прописано је да ће у поступку за расправљање заоставштине суд расправити сва питања која се односе на заоставштину, а нарочито о праву на наслеђе, величини наследног дела и о праву на испоруку. Суд ће прекинути расправљање заоставштине и упутити странке да покрену парницу или поступак пред органом управе ако су међу странкама спорне чињенице од којих зависи неко његово право како је то прописано чланом 119 .ст. 1 истог закона. Спор око правне ваљаности завештања и уговора о доживотном издржавању не може бити предмет ванпарничног поступка. Законски наследници који нису покренули парницу против законских наследника и давалаца дворбе и издржавања ради поништаја завештања и уговора о доживотном издржавању у року од 30 дана од правноснажности првостепеног решења којим су упућени на парницу не могу у поступку расправљања заоставштине истицати да су ништаве одредбе уговора у погледу покретних ствари, јер покретне ствари које су обухваћене уговором нису наведене по ознакама којим се обележавају индивидуално одређене ствари. Стога првостепени суд као ванпарнични не може такве одредбе уговора третирати као ништаве.³

Суд ће на парницу упутити законског наследника који оспорава пуноважност усменог тестаментa, а не тестаменталног наследника који нема правни интерес да покреће парницу ради утврђивања непуноважности тестаментa.⁴

Истицањем непуноважности завештања јесте разлог за прекид оставинског поступка и упућивања на парницу, док постојање уговора о доживотном издржавању представља разлог за обуставу оставинског поступка уз могућност и овлашћење да се поднесе самостална тужба, а ради доказивања евентуалне непуноважности уговора о доживотном издржавању, као и других околности меродавних за извршавање тог уговора. наиме, евентуална непуноважност уговора о доживотном издржавању,

Види: решење Врховног суда Србије, Рев. 1268/2007 од 10.05.2007. године, објављено у правној бази Параграф Нета.

Види: решење Вишег суда у Нишу Гж. 2278/2012 од 14.12.2012 године, правна база Параграф Нета.

који је оставилац закључио, није предвиђена као разлог за прекид оставинског поступка, за разлику од евентуалне непуноважности завештања (тестамент) а из разлога што се код постојања завештања односно тестамент оглашавају наследници по основу тог завештања оставинским решењем, и због чега је битно да се претходно у парници утврди да ли је тестамент пуноважан или не, а у случају постојања такве сумње.

Међутим, у ситуацијама у којим постоји уговор о доживотном издржавању, којим је обухваћена целокупна имовина оставиоца по основу таквог уговора о доживотном издржавања, суд доноси решење о обус-тави поступка све сходно одредбама Закона о ванпарничном поступку. Законским наследницима остаје могућност и овлашћења да након прав-носнажности таквог решења, поднесу самосталну тужбу (поведу парницу) , а ради доказивања евентуалне непуноважности уговора о доживотном издржавању, као и због других околности меродавних за извршавање тог уговора.⁵

Расправљању заоставштине има места само онда када оставилац има имовину под којом се подразумева сва имовина која је била у његовом власништву. У оставинском поступку се не позивају законски наследници да се изјашњавају да ли признају или не признају ваљаност уговора о доживотном издржавању, јер тај правни посао , наследно-правни уговор којим је оставилац за живота располагао имовином, може бити оспорен само у парничном поступку.⁶

„Првостепени суд у разлозима донетог решења наводи да је у оставинском поступку утврђено да је оставилац преминуо 23. 12.1982. године и оставио назначени уговор о доживотном издржавању, у коме је он прима-лац издржавања а именовано лице давалац. На основу увида у тај уговор и препис одговарајућег листа непокретности суд је утврдио да означене парцеле нису обухваћене уговором о доживотном издржавања, тако да чине заоставштину покојног оставиоца. Овај закључак за суд произи-лази из чињенице да је поређењем пописа парцела које су предмет овог уговора и површина истих парцела према листу непокретности утврђено да не постоји сагласност, због чега се не може сматрати да су ове парцеле предмет уговора о доживотном издржавању.

У складу са чланом 121. Закона о ванпарничном поступку, када се у току расправљања заоставштине као спорно појави питање да ли су одређене непокретности заоставштина покојног оставиоца али су предмет уговора

Види: решење Окружног суда у Београду, Гж.бр. 388/2002 од 24.01.2002. године, правна база Параграф Нета.

Види: решење Вишег суда у Панчеву, Гж. 678/2010 од 19.04.2010. године, правна база Параграф Нета.

о доживотном издржавању – првостепени суд је дужан да учеснике оставинског поступка упутује на парницу или на поступак пред управним судом.⁷ Ако је у току оставинског поступка утврђено да је оставилац оставио уговор о доживотном издржавању и да има осталу имовину, правилно је првостепени суд донео решење којим се из пописа заоставштине излучује стан који је предмет уговора о доживотном издржавању, а не да се донесе решење о прекиду оставинског поступка сходно чл. 23. Закона о ванпарничном поступку.⁸ Тужбени захтев тужиоца у тужби коју би поднео надлежном суду по упућивању оставинског суда требао би да гласи: „ Утврђује се да је завештање _____ ништаво“, а ако би неко од учесника оспоравао истинитост завештања изрека би могла да гласи: „ утврђује се да завештање од _____ није истинито“.

Суд ће на парницу упутити законског наследника који оспорава пуноважност усменог тестаментa, а не тестаменталног наследника који нема правни интерес да покреће парницу ради утврђивања непуноважности тестаментa,⁹

Чињенице од којих зависи основаност захтева надживелог супружника и оставиочевих потомака који су живели са оставиоцем у истом домаћинству да им се из заоставштине издвоје предмети домаћинства да им се из заоставштине издвоје предмета домаћинства, који служе за задовољавање свакодневних потреба;

Тужбени захтев тужиоца у тужби коју би поднео надлежном суду надживео супружник или оставиочев потомак по упућивању оставинског суда могла би да гласи: „утврђује се да супружнику _____ по основу стицања у брачној заједници са оставиоцем припада _____ имовине“ односно „ утврђује се да тужиоцу припада право на издвајање _____ предмета оставиочевог домаћинства“

Чињенице од којих зависи величина наследног дела, а нарочито урачунавање у наследни део;

Тужбени захтев тужиоца у тужби коју би поднео надлежном суду по упућивању оставинског суда могао би да гласи: Туженом се урачунава у наследни део поклон у вредности“.

Када током оставинског поступка један од наследника истакне приговор урачунавања поклона у законски наследни део другог наследника,

Види: решење Окружног суда у Чачку, Гж. 890/08 од 21.05.2008. године, правна база Параграф Нета.

Види: решење Окружног суда у Чачку Гж.бр. 264/09 од 26.02.2009. године, објављено у правној бази Параграф Нета.

Види: решење Вишег суда у Нишу Гж. 2278/2012 од 14.12.2012 године, правна база Параграф Нета.

суд ће прекинути оставински поступак и на парницу којом се утврђује урачунавање поклона у законски наследни део упутити наследника који је истакао такав приговор и у чијем је интересу да се поклон урачунава.¹⁰

Чињенице од којих зависе основаност искључења нужних наслед-ника или оправданост разлога за недостојност

Тужбени захтев тужиоца у тужби коју би поднео надлежном суду по упућивању оставинског суда могао би да гласи „ Утврђује се да је ту-жени недостојан а наслеђивање“.....“Утврђује се да је тужени оправдано искључан из наслеђа....“

Чињенице о томе да ли се неко лице одрекло наслеђа

За оставински поступак као посебну врсту ванпарничног поступка прописана су одредбама чл. 119-121 ЗВП посебна правила за решавање претходних (прејудицијалних) питања,

У пракси треба разликовати ситуације:

Прва, да ли од решавања претходног питања зависи наследно право, право наслеђе, право на испоруку и право на другу корист из заоставштине и у том случају оставински суд је овлашћен и дужан да претходно питање реши у поступку за оставинску расправу сако ако су неспорне чињенице на којима се заснива право или правни однос који представља то претходно питање. Ако су ове чињенице међу странкама спорне, оставински суд се не сме упуштати у решавање претходног питања, него мора упутити странке да о том питању поведу парницу или поступак пред управним органом.

Друга, или се решавање претходног питања тиче правних односа који је извиру из наследног права него из других имовинскоправних односа који су постојали још за живота оставиоца између њега и његових наслед-ника¹¹ односно када се претходно питање односи на састав заоставштине, суд мора странке упутити да поведу парницу или поступак пред управ-ним органом, без обзира на то да ли су међу њима спорне чињенице на којима се заснива претходно питање или између њих постоји само спор примени права.

оставинском поступку за разлику од парничног поступка може се радити или о обавезном упуштању оставинског суда о одлучивању о претходном питању (уколико између странака нема спора о чињеницама од којих зависи одлучивање о том питању) или о обавезном препуштању тог одлучивања по том питању надлежном суду или другом надлежном суду или другом надлежном органу (уколико између странака јесу спорне чињенице.

Види: решење Окружног суда у Краљеву Гж.бр. 235/2007 од 09.02.2007. године, правна база Параграф Нет.

Види : чл. 1. ЗОН - састав заоставштине)

Странка која је упућена на парницу покреће парницу тужбом којем од суда тражи само да утврди (декларише) постојање односно непостојање одређеног права или правног односа значи ради се о тужбама за утврђивање где парнични суд њима одлучује утврђујућом пресудом.

По правилу, правна заштита том утврђујућом пресудом ограничава се само на утврђивања садржаја постојећег права или правног односа, а само изузетно, утврђујућом тужбом може се тражити утврђивање садржаја одређених чињеница а утврђујућом пресудом то утврдити (нпр. утврђивање истинитости или неистинитости одређене исправе).

Неки аутори¹² да је овде сврха и циљ парнице „да се ауторитативно утврди садржај правних овлашћења која извиру из утврђених чињеница.“ Овде истичемо разлику између тужбе за утврђивање по ЗПП и тужбе за утврђивање у оставинском поступку по ЗВП. У првом случају тужилац мора суду доказивати да има правни интерес за подношење тужбе за утврђивање, док се у ругом случају такав интерес претпоставља односно он се оправдава законским овлашћењем за истицање таквог захтева.

Тужбу ради утврђивања неког спорног права или правног односа од којег зависи право на наслеђе или неко друго право може подићи и сва-ка друга странка која има правни интерес да се такво спорно право или правни однос што пре утврди . Међутим, то лице мора у таквој парници прво доказати постојање свог правног интереса.

Може се десити, да једна странка по упућивању суда на парницу ту парницу и покрене али да такву парницу истовремено али са супротним захтевом покрене и нека друга странка. У конкретном случају дошло би до литиспенденције и друга тужба би од стране суда морала бити одбачена.

Није редак случај да оставински суд неког учесника упути на парницу решењем које садржи „неадекватну стилизацију“ упута о тужбеном захтеву или да сам учесник свој тужбени захтев погрешно формулише (нпр. тражи утврђивање чињеница уместо утврђивања права или правних односа.

УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ ЗБОГ СПОРА ПРАВУ НА ИСПОРУКУ ИЛИ О ДРУГОМ ПРАВУ НА ЗАОСТАВШТИНИ

Ако међу странкама постоји спор о праву на испоруку или о другом праву из заоставштине, суд ће такође упутити странке да поведу парницу или посту-пак пред управним органом , али неће прекидати расправљање заоставштине.¹³

Креч М – Павић.Б., Коментар ЗОН-а са судском праксом, Народне новине, Загреб, 1964., стр. 714,
Види чл.120 ЗВП

Када током оставинског поступка постоји спор о праву на испоруку или о другом праву из заоставштине, може се радити или о спору о примени права или о спору о чињеницама. Оставински суд ће се сходно наведеном понашати двојачко: Ако постоји само спор о примени права оставински суд ће спорна правна питања расправити у оквиру поступка за оставинску расправу, међутим, ако су између странака спорне чињенице од којих зависи право на испоруку или друго право из заоставштине, странке ће се упутити на парницу.

Разлика између поступка упућивања на парницу због спора о праву на испоруку или о другом праву на заоставштину и упућивања на парницу због спора о чињеницама, јесте о томе, што се у случају упућивања на парницу или поступак пред управним органом због спора о праву на испоруку или о другом праву из заоставштине, оставинска расправа не прекида, док се у случају упућивања на парницу односно поступак пред управним органом због спора о чињеницама оставинска расправа прекида.

УПУЋИВАЊЕ НА ПАРНИЦУ ЗБОГ СПОРА ПРИМЕНИ ПРАВА ИЛИ О ЧИЊЕНИЦАМА

Ако се наследници споре било о чињеницама било о примени права¹⁴ суд ће прекинути оставинску расправу и упутити странке да поведу парницу или поступак пред управним органом у овим случајевима:

ако између наследника постоји спор о томе да ли нека имовина улази заоставштину; и

ако између наследника постоји спор поводом захтева оставиочевих потомака који су с њим живели у заједници да им се из заоставштине издвоји део који одговара њиховом доприносу у повећању вредности оставиочеве имовине.

Изузетак од правила да се сва спорна питања правне природе решавају

поступку за оставинску расправу је случај када се ради о спору који се односи на састав оставинске имовине. Овде се не ради о спору који из-вире из наследног права него из других имовинскоправних односа који су настали већ за живота оставиоца па нема разлога да о таквом спору одлучује оставински суд.

Упућивање на парницу или поступак пред управним органом односи се само на случај када се спор око састава заоставштине води између наследника али се не примењује ако о оставинској имовини постоји спор између наследника и трећих лица, где нема потребе за прекидање оставинске расправе.

¹⁴ Види чл. 121
ЗВП

СТРАНКЕ КОЈЕ СЕ УПУЋУЈУ НА ПАРНИЦУ ТРАЈАЊЕ ПРЕКИДА ПОСТУПКА

Оставински суд ће упутити на парницу односно на поступак пред управним органом ону странку чије право сматра мање вероватним.

Ако суд прекине поступак, одредиће рок у коме треба покренути парницу, односно поступак пред управним органом (30 дана)

Ако странка у одређеном року поступи по решењу суда, прекид поступка трајаће док парница односно поступак пред управним органом не буде правноснажно завршен.

Ако странка у одређеном року не поступи по решењу суда, наставиће се оставинска расправа и ако странка до завршетка тог поступка не поднесе доказ да је покренула парницу односно поступак пред управним органом довршиће се оставинска расправа без обзира на захтеве у погледу којих је странка упућена на парницу односно на поступак пред управним органом

Када је оставински суд расправио оставину по претходном ставу, као и кад је расправио оставину а требало је да странке упути на парницу, правноснажност одлуке оставинског суда не спречава да се о односном захтеву покрене парница.

ЗАКЉУЧАК

До прекида оставинског поступка и упућивање на парницу или поступак пред органима управе, доћи ће ако су међу странкама у ванпарничном поступку спорне чињенице од којих зависи неко њихово право. Након правноснажности пресуде у парничном поступку и расправљања спорне чињенице оставински суд ће наставити прекинути оставински поступак и донети решење о наслеђивању, којим ће расправити заоставштину иза конкретног оставиоца.

Мр Страхиња Миљковић, асистент

СПЕЦИФИЧНЕ КЛАУЗУЛЕ УГОВОРА О ФИНАНСИЈСКОМ ЛИЗИНГУ

Апстракт: Финансијски лизинг као специфичан инвестициони метод у савременим тржишним околностима представља атрактивни метод финансирања капиталних инвестиција. Значајан је и погодан за развој малих, средњих и новооснованих привредних друштава која не располажу довољним финансијском ресурсима пружајући им могућност да једноставније и ефикасније дођу у посед неопходне инвестиционе опреме. Значај рада је потреба да се укаже на специфичну одговорност даваоца лизинга код индиректног финансијског лизинга предвиђањем одређених специфичних клаузула.

Кључне речи: Индиректни финансијски лизинг, давалац лизинга, прималац лизинга, клаузула, права, обавезе.

1. Појам финансијског лизинга

Техничко – технолошки прогрес који карактерише период од друге половине двадесетог века утицао је, а и даље има великог утицаја на развој и обликовање економско-правних и друштвених односа. У околностима када се тежило, а и данас када се тежи све већој тржишној гло-бализацији привреде, неминовно се појављује потреба за изнајмавањем нових начина и инструмената пласирања капитала. Сви до тада познати облици и начини на који се капитал пласирао на тржишту показали су застарелим и неадекватним у складу са потребама савременог начина привредног пословања и убрзаног развоја робно-новчаних односа. Агилна пословна пракса америчких компанија развија послове који су у складу са потребама савременог привредног пословања, истовремено диктирајући потребе на све већем глобалном тржишту. Лизинг као продукт инвентивности и прагматичности америчке пословне праксе је један у низу специфичних метода инвестиционог тржишног пласмана капитала.

Недостатак новчаних средстава, скупо и изузетно неповољно кредитирање и ризици везани за својину, представљају есенцијалне услове за неопходан развој лизинг посла. Могућност да се буде учесник на тржишту роба и услуга и онда када се не поседују потребна новчана средства, једноставност процедуре и брзо и ефикасно одобравање потребних финансијских средстава, с једне стране и повољнији, сигурнији и бржи начин пласмана

капитала, с друге стране, представљају позитивне особине лизинг посла у односу на постојеће класичне облике пласирања новчаних средстава.

Етимологија термина лизинг потиче од енглеске именице „*lease*“, тј. од глагола „*to lease*“ (*lat. laxare*) основног значења дати у „закуп или у најам“. Као и низ других послова који се развијају у англо-америчкој пословној пракси, а због своје специфичности немогуће их је, тј. тешко их је превести на европске језике или им наћи правно ваљане термине, па се најчешће и даље користе термини у изворном значењу.

Уговор о лизингу је „... уговор између даваоца и примаоца лизинга о закупу специфичне опреме, коју је прималац изабрао код произвођача или продавца. Давалац лизинга задржава право својине над опремом. Прималац има државину и право коришћења над опремом, уз периодично праћење накнаде (закупнине)“.²

Специфичност уговора финансијском лизингу

Уговор о лизингу не би био карактеристичан и специфичан уговор ако се по нечему не би одвајао од осталих уговора аутономног трговинског права, а самим тим и знатније одступао од основних начела облигационог права. Одступање од основних начела облигационог права уговора

лизингу пре свега треба посматрати са аспекта о којој се врсти уговора лизингу ради, тј. да ли се ради о оперативном лизингу или се ради о финансијском лизингу.

Оперативни лизинг значајније не одступа од општих правила облигационог права која се односе на права и обавеза нема. Ипак, када се ради о финансијском лизингу, а посебно када је у питању тространи (индиректни) финансијски лизинг одступања знатна. Знатна одступања постоје управо из разлога што се поред уговарања основних права и обавеза, уговором могу предвидети низ других права и обавеза које имплицирају специфичну одговорност. Садржину уговора чини низ клаузула на основу којих се у великој мери одступа од општеприхваћених принципа облигационог права.

Клаузуле које се уносе у уговор о финансијском лизингу можемо по-делити на: 1) уобичајене (клаузеле које редовно уносе у лизинг уговор) и 2) специфичне клаузуле (које се уносе само када се ради о индиректном финансијском лизингу).³

Нпр: *factoring, forfeiting, franchising, joint venture* и сл.
Т. М. Clark, „*Leasing*“, London, 1977, 57.

И. Спасић, „Клаузуле у лизинг пословима“, *Страни превни живот*, 1991, бр. 1, 150.

Предвиђањем уобичајених – стандардних клаузула у уговор лизингу, тј. њиховом уговарањем, не одступа се знатно од начела уговорног права. Ипак, за разлику од стандардних клаузула које постоје код свих појавних форми уговора о лизингу, постоје клаузуле које су најзаступљеније само код једне врсте уговора о лизингу и то уговора о финансијском лизингу.

Предвиђањем специфичних клаузула код уговора о финансијском лизингу за поједина питања (права и обавезе) предвиђају се сасвим неуобичајена решења која су дијаметрална супротна и која знатно одступају од општих правила облигационог права. Специфичне лизинг клаузуле предвиђене општим условима пословања која чине садржину уговора представљају *diferentia specifica* у односу на садржину осталих класичних трговинских уговора.

Као што смо навели специфичне лизинг клаузуле најчешће се пред-виђају код уговора о финансијском лизингу али уз истовремено поста-вљање питања – дилеме да ли се јављају код двостраног или тространог финансијског лизинга. Одговор на постављено питање је да се ова врста клаузула јавља само када је у питању тростани – индиректни финан-сијски лизинг, а то из разлога његове сложене правне конструкције и специфичног односа који настаје између даваоца лизинга и примаоца лизинга.⁴ Специфичне лизинг клаузуле као резултат пословне праксе, представљају резултат воље даваоца лизинга као економски јаче уго-ворне стране која намеће своју вољу примаоцу лизинга као економски инфериорне уговорне стране.

Карактеристика специфичних лизинг клаузула је да су оне јединствене у пословној пракси без обзира да ли она припада *common law* или *civil law* правном систему. Приликом унификације правила финансијског лизинга на међународном нивоу,⁵ редактори полазе од става да решења садржана у конвенцији морају почивати на решењима која су резултат специфичних лизинг клаузула.

Специфичне лизинг клаузуле у првом реду односе се на правни поло-жај даваоца лизинга, тј. њиховим уговарањем искључује се одговорност даваоца лизинга. У специфичне клаузуле спадају оне којима се: а) искључује

Давалац лизинга јавља се само у улози финансијера посла без икаквих претензија да предмет уговора и непосредно користи, док је прималац лизинга тај који непосредно економски искоришћава предмет уговора. Такође у улози даваоца лизинга најчешће се појављују економски јакe финансијске институције које у својим формуларним уговорима и општим условима пословања уносе специфичне клаузуле које прималац лизинга мора прихватити.

UNIDROIT Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 28 May 1988), доступно на: <http://www.unidroit.org/english%20conventions/1988leasing/1988leasing-e.htm> (датум приступа: октобар 2013).

одговорност даваоца лизинга за неизвршење испоруке или закашњења у испоруци опреме; б) искључује одговорност даваоца лизинга за мане опреме; в) ризици у вези са лизинг опремом и г) казнене клаузуле.⁶

Специфичне уговорне клаузуле

Клаузуле којима се искључује одговорност даваоца лизинга за неизвршење испоруке или закашњење

испоруци опреме

Предвиђање клаузуле о искључењу одговорности даваоца лизинга за неизвршење или закашњење испоруке предмета уговора о финансијском лизингу представља знатно одступање од општеприхваћених принципа грађанског и облигационог права. Ипак, и поред одступања у погледу одговорности даваоца лизинга и њене дијаметралности са принципима уговорног права, наведена клаузула обавезна је код уговора о финансијском лизингу у индиректном облику.

Постојање, тј. предвиђање наведене клаузуле у уговор о финансијском лизингу, од стране даваоца лизинга треба пре свега тражити у разлозима постојања специфичности посла индиректног финансијског лизинга. Да би објаснили разлоге уношења клаузуле о ослобођењу од одговорности даваоца лизинга због неиспоруке или закашњења при испоруци опреме треба поћи од правне конструкције уговора о финансијском лизингу.

Уговор о финансијском лизингу састоји од а) уговора о испоруци и б) уговора о лизингу, правно независних али истовремено економско зависних уговора, а само услед њихове синтетизације долази до реализације уговора о финансијском лизингу.

Уговор о испоруци који се закључује између испоручиоца и даваоца лизинга у служби је уговора о лизингу. На основу уговора о испоруци, а руковођен општим правилима облигационог права⁷ давалац лизинга постаје власник ствари па самим тим и одговоран је примаоцу лизинга за уредност испоруке. Иако давалац лизинга не испоручује опрему директно примаоцу лизинга него то ради треће лице он би требао одговорати и за рад испоручиоца, а из ралога јер је са њим у уговорном односу.

⁶ Разврставање специфичних лизинг клаузула извршено је према И. Спасић, наведено дело, стр. 152 – 154.

⁷ Чл. 467, Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – Одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља).

Поред наведених правила облигационог права која би требало да обавезују даваоца лизинга, одступања у погледу одговорности за уредност испоруке су знатна. Оправданост одступања у погледу наведене одговорности даваоца лизинга пре свега треба тражи и у његовом положају приликом закључења уговора о испоруци. Закључењем уговора о испоруци давалац лизинга формално-правно стиче својинско право над лизинг опремом, с тим да је његова улога приликом закључења уговора претежно пасивног карактера. Пасивна улога даваоца лизинга је у томе, да се он по правилу појављује у улози финансијера посла који исплаћује купопродајну цену, а добит остварује кроз лизинг накнаде које му плаћа прималац лизинга. У тим и таквим околностима бићемо слободног мишљења и истаћи да давалац лизинга закључује уговор о испоруци у корист примаоца лизинга, тј. у корист трећег.

Поред тога што на основу уговора о испоруци постаје власник лизинг опреме, наведена клаузула даваоцу лизинга првенствено служи као средство обезбеђења извршења обавезе примаоца лизинга да му редовно и у договореним временским интервалима исплаћује лизинг накнаду.

На основу изложеног где је улога даваоца лизинга пре свега пасивног карактера, сматрамо да је уношење клаузуле о искључењу одговорности за уредност испоруке у потуности оправдана, а из разлога јер је прималац лизинга тај који је заинтересован да лизинг опрему економски искоришћава и остварује добит.

Уговарањем наведене клаузуле, прималац лизинга аутоматски се ставља у неповољан положај, тј. налази се у ситуацији да давалац лизинга који је власник лизинг опреме не одговара му за уредну испоруку коју треба да изврши испоручилац опреме, а такође не одговори му ни испоручилац с којим није у уговорном односу. У таквим околностима поставља се питање ко је одговоран примаоцу лизинга за уредну испоруку лизинг опреме.

Пословна пракса изнашла је решење овог проблема, тј. створила је одређени баланс, предвиђајући заштитну меру за примаоца лизинга и то у виду уговорања клаузуле о цесији потраживања из уговора о испоруци или клаузуле о могућој цесији потраживања а на захтев примаоца лизинга.⁸ На основу клаузуле о цесији прималац лизинга ступа у права која давалац лизинга има према испоручиоцу у вези неизвршења или неуредне испоруке, тј. он има право да директно испоручиоцу поставља све захтеве у вези са неиспоруком или неуредном испоруком лизинг опреме.⁹

Уговарање клаузуле о цесији потраживања представља компензацију за неодговорност даваоца лизинга за уредну испоруку опреме коју има према примаоцу лизинга.

Предвиђањем клаузуле о цесији потраживања испоручилац лизинг опреме директно је одговоран примаоцу лизинга иако с њим није у уговорном односу.

Питање око којег постоје различита гледишта је да ли прималац лизинга стиче право на раскид уговора о испоруци на основу клаузуле о цесији. Право примаоца лизинга на раскид уговора о испоруци је општеприхваћено, па се тако ово право примаоца лизинга или посебно предвиђа у формулару уговора или се подразумева. Поред опште сагласности да прималац лизинга има право на раскид уговора о испоруци услед незвршења испоруке и мањкавости испоруке, дилему представља да ли прималац лизинга и „даље“ има обавезе према даваоцу лизинга на основу уговора о лизингу услед раскида уговора о испоруци. На основу пресуде Савезног суда СР Немачке, суд заузима став да прималац лизинга има право на раскид уговора о испоруци на основу клаузуле о цесији, уз истовремено ослобађање обавезе плаћања лизинг накнаде.¹⁰ Иако је решење предвиђено пресудом у складу са правилима облигационог права, а са становишта примаоца лизинга је оправдана (у том случају извршење уговора о лизингу постаје беспредметно), са аспекта пословне праксе она нема оправдања. Пословна пракса стоји на становишту, а то је предвиђено како у општим условима пословања тако и у формуларним уговорима даваоца лизинга, да у случају раскида уговора о испоруци прималац лизинга и даље је у обавези, тј. уговор о лизингу остаје на снази. Иако је овакво решење по-словне праксе за разлику од судске праксе неправично према примаоцу лизинга оно се не може посматрати изоловано, већ га треба довести у контекст ризика скопчаних са пословањем примаоца лизинга.

2.2. Клаузуле којима се искључује одговорност даваоца лизинга за физичке мане лизинг опреме

Клаузула о искључењу одговорности даваоца лизинга за физичке мане лизинг опреме стандардна је клаузула индиректног уговора о финансијском лизингу.¹¹ Предвиђањем наведене клаузуле у уговор о финансијском лизингу давалац лизинга ослобађа се од одговорности за физичке мане лизинг опреме која је предмет уговора о испоруци. У околностима када се давалац лизинга појављује само као финансијер посла, тј. основна улога је да исплати купопродајну цену опреме која је предмет уговора о

Пресуда Савезног суда СР Немачке VII ZR 124/75, од 23. 02. 1977 год., објављена у оригиналу у збирци “*Entscheidungen des Bundesherichtshofes in Zivilsachen*“ бр. 66. 1977, превод објављен у *Информатору*, 1978, бр. 2501, 1-5.

Ова клаузула предвиђа се како општим условима пословања тако и формуларним уговорима даваоца лизинга. Наведена клаузула у уговор о финансијском лизингу уноси се самостално или се у уговор уноси заједно са клаузулом о искључењу одговорности даваоца лизинга за неизвршење или закашњење испоруке опреме.

испоруци, а и на основу свих оних разлога и његове улоге које смо детаљно изложили приликом излагања код клаузуле о искључењу одговорности за неизвршење испоруке или закашњење у испоруци опреме, сасвим је разумљиво и оправдано уговарање ове клаузуле.

Предвиђање наведе клаузуле у потпуности је оправдано јер давалац лизинга веома често и не види предмет уговора о испоруци, већ на основу утврђене спецификације уручене му од стране примаоца набавља лизинг опрему. Оправданост уговарања наведене клаузуле је у томе што прималац лизинга у „претходном контакту“ са испоручиоцем утврђује да ли на опреми има или нема видљивих и скривених физичких дефеката.

Значајно је напоменути да се уговарањем наведене клаузуле давалац лизинга ослобађа само од одговорности за материјалне (физичке) не-достатке¹² које има лизинг опрема, док не може уговорно ограничити и искључити своју одговорност за правне недостатке над лизинг опремом.¹³ Уговорно искључење или ограничење одговорности институт је уго-ворног права па самим тим његово предвиђање у класичним уговорима не представља неку посебну специфичност. Иако се наведена клаузула често употребљава како у класичним уговорима тако и у уговору о финансијском лизингу, а самим тим и општеприхваћена је и од стране пословне праксе без обзира ком правном систему припада, поставља се следеће питање који је то „степен кривице који се сматра дозвољеним и оправданим да би се могла уговорити наведена клаузула“. Најчешће и најраспрострањеније законско решење које се предвиђа, је да ће се клаузула уговорити само под условом да није резултат намере (*dolus*) или грубе непажње (*culpa lata*),¹⁴ тј. допушта се искључење одговорности даваоца само у случају обичне непажње (*culpa levis*).

Поред испуњења законског услова за уговарање наведене клаузуле неопходно је испунити још један услов, а он је имплициран економском снагом и положајем коју давалац лизинга има на тржишту роба и капи-тала, тј. њено уговарање не сме да представља резултат наметања воље економски јаче стране или постојања монополског положаја који давалац лизинга има на тржишту.

Чл. 121. З.О.О., чл. 16., Закона о финансијском лизингу “Службени гласник Р. Србије” бр. 55/03, 61/05, 31/11 и 99/11-др. закони.

Чл. 21. Закона о финансијском лизингу “Службени гласник Р. Србије” бр. 55/03, 61/05, 31/11 и 99/11-др. закони; чл. 8. ст.4., Конвенције о међународном финансијском ли-зингу.

Чл. 265. З.О.О., чл. 100.; Швајцарског закона о облигацијама; чл. 1259. Италијанског Codice civile.

Предвиђањем наведене клаузуле у уговор о финансијском лизингу прималац лизинга се налази у непримереном положају, јер с једне стране, давалац лизинга ослобађа се одговорности за физичке недостатке лизинг опреме, а с друге стране ни испоручилац опреме не може му одговорати јер с њим није у уговорном односу. Пословна пракса решавајући положај примаоца лизинга применила је исто решење као и у случају уговарања клаузуле о искључењу одговорности даваоца лизинга за неизвршење испоруке или закашњење у испоруци опреме, тј. предвиђа се институт цесије потраживања (клаузула). Предвиђањем клаузуле о цесији у уговор, прималац лизинга ставља се у правни положај купца из уговора о испоруци, стичући право да захтева од испоручиоца лизинга да отклони све физичке недостатке на лизинг опреме, с тим да има и право да оствари сва права која проистичу из произвођачке гаранције.

У погледу одговорности даваоца лизинга за физичке мане лизинг опреме неопходно је обратити и пажњу и на одредбе садржане у Конвенцији, према којој „...изузев ако није нешто друго предвиђено овом конвенцијом или лизинг уговором, давалац неће бити одговоран примаоцу лизинга за опрему, изузев, ако ако је прималац лизинга претрпео штету ослањајући се на знање и суд даваоца лизинга или ако је давалац лизинга имао учешћа у избору испоручиоца или спецификацији опреме“.¹⁵ На основу ове одредбе да се видети да конвенција као основно правило садржи одредбу о искључењу одговорности даваоца лизинга за физичке мане лизинг опреме која је у складу са правилима пословне праксе. Ипак, одредба је диспозитивног карактера предвиђајући да ће давалац лизинга бити одговоран ако је ово питање решено на другачији начин било конвенцијом или ли-зинг уговором, или пак ако је давалац учествовао у избору испоручиоца или састављању спецификације лизинг опреме. Ограничење искључења одговорности даваоца лизинга предвиђено овом одредбом најчешће у пословној пракси неће доћи до изражаја јер се конвенцијом предвиђа “да прималац лизинга даје спецификацију опреме и бира испоручиоца не ослањајући се превасходно на знање и суд даваоца лизинга“.¹⁶

2.3. Клаузуле по којима све ризике у вези са опремом преузима прималац лизинга

Предвиђањем клаузуле о преносу својинских ризика давалац лизинга се у потпуности ослобађа власничких ризика и преноси их на примаоца лизинга. Иако је давалац лизинга формално правно власник лизинг оп-

В.-чл. 8. ст. 1(а), Конвенције о међународном финансијском лизингу.

В.-чл. 1. ст. 2(а), Ibid.

реме за сво време трајања уговора о финансијском лизингу, право својине служи му само као средство обезбеђења да ће прималац лизинга уредно извршавати обавезу исплате уговорене лизинг накнаде.

Разлог пребацивања власничких ризика треба тражити у пасивном положају даваоца лизинга, тј. он нема интереса да опрему економски искоришћава, па самим тим и не жели да га оптерећују власнички ризици, односно власнички ризици треба да оптерећују оног ко опрему економски искоришћава – прималац лизинга, тј. на основу овако прихваћеног става долази до раздвајања права својине даваоца и права употребе примаоца лизинга.¹⁷

Уношењем наведене клаузуле примаоца лизинга оптерећују сви власнички ризици, а међу најзначајнијим су и ризици случајне пропасти или оштећења предмета лизинга.¹⁸ Поред ова два најзначајнија власничка ризика у вези са лизинг опремом, примаоца лизинга оптерећује и ризик превремене застарелости лизинг опреме (посебно опрема која техничко–технолошки брзо застарева). Примаоца лизинга власнички ризици,¹⁹ почињу оптерећивати у тренутку преузимања предмета лизинга.

У тесној вези са преношењем ризика је и питање сношења трошкова који прате реализацију уговора о финансијском лизингу. Прималац лизинга у обавези је да сноси све трошкове који настају у вези одржавањем функционалности и употребљивости лизинг опреме. Прималац лизинга такође у обавези је да поред сношења трошкова одржавања лизинг опреме, сноси и трошкове осигурања лизинг опреме.

Као знатно поставља се питање правних последица преласка ризика и трошкова са даваоца на примаоца лизинга у случају уништења, оштећења и застаревања лизинг објекта – опреме, тј. да ли у том тренутку престају обавезе примаоца према даваоцу лизинга. У случају наступања потпуног уништења, делимичног оштећења или застаревања лизинг објекта – опреме, обавезе примаоца према даваоцу лизинга неће престати, а из разлога што се уговором о финансијском лизингу предвиђа „*Hell or high water clause*“ на основу које прималац лизинга и даље има обавезе из уговора о лизингу према давацу лизинга без обзира на судбину лизинг објекта.²⁰

Питање преласка ризика регулисано је и код уговора о купопродаји са задржавањем права својине, Видети – чл. 541., З.О.О.

Чл. 32. ст. 1. Закона о финансијском лизингу “Службени гласник Р.Србије” бр.55/03, 61/05, 31/11 и 99/11-др. закони.

Чл. 32. ст. 2. Закона о финансијском лизингу “Службени гласник Р.Србије” бр.55/03,

61/05, 31/11 и 99/11-др. закони

Analysis of equipment leasing, Unated Nations, New York, 1984, 20.

2.4. Казнене клаузуле

Карактеристика казних клаузуле је у томе да у случају закашњења исплате уговорене рате лизинг накнаде од стране примаоца лизинга дос-певају све будуће рате лизинг накнаде, а давалац лизинга има право на раскид уговор о финансијском лизингу и одузимања лизинг опреме. Каз-нене клаузуле сврху постојања оправдавају тиме да служе као средство обезбеђења уредног извршења преузетих уговорених обавеза.

Казненом клаузулом остварује се психолошки ефекат на примаоца лизинга да увек мора водити рачуна о редовном плаћању рате лизинг накнаде, с тим да у случају закашњења долази до раскида уговора на његову штету. Поред тога што предвиђање казних клаузула ствара одређени ефекат на примаоца, оне имају за циљ да у случају раскида уговора о лизингу настаје правна ситуација за даваоца лизинга као да је уговор о финансијском лизингу у целости реализован од стране примаоца лизинга.

Често, а зависно и од саме садржине казних клаузула различито се тумачи термин закашњење исплате рате лизинг накнаде. Под закашњењем исплате рате лизинг накнаде сматрамо свако одступање од прецизног уговореног времена исплате лизинг рате. Уколико се доведе у питање плаћање лизинг накнаде, казнене клаузуле овлашћују даваоца лизинга да уговор раскине без отказног рока уз истовремено одузимање лизинг опреме, тј. у том случају све будуће рате лизинг накнаде сматрају се доспелим.

Предвиђањем казних клаузула и овлашћењима која су дата даваоцу лизинга, прималац лизинга налази се у непримереном положају из разлога да у тренутку раскида уговора све будуће рате лизинг накнаде доспевају у целости – одједном. Наступањем такве ситуације и могућност оштећења примаоца, пословна пракса предвидела је могућност да се примаоцу морају урачунати одређени износи, тј. накнада коју он плаћа мора се умањити за вредност уновчења објекта уговора у време враћања даваоцу, умањену за преосталу вредност по истеку уговора.²¹ Развијена пословна пракса познаје и могућност да се уговорне стране споразумно договоре да ли ће уместо плаћања укупног износа свих будућих недоспелих рата лизинг накнаде, предвидети да прималац даваоцу лизинга: 1) плати накнаду штете и то стварну штету и изгубљену добит (профит) или 2) може се предвидети кумалативно плаћање будућих износа рате лизинг накнаде и накнада штете. (формулара француске фирме *Locafrans*).²² Предвиђањем оваког

С. Марушић, „Уговор о лизингу у иноземном, међународном и нашем трговачком (привредном) праву“, *Посебни отисак из листа Информатор бр. 3654*, Загреб, 1989, 17.

С. Марушић, *нав. дело*, 17.

решења од стране пословне праксе успоставља се економска равнотежа између даваоца и примаоца (истовремено се пружа одређена заштита и повољнија позиција примаоца лизинга у случају раскида уговора).

Поред тога што су казнене клаузуле општеприхваћене од стране пословне праксе без обзира да ли припадају *civil law* или *common law* правном систему, судска пракса није уједначена у погледу оправданости уношења казних клаузула у уговор о финансијском лизингу. Судска пракса различита је од земље до земље, па се иде за тим да је у појединим земљама она либералнија и дозвољава уношење казних клаузула, док

другим земљама заузима став потпуне забране уношења ових клаузула у уговор о финансијском лизингу. Разлике које постоје у погледу дозвољавања односно потпуне забране уношења казних клаузула пре свега потичу од тога какав став поједини судови имају према лизинг пословима.

Либералан став према уношењу и пуноважности казних клаузула било да се ради о *hire – purchase* (закуп куповина) и *bailment* (закуп) уговору или о лизингу као *true lease* (обичан закуп) и *security interest* (осигураној трансакцији) имају судови који припадају *common law* правном систему

Судови Велике Британије не стављају никакве примедбе на уношење казних клаузула у *hire-purchase* уговоре, тј. они допуштају уношење клаузула по којима доспевају и постају утуживе будуће рате и накнаде случају закашњења примаоца лизинга са плаћањем²³. Оправдање за допуштено уношење казних клаузула у уговор о финансијском лизингу судови правдају одговорношћу примаоца лизинга за битну повреду уговора (*breach of contract*).²⁴

Сједињеним Америчким Државама судови у сваком конкретном случају одлучују да ли су казнене клаузуле дозвољене или не у уговору, а такође значајан утицај на формирање ставова према казним клаузулама зависи и од тога да ли се лизинг третира као *true lease* (закуп) или *security interest* (осигурана трансакција). У случају третирања лизинга као *true lease* закуподавац има поред права одузимања предмета уговора и право да захтева накнаду штете која се утврђује као разлика између укупног износа неплаћених рата закупнине и вредности објекта закупа у тренутку престанка уговора. Када се лизинг третира као *security interest* клаузулама се може предвидети да давалац лизинга има право на одузимање лизинг опреме и право на накнаду штете, с тим да уколико прималац не надокнади причињену штету давалац има право слободног располагања предметом

С. Марушић, *нав. дело*, 18.

Више о анализи оправдања уношења казних клаузула, видети М. Т. Clark, „*Leasing*“, London, 1977, 93.

лизинг уговора. У случају да суд у конкретном случају утврди да су по-следице које настају реализацијом унетих казнених клаузула претешке за примаоца и ако су у неразумном односу према претрпљеној штети даваоца лизинга, такве клаузуле се имају сматрати ништавим.

За разлику од земаља које припадају *common law* правном систему где се са благонаклоношћу гледа на уговарње казнених клаузула, право европских земаља и судска пракса не гледају благонаклоно на казнене клаузуле, с тим да се ситуација разликује од земље до земље.

Немачкој у којој не постоји посебан закон о лизингу, а лизинг се третира као закуп, уношење казнених клаузула у уговор судови сматрају ништавим. Оваквом ставу немачких судова допринело је и доношење Закона општим условим пословања из 1976-е. год, који експлицитно говори о општим условима закупа.²⁵ Ставови о ништавости казнених клаузула унетих у уговор о лизингу проистичу из тога што се у немачком правном систему уговор о лизингу сматра као један од специфичних облика уговора о закупу.

Француској ставови судске праксе доста су либералнији у погледу уношења казнених клаузула, све до тренутка доношења Закона о зашти-ти потрошача из 1978-е. год. који је судовима дао значајна овлашћења да казнене клаузуле ако је то у интересу потрошача прогласе ништавим.

Као значајан пример европске судске праксе где је дозвољено угова-рање казнених клаузула наводи се пресуда Трговачког суда у Цириху од 1. VI 1977-е. год.,²⁶ којом је констатовано да су клаузуле о пребацивању ризика и ослобођења од одговорности дозвољене.

Што се тиче наше земље доношењем Закона о финансијском лизингу предвиђено је право даваоца лизинга да раскине уговор због неплаћања лизинг накнаде²⁷. Иако је законом дозвољена могућност даваоца лизинга да раскине уговор због неплаћања уговорене накнаде судска пракса је веома сиромашна, тј. веома ретко су покретани судски поступци за раскид уговора због неплаћања лизинг накнаде.²⁸ Ипак, и у таквим околностима

И. Зиндовић, „Правно регулисање уговора о лизингу“, *Правни живот*, бр. 7-8, 1993, 739.

Спор у коме је тужилац – корисник захтевао да се пониште клаузуле о пребацивању ризика и трошкова и клаузуле о ослобођењу од одговорности даваоца – туженог, иако је претходно у тренутку потписивања уговора пристао на њих, суд заузима став да се ради пре свега ради о савременом уговору пословне праксе и претходно кон-султујући опште услове пословања даваоца, доноси одлуку да су специфичне клау-зуле предвиђене лизинг уговором дозвољене. Пресуда је објављена у *Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurich, 1977, 320-327.*

Чл. 28., Закон о финансијском лизингу “Службени гласник Р. Србије” бр. 55/03., 61/05. Уговор о закупу возила (са елементима лизинга) није испуњен исплатом закупне цене око 1/3, дакле не у претежном делу, па су испуњени услови за његов раскид, сагласно члану 124. З.О.О. – Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 781/97 од 18.3.1998. год.;

пресуда Врховног суда Србије на основу које „... када тужени није извршио своју обавезу из уговора о лизингу да плати доспеле рате за преузета теретна возила, што је уговором предвиђено као разлог за раскид, тада су испуњени услови за раскид уговора о лизингу због неиспуњења“²⁹ представља основ за предвиђање и пуноважност казних клаузула у формуларима уговора о лизингу.

Strahinja Miljković, LL.M
Assistant

SPECIFIC CLAUSES FINANCIAL LEASING AGREEMENTS

Summary

Financial leasing, as specific investment method in modern market conditions, is an attractive method of financing capital investment. Significant is also suitable for small, medium and new companies that do not have sufficient financial resources enabling them to easily and efficiently come into possession of the necessary equipment investment. The significance of this work is the need to point out the specific responsibilities of the lessor in the indirect financial leasing predicting certain specific clauses.

Поред уговорне клаузуле о опцији купопродаје, која подразумева потпуно извршење обавеза корисника лизинга, када је договорена и казна клаузула, за случај дошће корисника са плаћањем макар једне рате, давалац лизинга стиче право на раскид уговора и повраћај предмета лизинга у случају испуњења услова из казнене клаузуле – Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 116/97 од 15. 4. 1997. 29 Прев. 227/94., Београд, 2000, 788.

ПАТЕНТИ И МАТИЧНЕ ЋЕЛИЈЕ

Апстракт: Огроман терапеутски потенцијал матичних ћелија изазива последњих неколико година велико интересовање. Циљ истраживања је да се произведу терапије за лечење до сада неизлечивих болести, па је због тога непходно размотри-ти и питање регулесања коришћења матичних ћелија и њихову комерцијалну производњу. Дакле, приликом разматрања питања патентне заштите матичних ћелија, треба поћи од комерцијалних интереса, који свакако имају кључну улогу у развоју и ширењу терапија и третмана. Земље попут САД, Аустралије али и Европе, ослањају се на патентну заштиту када улажу у науку. Међутим, сви реле-вантни прописи који су донети на тлу Европе, дозвољавају земљама чланицама да искључе из патентбилности проналаске у циљу заштите јавног поретка или морала. Дакле, за разлику од САД, ЕУ, тачније Европски суд правде је ставио мо-раторијум на издавање патената који се односе на матичне ћелије. Истраживања матичних ћелија нису укунута забраном патентирања на основу одлуке Европског суда правде, али су свакако успорена. Међутим, односна истраживања заслужују да буду заштићена, с обзиром на очекиване резултате. Нови резултати истра-живања матичних ћелија, који омогућују стварање плурипотентних матичних ћелија без претходног уништавања ембриона, убрзаће промену негативног става законодавства ЕУ у погледу забране патентирања матичних ћелија.

Патентно право мора да се прилагођава брзим променама које настају у биотехнолошкој индустрији, и у том смислу је неопходна заштита матичних ћелија и на европском тлу, по угледу на САД.

Кључне речи: патент, биотехнолошки проналасци, матичне ћелије, Европски суд правде.

Патент је реч која потиче од латинске речи *patere*, што значи отворен. У средњем веку, отвореним писмом владалац би обично признавао одређе-ном лицу привилегију, додељивао титулу, поклањао или уступао земљу. У тој форми признаване су појединцима и привилегије за проналаске или корисне вештине.¹ Овлашћења која су признавана проналазачима еволу-ирала су од привилегија, које су зависиле искључиво од воље владара у универзално прихваћен облик заштите проналаска патентом. Патентом се може заштитити проналазак који испуњава законом прописане услове. Проналазак је ново решење техничког проблема које, у односу на друга решења има највиши степен инвентивности и новости, а које се може

1 С. Марковић, *Патентно право*, Београд, 1997, стр. 1.

применити у некој привредној делатности. Патент је право које овлашћује свог носиоца да искључиво привредно искоришћава патентирани прона-лазак, под којим се подразумева израда производа на основу проналаска као и стављање таквих производа у промет².

Традиција заштите индустријске својине у Србији је веома дуга, јер је Краљевина Србија била једна од 11 државакоје су потписале Париску конвенцију о заштити индустријске својине 1883. године и основале Па-риску унију. Дакле, од доношења првих прописа у овој области, Србија је настојала да усклађује своја патентна правила са европским правилима. Тако је и актуелни Закон о патентима³ (у даљем тексту ЗОП) усклађен са свим релевантним прописима донетим како у овире Светске организације за интелектуалну својину, тако и на нивоу ЕУ.

Основни задатак Светске организације за интелектуалну својину (у даљем тексту WIPO) која је од 1974. године стекла статус специјализоване агенције Уједињених нација за интелектуалну својину, јесте унапређење заштите интелектуалне својине, као и припремање и закључивање нових мултилатералних уговора из ове области⁴. Најзначајније конвенције које регулишу област патентног права а донете су под окриљем WIPO су Уговор о сарадњи у области патената од 1973. године, Стразбуршки аранжман о међународној класификацији патената од 1971. године, Будипештански споразум о депоновању организама ради поступка патентирања од 1971. године, Конвенција о европском патенту од 1973. и коначно, 2000. године, ступио је на снагу Споразум о патентном праву.

Процес усклађивања патентних правила у оквиру WIPO синхронизиран је са процесом хармонизације и унификације прописа у оквиру ЕУ. Унификација се постиже у оним областима у којима су национална законодавства спремна да се у потпуности одрекну својих прописа, док је хармонизација преузимање оних института који отклањају битне разлике између националних правних прописа. Хармонизација националних прописа са правилима ЕУ у области патентног права, резултат је извршења обавеза које је наша земља преузела потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању, на основу кога је постала држава придружена ЕУ, са јасном перспективом чланства у ЕУ.

Развојем правних правила у овој области, проширивао се и обим предмета проналазака. Наиме, усавршавањем технологије, објекти на које се примењују патенти знатно су разноврснији, што је одраз текућих

П. Тијанић, „Усклађеност судске заштите интелектуалне својине са правом ЕУ“, *Правни живот* 11/2005, стр.1015.

„Сл. гласник РС“, бр.99/11.

В. Бесаровић, *Интелектуална својина*, Београд, 2005, стр. 215.

технолошких иновација. Дошло је до пораста броја технолошких иновација у свим секторима глобалне економије, а посебно у областима као што су дигитална технологија, геномика и биотехнологија⁵

1. Биотехнологија и патенти

Појам биотехнологија се односи на широко подручје употребе живих организама, почев од микроорганизама коришћених при ферментацији пива, до софистицираних метода генске терапије. У најширем смислу, биотехнологија означава многе процесе примењене биологије. Међутим, под биотехнологијом у ужем смислу, подразумева се примена организама биолошких система и биопроееса у индустријској производњи.⁶

Нова ера патентног система и биотехнологије започела је 1980. године, када је Врховни суд САД у спору *Diamond* против *Chacrabarty*, одлучио да бактерија која је генетичким инжењерингом подешена за разграђивање нафте, постане патентбилна.⁷ Од тада се списак предмета који се могу заштитити патентом стално проширивао, па је данас биолошки материјал изолован из људског тела у смислу патентне заштите у потпуности изједначен са материјалом или супстанцом која је изолована из неке друге природне средине, уз услов да је одређена њихова намена.⁸

Еволуција и трансформација истраживања у области биотехнологије одражава се и на патентна правила. После патентирања гена, биотехнолошке компаније све више иницирају прописивање и патентне заштите матичних ћелија. Биотехнолошке фирме су најватренији браниоци патентног система заштите, јер он обезбеђује финансирање биотехнолошких истраживања. У области патентног права мало је питања тако сложених и контроверзних, као што је питање заштите биотехнолошких проналазака уопште, и посебно питање заштите матичних ћелија.

1.1. Матичне ћелије и патенти

Матичне ћелије или „плурипотентне ћелије,“ су по први пут изоловане из људског ембриона у стадијуму бластоциста на Универзитету Wisconsin, од стране истраживача САД. У новембру исте године (1998.) први пут је

К. Идрис, *Интелектуална својина, моћно средство економског раста*, Београд, 2003, стр.89.

В. Спасић, „Патентирање производа биотехнологије“, *Зборник Правног факултета*, Ниш, 2006, стр.77.

К. Идрис, стр.97.

Ј.Шарац, „Специфичности заштите права интелектуалне својине у области биотехнологије“, *Singipedia- Научни портал*, www.singipedia.com/attachment.php?attachmentid=221&d,12.maj.2011.

клонирани људски ембрион у америчкој истраживачкој институцији АСТ (Advanced Cell Technology). У фази бластоциста ембрион је заустављен у развоју да би се из њега добиле матичне ћелије и развиле ћелијске линије, попут нервних ћелија, ћелија коштане сржи, мишићних или крвних ћелија.

За научнике је најбитније да оне могу да расту и да се диференцирају у било коју врсту ћелија у људском телу. И управо те карактеристике обезбеђују огроман потенцијал за проучавање и лечење озбиљних болести попут Алцхајмерове или Паркинсонове болести, као и дијабетеса.

Матичне ћелије се деле на ембионалне матичне ћелије са једне и „одрасле“ матичне ћелије са друге стране. Одрасле ћелије могу бити из крви пупчаника и из коштане сржи, док у ембрионалне матичне ћелије спада абортирано, фетално ткиво и људски ембриони створени техником *in vitro* фертилизације.

Матичне ћелије су плурипотентне, јер се из њих може развити око 200 типова различитих ћелија. Плурипотентност је једна од највреднијих особина матичних ћелија која им омогућаје да за разлику од других људских ћелија, као што су срчане или ћелије коже, које су се „обавезале“ да спроводе одређену функцију, матичне ћелије остају неутралне, док не добију сигнал да се претворе у специјалну врсту ћелија.⁹

Њих карактерише и бесмртност, тј. способност да се репродукују без временског ограничења, док остале ћелије то могу само извесно време. Реверзибилност је њихова следећа карактеристика, која подразумева њихову способност да буду враћене у првобитну - ембрионалну форму¹⁰.

Могућности ових ћелија су практично неограничене, јер оне могу да подстакну обнову органа или обнављање оштећеног имуног система. Али, треба нагласити да су истраживања матичних ћелија још увек у повоју и да научници настоје да боље разумеју улогу ових ћелија у нормалном људском развоју и развоју болести. Због тога су потребна даља истраживања која ће бити успорена, ако не и потпуно заустављена у Европи, након што је Европски суд правде, одлучујући о предмету *O.Brustle vs. Greenpeace* Ц-34/10, донео пресуду о забрани патентирања матичних ћелија 2011/Ц 362/07, јер је њихов настанак условљен уништавањем ембриона, што представља комерцијално искоришћавање истих у смислу Директиве ЕУ о правној заштити биотехнолошких проналазака 98/44 (у даљем тексту Директива).

Циљ пресуде Европског суда правде био је да спречи комерцијалну експлоатацију открића која укључују уништавање ембриона. Пресуда је образложена поштовањем људског достојанства. Већина европских

S. Kincid, "The implications of current patent law on embryonic stem cell research", *Pepperdine Law Review*, Vol.30, 2011, str. 566.

З.Кандић-Поповић, „Право и ембрионална стем ћелијска истраживања“, *Правни живот* 9/2003, 290.

закона поседује тзв. „моралну“ клаузулу, која омогућава надлежном органу да одбије патент на моралним основама¹¹. Ипак, суштинско питање је да ли ембрион има морални статус.

1.2. Oliver Bruestle vs Greenpeace

Како је све почело? Немачки професор Оливер Бруестле (*Oliver Bruestle*) поднео је патентну пријаву која се односи на стварање нервних ћелија из људских ембрионалних матичних ћелија. Нарочито је истакао значај овог открића за пацијенте са Паркинсоновом болешћу. Патент је одобрен у Немачкој 1999. године од стране националног Завода за патенте, али је Гринпис (*Greenpeace*), организација за заштиту животне средине, поднела тужбу (2004.) за преста-нак важења наведеног патента из разлога повреде морала и јавног поретка. Одлука Немачког Савезног суда (2006.) је била да је патент делимично нева-жећи. Против ове одлуке носилац патента је поднео жалбу, па је Немачки суд подредио спор Европском суду правде, тврдећи да његова одлука зависи од тумачења члана 6. Директиве 98/44. Наведени члан Директиве, чији је задатак да осигура усклађену заштиту проналазака из области биотехнологије на тлу Европе, наводи посебне случајеве у којима ће бити искључени из патентне заштите проналасци који користе ембрионе у комерцијалне сврхе. Међутим, Директива ни у једној одредби не дефинише појам људског ембриона, као ни шта све подразумева коришћење ембриона у комерцијалне сврхе.

Као резултат тога неке земље су усвојиле прилично либерално тумачење Директиве, па је у Великој Британији одобрено 2009. године око 100 патената који се односе на матичне ћелије, док су се друге земље, попут Немачке определиле за рестриктивније тумачење Директиве.

Међутим, концепт људског ембриона мора бити једнако тумачен у свим земљама чланицама ЕУ, и званичан је став након одлуке Европског суда правде (2011.), да проналасци који се односе на матичне ћелије нису патентбилни ако проистичу из ембриона.

Европски суд правде је одлучио у смислу члана 6 (2) Директиве, да људски ембрион мора бити широко протумачен, као сваки организам који је „способан за почетак развоја људског бића“. Суд је одлучио да се под коришћењем људског ембриона у смислу члана 6. Директиве, подразумева и уништавање ембриона у било којој фази, дакле чак и ако се уништавање догоди много пре примене проналаска¹². Директива у делу који говори о

D.Resnik,“ Embryonic stem cell patents and human dignity“, *Health Care Anal*, Springer ,2007,str.212.

www.ipo.gov.uk/pro-types/pro-patent/p-law/p-pn/p-pn-stem-cells-20120517.htm.- 15.01.2013.

изузетима од патентирања, наводи поступак клонирања људских бића, али се изузимају иновације које имају терапеутски циљ и примењују се на ембриону, па је на тај начин отворена могућност терапеутског клонирања.

Јавни правобранилац Европског суда правде Ив Бот (*Yves Bot*) истакао је да концепт људског ембриона мора бити предмет заједничког разуме-вања у свим земљама чланицама ЕУ. Он сматра да проналасци засновани на ембрионалним матичним ћелијама, нису патентбилни јер потичу из ембриона.¹³

Велики број истакнутих научника, верујући да је оваквом одлуком угрожена будућност истраживања матичних ћелија, објавило је у часопису *Nature* отворено писмо у којем изражавају забринутост због наведене одлуке. Они верују да ће забрана патентирања ембрионалних матичних ћелија блокирати даљи развој терапија и угрозити године истраживања.

Преко 500 научника је потписало ово писмо. Удружења пацијената у Великој Британији такође су јавно изразила забринутост због наведене патентне забране.¹⁴

Одлука Европског суда правде утицала је на доношење одлука и у органа-низацијама као што је Европски завод за патенте, независна међувладина организација која делује на основу Конвенције о европском патенту. И ако није у обавези да то чини, Европски завод за патенте је имплементирао члан 6 . Директиве, у правилу број 28. КЕП а. Тако је Европски завод, при-ликом одлучивања у једном случају истакао да су сви изуми искључени из заштите уколико њихова експлоатација подразумева уништавање ем-бриона. Оваквим поступком Европски завод је избегао несклад у оквиру европског патентног система.¹⁵

1.3. Морални статус матичних ћелија

Разлике између патентног система Европе и САД у погледу заштите матичних ћелија, огледају се у томе што већина патентних закона у Европи познаје „моралну клаузулу“, која омогућава одбијање патента из моралних разлога. Патентирањем матичних ћелијавређа се људско достојанство, јер је за извођење ћелијских линија потребно уништавање ембриона. Матичне ћелије могу бити тотипотентне и оне се могу развити у људско биће, за разлику од плурипотентних матичних ћелија које немају ту способност. Дакле, за разлику од тотипотентних, патентирање плурипотентних матичних

www.eurostemcell C.S. S e Brito, “Stem cell patents, legal aspects“, 18.06.2012.

www.eurostemcell, “Scientist and citizens concerned about stem cell patent case“, 28.06.2011.

A. Agovic, „Stem cell patents on a knife edge“, *Journal of intellectual property law and practice*, 2008, Vol.3, No.11, str.725.

ћелија не вређа људско достојанство. Ипак, оно представља претњу људском достојанству, јер неко може случајно или намерно да у пријави за патент укључи и тотипотентне матичне ћелије.¹⁶

Због тога је потребна евиденција о патентима матичних ћелија, коме се одобрава и у коју сврху.

Питањем моралног статуса ембриона не баве се патентни закони. Ембрион нема карактеристике личности, нема психолошке, емоционалне, нити физичке особине, ипак, ембрион ће постати особа. Има гледишта да ембрион ужива заштиту тек од 14. дана, јер се тек тада развија централни нервни систем. Како се од пацијената којима је мозак проглашен мртвим, могу узети органи који се користе за трансплантацију, тако се могу користити и ембриони до 14. дана развоја. Али, поставља се питање да ли је човек, коме је мозак проглашен мртвим мање човек. Видимо, дакле, да се не могу правити произвољне оцене око статуса ембриона .

У погледу моралног статуса ембриона разликују се и ставови религија, и док католичка и православна вера верују да ембрион има статус човека, јудаизам и ислам сматрају да ембрион нема статус човека до 40. дана од дана настанка.

Матичне ћелије треба разликовати од ембриона. Оне се узимају из ембриона у првом стадијуму развоја, што доводи до уништавања ембриона, па су због тога многе верске организације али и конзервативни политичари, постали велики противници патентирања матичних ћелија. Међутим, матичне ћелије се не сматрају људским органом и ако се могу наћи у људском органу у свакој фази развоја.¹⁷

Такође, треба нагласити да се истраживања углавном предузимају на „прекобројним“ ембрионима створеним техником *in vitro* фертилизације у клиникама за вештачку оплодњу. То онда значи да земље које дозвољавају вештачку оплодњу, а противе се патентирању матичних ћелија, сматрају да је моралније бацити ембрион а не употребити исти у истраживачке сврхе.

Поштовање морала може се обезбедити ограничењима у оквиру патентног права и етичком проценом од стране надлежног органа.

Принцип заштите морала и људског достојанства којим се оправдава забрана патентирања матичних ћелија у ЕУ и скоро у целој Европи је (свесно или несвесно) злоупотребљен, будући да је на тај начин постављена дилема - поштовање морала и људског достојанства или заштита матичних

S.A. Muscati, "Some more human than others assessing the scope of patentability related to human stem cell research", *Patentability of Human Embryonic Stem Cells*, HeinOnline, Winter 2004, str.218.

L.M.Knedlick, "Cloning patents, a patent office and legislative update", *library find law/ com/200/sep/1/231219.htm*, 4.10.2012.

ћелија. Али, таква поставка је погрешна, јер једно не искључује друго. Напротив, резултати који се очекују од истраживања у овој области могу да доведу до излечења најтежих болести и стања. Због тога је неопходно да и континентални правни систем одобри патентну заштиту матичних ћелија по узору на англосаксонски правни систем. Нови резултати истраживања матичних ћелија, који омогућују стварање плурипотентних матичних ћелија без претходног уништавања ембриона, убрзаће промену негативног става законодавства ЕУ у погледу забране патентирања матичних ћелија.

1.4. Патентирање матичних ћелија у САД

За разлику од Европе, која је ставила мораторијум на издавање патената који се односе на матичне ћелије англосаксонски правни систем одобрава патентирање матичних ћелија.

Први патент који се односио на матичне ћелије, одобрен је у САД 1998. године, Џејмсу Томсону (*James Thomson*), професору на Универзитету Висконсин (*Wisconsin*). Амерички Завод за патенте и жигове (*USPTO*) одобрио је три патента, широка по обиму, која су се односила не само на метод за извођење ћелијских линија из ембриона, већ и на матичне ћелије. Овим патентима титулар права је обезбедио искључиво право употребе, увоза и располагања матичним ћелијама. Носилац права је закључио уговоре о лиценци са фирмама *Geron* и *Wicell*, али је Националном институту за здравље и Центру за контролу болести омогућено да користе ембрионалне матичне ћелије у сврху истраживања.¹⁸ Са националним институтом здравља, *WARF* (*Wisconsin Alumni Research*) је закључио Меморандум о разумевању, којим су постављени услови под којима је могуће учинити доступним резултате истраживања.¹⁹ Банка матичних ћелија је основана 2001. године, како би квалификоване матичне ћелије биле на располагању за истраживање.

Питање патентне заштите матичних ћелија зависи од политике. Тако је Џорџ Буш, некадашњи председник САД, дозволио истраживања само на матичним ћелијама које потичу из вишка ембриона са клиника за вештачку оплодњу. Национални институт здравља, поседовао је регистар матичних ћелија које испуњавају услове за коришћење средстава за истраживање (укупно 78 ембрионалних матичних ћелија)²⁰. Као реакција

C.R.Carroll, „Selling the stem cell, the licensing of the stem cell patent and possible antitrust consequences“, *Journal of Law, technology and policy*, 2002, стр.447.

D.Reesnik, „Embryonic stem cell patents and human dignity“, *Health Care Anal*, Springer стр.212.,

S. Kincid, „The implications of current patent law on embryonic stem cell research“, *Pepperdine Law Review*, Vol.30, 2011, стр.567.

на ограничења председника Буша, донет је тзв. Калифорнијски Акт 71, којим је издвојено 3 милијарде долара за финансирање истраживања и оформљен Институт за регенеративну медицину²¹. Актуелни председник САД, Барак Обама, укинуо је одлуку о ограниченом финансирању истраживања. У образложењу одлуке од 2007. године, истакао је, да је избор између науке и моралних вредности лажан, и да те ствари нису у супротности. Национални институт здравља 2009. године, издао је Смернице за истраживања матичних ћелија, које се односе на трошење средстава, на принципе одговорности за истраживања као и друга питања. Међутим, ни у САД није све тако једноставно, јер се лекари и истраживачи боре против претерано широких по обиму патената, као и против високих накнада за лиценцирање.

Питање власништва патената за матичне ћелије је можда једно од најтежих питања, јер ова истраживања укључују вишеструке изворе финансирања истраживања. Истраживања се у великој мери финансирају из јавних извора САД. Јавно финансирање је погодно због веће одговорности и јавног надзора ових истраживања.

Али, ко се сматра титуларом права на патент, када су у истраживања уложена јавна и приватна финансијска средства, када постоји дакле више извора финансирања.

У Калифорнији је овај проблем решен увођењем система награда. Владино тело, може да одреди награду свим компанијама и институцијама које сарађују у стварању нових терапија матичним ћелијама. Награда би морала да буде довољно велика, да би могла да оправда значајна улагања која су потребна за извођење финалне фазе истраживања. Битно је на-гласити да проналазачи и њихове институције, задржавају у том случају своја интелектуална права и да се награда дели на основу истраживачких уговора. Када доделе награду, званичници даље могу да дају дозволе за коришћење проналазака пружаоцима здравствених услуга. Овакав модел финансирања за сада примењује само Калифорнија у САД, а могле би да га користе све индустријски развијене земље које се боре са плаћањем технологија које су потребне становништву, које је болесно и старо²².

Истраживања матичних ћелија нису укунута забраном патентирања на европском тлу али су свакако успорена. Међутим, односна истраживања заслужују да буду заштићена. Етичари и свакако законодавци који имају последњу реч, морају да препознају дугорочне последице својих одлука,

J.W.Fossett, Beyond the law, hanging fruit, stem cell research Policy in Obama Administration, *Yale Journal of health policy, Law and Ethics*, 2009, str. 530.

M.Goozner, Innovation in Biomedicine, Can Stem Cell Research Lead the Way the Affordability, www.plosmedicine.org/static/descriptions, 14.06.2013.

а не да олако забрањују или одобравају патентну заштиту матичних ћелија. Суштина регулисања овог питања је стварање таквог патентно правног окружења у коме ће истраживања матичних ћелија бити реализована у корист целокупне друштвене заједнице.

Патентно право мора да се прилагођава брзим променама које настају у биотехнолошкој индустрији, и у том смислу је неопходна заштита ма-тичних ћелија и на европском тлу.

Ипак ,намеће се питање, где су границе патентирања. Биоетичар Ро-берт Нелсон је рекао: „Једном када почнете да одобравате патенте на живот, зар томе има краја?“

Gordana Damjanović
Assistant

PATENTS AND STEM CELLS

Summary

Enormous therapeutic potential of stem cells is of great interest the last few years. The aim of research is to produce therapies for the treatment of so far incurable diseases, therefore it is necessary to consider the issue of regulating the stem cell use and its commercial production .Therefore, while considering the issue of stem cell patent protection, we should start from commercial interests, which certainly play a key role in the development and dissemination of therapies and treatments. Countries like the U.S., Australia and Europe as well, when investing in science relies on patent protection. However, all relevant regulations adopted on European soil, allows to Member States to exclude from patentability the inventions in order to protect public order or morality. Thus, unlike the U.S., the EU, namely the European Court of Justice, puts a moratorium on the issuance of patents relating to stem cells. Stem cell research has not been canceled by the decision of European Court of Justice on patenting ban, but it is certainly slowed. However, this research deserves to be protected, considering the expected results. New results of stem cell research, which enables the creation of pluripotent stem cells without destroying embryos, will accelerate the change of EU legislation negative attitude regarding the prohibition of stem cell patenting. Patent law has to adapt to the rapid changes occurring in the biotechnological industry, and in this sense the protection of stem cells is necessary in Europe, modeled on the United States.

КАТЕДРА ЗА
КРИВИЧНО ПРАВНЕ НАУКЕ

Проф. др Петар Станојевић

НЕДОЗОВЉЕНИ ПРЕКИД ТРУДНОЋЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У раду разматрамо друштвену реакцију на побачај у српском законо-давству. Бавимо се анализом кривичноправних решења садржаних у појединим правним споменицима и анализирамо актуелно законско решење побачаја садржано у *Кривичном законнику Републике Србије*.

Кључне речи: побачај, кривичноправна заштита, обележја бића кривичног.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Историјски посматрано друштвена реакција на прекид трудноће кроз векове се мењала. У том смислу, српско законодавство није никакав изузетак. Начин регулисања побачаја у српском праву кретао се од изузетно репресивног реаговања, до изразито либералног решавања овог сложеног проблема. Право жене на вољни побачај у Србији је подигнуто на ранг уставног начела, које сваком појединцу омогућава да слободно одлучи о рађању деце. Република Србија подстиче родитеље да се одлуче на рађање деце и помаже им у томе, али им исто тако, и не ограничава њихово право на вољни побачај.¹ *Кривичним закоником Републике Србије* побачај није кажњив, чак и када није индикован медицинским разлозима, под условом да је поступак прекида трудноће реализован у складу са одредбама² *Закона о поступку прекида трудноће у здравственој установи*.

ОСВРТ НА ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ИНКРИМИНАЦИЈЕ

Почетак правног нормирања побачаја на нашим просторима везује се за *Казнителни законик за Књажевство Србије* из 1860. године, у коме, у неколико одредаба (у глави XVII., под називом „*О побацивању деце*“) је третиран проблем вољног и невољног побачаја труднице. Наиме, поменути *Казнителни законик* прописивао је кажњавање не само лица која су са знањем и на захтев трудне жене, употребљавала или трудној жени давала неко средство које је код ње изазивало прекид трудноће, већ је

¹Члан 63. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, број 98/06.

²*Службени гласник РС*, број 16/95 и 101/2005.

предвиђао и кажњавање трудне жене, која сама предузме вољни побачај. Казна у оба случаја, и за жену и за друга лица, износила је минимално пет година затвора. Знатно строжије кажњавање *Законик* је предвиђао за лица која су вршила насилне побачаје у виду заната или су то чинила више пута, и то робијом до дванаест година, а ако је побачај извршен без пристанка жене, а којом приликом је као последица насилног побачаја наступила и смрт жене, учинилац је могао бити кажњен робијом и до двадесет година (параграф 168 – 170).³ Занимљиво је да законодавац тог времена, плоду пружао потпуну кривичноправну заштиту и штитио га од сваког побачаја, било вољног, било насилног. Воља мајке није имала првенство пред одржањем живота заметка.⁴ Насупрот претходном ре-шењу, извесну промену концепције према вољном побачају и блажом кажњавању жене над којом је извршен побачај, без њеног пристанка, проналазимо у *Пројекту Казненог законика за Краљевину Србију* из 1910. године.⁵ Доношењем *Кривичног законика за Краљевину Југославију* из 1929. године у домаћем законодавству видљиви су први либералнији облици решавања недозвољеног прекида трудноће. Наиме, у глави XVI., која носи назив „Кривична дела против живота и тела“, у параграфу 171. наводи се да трудна жена која сама свој плод побаци или другом допусти да јој то учини, може бити кажњена затвором до три године, али ако је дело извршено у особито лаким случајевима, суд јој може по слободној оцени ублажити казну, а ванбрачну матер, ако је сама извршила побачај и осло-бодити од сваке казне. У параграфима 172. - 174. прописана је одговорност других лица која учествују у недозвољеном побачају и једна могућност ослобађања учиниоца од одговорности за извршен насилни побачај. Тако, према параграфу 172, свако ко трудној жени на њен захтев или уз њен пристанак изврши побачај, казниће се строгим затвором, с тим, уколико је побачај учинио лекар, апотекар, бабица, или лице које побачај врши за награду, казна је могла бити знатно већа, пет година. Блажом казном могао је бити кажњен лекар или бабица само када су започети побачај доврши-ли, уколико нису недлежној власти у року од три дана пријавили побачај (казна затвора до једне године). *Законик* је предвиђао кажњавање строгим казнама, као и претходни *Казнителни законик за Књажевство Србије* из 1860. Године, када је прекид трудноће извршен без пристанка бремените жене или ако је услед таквог насилног прекида трудноће, жена умрла.

Видети више: Николић, Д.: *Кривични законик Књажевине Србије*, Ниш, 1991, стр. 195 – 282.

Чулиновић, Ф.: *Жена у нашем кривичном праву*, Београд, 1934, стр. 40 и 41.

Пројекат и мотиви казног законика за Краљевину Србију, Београд, 1910, стр. 34 и 35.

У првом случају, учинилац је могао бити кажњен робијом до пет година, односно најмање пет година, у другом случају (параграф 173, алинеја 1. и 2.). У овом *Законику*, законодавац по први пут инкриминише делатност лица која јавно или путем штампе објављују огласе којима прикривено или отворено нуде, јавно излажу или хвале одређена средства или оруђа подесна за вршење побачаја плода (параграф 174), као што и у параграфу 173. алинеји 3., регулише процедуру легалног побачаја индикованог медицинским разлозима, и утврђује услове некажњивог побачаја.⁶ Наиме, према том, законском решењу, неће се казнити лекар који трудној жени уз претходу пријаву власти, а на основу лекарског комисијског мишљења правилно изазове прекидање трудноће или побачај да би спасао живот или отклонио неизбежну опасност по њено здравље, кад то никаквим другим начином није могуће.⁷ Очигледно присутна прогресивност у решавању побачаја, своју пуну реализацију добила је тек доношењем кривичних законика више година касније.

ЗАКОНСКА ФОРМУЛАЦИЈА НЕДОЗОВЉЕНОГ ПРЕКИДА ТРУДНОЋЕ (ЧЛАН 120. КЗ РС)

Кривично дело недозвољеног прекида трудноће је дело против живота и тела. То је дело које је сврстано у главу I. *Кривичног законика Републике Србије*, заједно са кривичним делом убиства, тешким убиством, убиством на мах, убиством детета при порођају, тешком телесном повредом, непружањем помоћи, и другима делима, којима је заједничко то што представљају тешке повреде норми права и садрже висок степен друштвене опасности. Према члану 120. *Кривичног законика*, кривично дело недозвољеног прекида трудноће чини свако ко противно прописима о вршењу прекида трудноће бременитој жени са њеним пристанком изврши побачај, започне да врши побачај или јој помогне да изврши побачај (став 1), или ко се бави вршењем дела из става 1 (став 2). Такође, ово дело чини ко бременитој жени без њеног пристанка или ако је особа млађа од шеснаест година без њеног пристанка и без писане сагласност њеног родитеља, усвојиоца или стараоца изврши или започне да врши побачај (став 3), као и ако је услед вршења дела из става 1. до 3. овог члана наступила смрт, тешко нарушавање здравља или друга тешка телесна повреда жене над којом је вршен прекид трудноће.⁸ Кривично дело има неколико

Видети више: Чулиновић, Ф.: *нав. дело*, стр. 45.

Живановић, Т.: *Кривични законик и поступак Краљевине Југославије*, Београд, 1930, стр. 111 - 113.

Службени гласник РС, број 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 и 111/2009.

облика, један основни и три тежа. Основни облик постоји када се побачај врши уз пристанак бремените жене. Бременита жена свој пристанак мора дати добровољно (без принуде, обмане или других облика злоупотребе), јер би се у супротном радило о тежем облику овог кривичног дела. Добровољност, односно пристанак жене подразумева да је свесна значаја прекида трудноће, и да исти жели. Стога, релевантан је само онај пристанак од стране бремените жене која располаже интелектуалним и волунтаристичким способностима. Пристанак неће бити релевантан уколико је изнуђен употребом силе или претње или довођењем у заблуду бремените жене, као и када га је дала неурачунљива особа или малолетно лице које није навршило шеснаест година живота. Пристанак се може манифестовати преко давања иницијативе саме бремените жене да се над њом изврши побачај или прихватањем предлога другог лица. Исто тако, пристанак бременита жена треба да буде саопштен пре почетка вршења побачаја, и мора бити лично дат.⁹ У кривичноправном смислу побачај представља сваки прекид трудноће, без обзира на старост плода, док у медицинском смислу, то је прекид трудноће у време када плод није способан за ванматерични живот. Превремени прекид трудноће или побачај (абортус) може бити спонтан или насилан. Спонтан побачај настаје као последица различитих органских поремећаја код труднице, док насилни је увек провоциран. Насилни побачај дели се на дозвољен и недозвољен, односно криминални.¹⁰ Услови и поступак вршења дозвољеног побачаја регулисани су *Законом о поступку прекида трудноће у здравственој установи* који дозвољава прекид трудноће бременитој жени све до десете недеље трудноће, без постављања били каквих ограничавајућих услова, уколико трудна жена изрази жељу да абортира и при томе, да свој пристанак (члан 2. и 9). Једини ограничавајући фактор у том случају јесте постојање вероватноће да би услед изазваног прекида трудноће могло доћи до нарушавања здравља бремените жене или би живот те жене због тога био угрожен (члан 3).¹¹ После периода од десет недеља, побачај може бити дозвољен само ако постоје оправдани разлози.¹² У првим фазама трудноће, услови за прекид су најлибералније постављени, а са развитком плода, они се по правилу сужавају.¹³ Тако, разлози за побачај могу бити

Лазаревић, Љ.: *Кривично право Југославије, посебни део*, Београд, 1995, стр. 226.

Aleksić, Ž.; Milovanović, Z.: *Leksikon kriminalistike*, Vrelo, Београд, 1993, стр. 200.

Службени гласник РС, број 16/95 и 101/2005.

Bošković, Milo: *Kriminološki leksikon*, Matica Srpska, Univerzitet u Novom Sadu, 1999, стр. 8.

Поњавић, З.; Варјачић, М.: *Правно-медицински аспекти рада етичког одбора за прекид трудноће*, стр. 21., на: www.doiserbia.nb.rs, доступно 20.10.2013.

следећи: медицински, када постоји опасност по здравље мајке, односно када се на основу медицинске индикације са сигурношћу може тврдити да на други начин није могуће спасити живот или отклонити тешко нарушавање здравља жене, затим, еугенички, када на основу научно-медицинског сазнања може се очекивати да ће се дете родити са тешким телесним или душевним деформацијама, и криминални, када је дете зачето приликом вршења кривичног дела над женом (услед силовања, обљубе над немоћним лицем и др.).¹⁴ Кривичноправно релевантан је само недозвољен прекид трудноће,¹⁵ при томе, није од значаја да ли је побачај извршен на стручан начин или противно правилима струке.¹⁶ Радња извршења кривичног дела може бити свака она која је подобна да доведе до уништење плода. Тако, радња извршења основног облика кривичног дела недозвољеног прекида трудноће која је алтернативно одређена, може се манифестовати у противправном извршењу побачаја или започињању вршења побачаја или помагању бременитој жени да изврши побачај, уз њену сагласност.¹⁷ Побачај је извршен кад је плод у материци жене уништен. Такође, започињање вршења порођаја законодавац је предвидео као радњу извршења, што значи да покушај овог кривичног дела није могућ. Дело ће бити довршено и ако плод није уништен. Под започињањем вршења побачаја подразумева се свака делатност на женином телу ради уништења плода. Помагање бременитој жени сматра се радњом извршења овог дела, с обзиром да самопобацивање није дефинисано као кривично дело, то се ни помагање, по општим правилима о саучесништву, не би могло квалификовати као саучесништво, због чега је законодавац овај облик извршења инкриминисано као самостално кривично дело. Радње помагања могу бити све оне радње којима се умишљајно доприноси бременитој жени да изврши побачај (нпр. стављање на располагање просторије у којој ће бременита жена изврши побачај, давање савета, додавање средстава приликом вршења побачаја и сл.).¹⁸ Средства која се том приликом користе (тзв. *абортитивна средства*) могу бити механичка, хемијска и физичка. Механичка средства с обзиром на начин деловања на плод у материци, могу се поделити на спољна и унутрашња. Нарочито су опасна

Члан 6. Закона о поступку прекида трудноће у здравственој установи, *Службени гласник РС*, број 16/95 и 101/2005.

Стојановић, З.; Перић, О.: *Кривично право, посебни део*, XI издање, Београд, 2006, стр. 41.

Бачић, Ф.; Шепаровић, З.: *Кривично право, посебни дио*, загреб, 1982, стр. 98.

Члан 120. ст. 1. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, број 85/05, 88/05, 107/05, 72/09 и 111/2009.

Лазаревић, Љ.: *нав. дело*, стр. 225.

по здравље труднице и ефикасна у уништењу плода у материци унутрашња механичка средства, јер се увођењем различитих страних предмета или материја у материцу жене провоцирају побачај и оштећују плод. Спољним мехничким средствима делује се на стомак труднице, и то тако што се на различите начине физички оптерећује. Плод може бити уништен и ко-ришћењем ренген апарата, апарата за ултразвук и на други начин (физи-кална средства).¹⁹ Извршилац кривичног дела може бити свако лице, осим бремените жене над којом се врши побачај. То значи, да жена не може одговарати за самопобацивање, нити као саучесник у извршењу крими-налног побачаја. Зашто се законодавац одлучио за овакво решење, кри-миналнополитички је спорно с обзиром да се ради о тешком кривичном делу. Дело има три тежа облика који ће бити остварени уколико буду испуњени одређени закоником прописани услови или наступе теже по-следице. О првом тежем случају радиће се уколико извршилац понавља више пута дело, односно уколико се бави вршењем недозвољених побачаја уз пристанак бремените жене. Бављење подразумева да је учинилац из-вршио више недозвољених побачаја и да има намеру да и даље врши ово кривично дело, с тим, да није од значаја за његову кривичну одговорност, да ли је том приликом остварио и одређену имовинску корист. Затим, о тежем облику овог дела радиће се и када је побачај извршен без пристан-ка бремените жене или без пристанка особе млађе од шеснаест година и писмене сагласности њених родитеља, усвојиоца или стараоца. Када прис-танак није стварно дат за побачај, извршење дела по правилу пратиће примена силе или претње, што не мора бити случај када се ради о лицу старости до шеснаест година. Пристанак може бити дат усмено, писмено или коришћењем знаковног језика, али такав да одражава слободну вољу бремените жене и свест о значају вршења побачаја над њом. У пракси је могуће замислити ситуацију у којој малолетно лица неће пристати на побачај, али ће родитељи дати писмену сагласност за вршење побачаја, у ком случају, иако крими-налнополитички веома спорно, неће се радити о кривичном делу недозвољеног прекида трудноће.²⁰ Умишљај код учини-оца треба обухватити околност да врши побачај над бременитом женом без њене сагласности. И на крају, најтежи облик овог кривичног дела, постојаће када је услед предузимања побачаја са жениним пристанком или без њега, или услед бављења вршењем побачаја, наступила тежа по-следица (смрт, тешка телесна повреда или тешко нарушавање здравља жене) над којом је вршен прекид трудноће. За кривичну одговорност

Воšković, Milo: *нав. дело*, стр. 8.

Стојановић, З.; Перић, О.: *нав. дело*, стр. 43.

извршиоца захтева се кумулативно испуњење два следећа услова: да је наступело тешко нарушавање здравља или тешка телесна повреда која по свом интензитету или обиму превазилази уобичајене повреде које се јављају као последица вршења побачаја,²¹ као и да је тежа последица узрочно повезана са претходно предузетим радњама извршења (ст. 1 – 3) у односу на коју последицу је учинилац поступао из нехата. Када је у питању бављење вршењем недозвољених побачаја, за постојање овог облика до-вољно је да је само код једног дела наступила тежа последица из нехата.²² За постојање дела није од значаја да ли је побачај вршило стручно оспо-собљено или нестучно лице. Извршиоци дела су најчешће лекари и ме-дицинске сестре, несвршени студенти медицине, бабице, надрилекари и лаици. Умишљај код учиниоца треба да садржи свест о забрањености дела и да се предузимају делатности усмерене на прекид трудноће. Објект заштите код овог кривичног дела је живот и тело бремените жене, односно објект радње јесте плод настао природним путем, али и онај који је настао вештачким путем.²³ Кривично дело недозвољеног прекида трудноће мо-гуће је извршити све до момента почетка порођаја. Сматра се да је порођај започео оног момента када су почели порођајни трудови, када је прснуо водењак и када је почела да отиче плодова водица, као и када је хирурш-ким путем, тзв. царским резом започето са отварањем материце.²⁴ Ово је од значаја због разликовања овог кривичног дела од кривичног дела убист-ва детета при порођају.²⁵

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Као и пре више векова, и данас прекид трудноће изазива бројне недоу-мице. Разлози за и против побачаја, увек су актуелни. Друштвена рекација на овај сложени проблем у српском законодавству била је различита. Од почетног строгог режима кажњавања сваког побачаја, па и оног вољног, до момента када је жена, трудница слободно могла да одлучује о прекиду своје трудноће или да одлучује о рађању детета, прошло је више стотина година. Реакција на побачај је зависила, пре свега, од полазних основа којима се законодавац руководио, односно да ли је приоритет у заштити

Атанацковић, Д.: *Кривично право, посебни део*, Београд, 1981, стр. 157.

Стојановић, З.; Перић, О.: *нав. дело*, стр. 44.

Таховић, Ј.: *Кривично право, посебни део*, Београд, 1953, стр. 89.

Фурлан, И.: *Човјеков психички развој, Увод у развојну психологију, друго издање*, Загреб, 1983, стр. 34.

Кривокапић, В.: *Кривично дело детеубиства, Правни живот*, број 2, Београд, 1974, стр. 39.

давао жени и њеном телесном интегритету или људском плоду, или је заштита пружана подједнако и жени и људском плоду.²⁶ Кривично дело недозвољеног прекида трудноће је сложено кривично дело које је у легислативно техничком смислу веома захтевно. Наиме, прописивање основног облика је криминално политички спорно. Међутим, разматрајући на који је начин наш законодавац одредио кривично дело недозвољеног побачаја српском законодавству, и анализирајући понаособ свако обележје бића дела, као и услове и поступак који се предузима приликом вршења побачаја у здравственим установама, можемо са сигурношћу рећи да је законодавац у великој мери успео да задовољи формално правне критеријуме и на задовољавајући начин регулише ову појаву.

Petar Stanojević

ILLEGAL ABORTION IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: The crucial purpose of this paper is to observe and analyze social reactions and public opinion on the matter of abortion in Serbian legislation system. Analyses of the legal solutions conducted in various legal institutions and current legal solutions in the Criminal Code, have been presented as well.

Key words: abortion, legal solutions, analyses

²⁶ Недељковић, Н.: Побацивање у кривичном праву, *Полиција*, Београд, 1937, стр. 707.

Мр Драган Благић, асистент

УПОРЕДНОПРАВНИ ПРИКАЗ НАЧЕЛА ЛЕГАЛИТЕТА У КРИВИЧНОМ ПРАВУ

Апстракт: У раду се разматра сложена проблематика која се односи на питање упоредноправног приказа начелалегалитета у кривичном праву. Посебна пажња се посвећује анализи појединих одредби Кривичних законика континенталних земаља у вези са начелом законитости. У даљем тескту рада, аутор посебно објашњава поједине чланове Законика различитих правних система и указује на проблематику примене начела законитости у европском кривичном праву. У вези с тим, пажљиво се анализирају одредбе немачког, француског, руског и аустријског Кривичног законика, како би се указало на значај и поштовање начела легалитета.. Такође се у даљем тескту рада обраћа пажња на поједине одредбе ан-глосаксонског кривичног права, тј. на америчко и енглеско тзв. прецедентно право.

Кључне речи: начелолегалитета, немачко кривично право, француско, аустријско и руско кривично право.

Увод

Начело законитости као једно од основних начела кривичног права садржано је у одредби чл. 1. КЗ. Први део одредбе (*nullum crimen sine lege*) забрањује да некоме буде изречена казна или друга кривична санкција за дело које пре него што је учињено, законом није било одређено као кривично дело. Други део одредбе (*nulla poena sine lege*) се односи на забрану изрицања оне казне или друге кривичне санкције која законом није била прописана пре него што је дело учињено.

Данас је начело законитости општеприхваћено, па је у савременим правним системима, подигнуто на ранг уставног начела. Тако, Устав Ср-бије у чл. 34. предвиђа начело законитости у оквиру одредаба о правној сигурности у кривичном праву.

У оквиру упоредноправног приказа начела законитости у кривичном праву, биће најпре учињен осврт на континентални правни систем, тј. на одредбе појединих кривичних законика европских земаља, а затим ће бити изложено схватање овог начела у англосаксонском праву. На крају ће бити приказано начело законитости у земљама Република бивше Југославије. Право европских земаља ће репрезентовати немачки, француски, аустријски и руски кривични законик, док ће систем англосаксонског права бити приказан помоћу енглеског и америчког кривичног права.

Континентално право

Немачко кривично право

Велики утицај на историјски развој начела законитости имало је доношење кривичног законика Краљевине Баварске из 1813. године. Нацрт законика је приредио познати немачки теоретичар кривичног права /А.Фојербах/, који је формулисао начело законитости кроз латински облик *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Начело законитости у баварском Кривичном законнику није само било прокламовано, него и спроведено у целости. Судији се оставља врло мало слободе у одмеравању казне, јер су код кривичних дела предвиђени врло уски казни оквири.¹ Тиме је, заправо, још тада била постављена теза о генералној превенцији застрашивањем као сврси кажњавања. Својим јасно обликованим описима кривичних дела и казни тај Законик постао је узор каснијим немачким Кривичним законцима.² Од њих треба споменути пруски Кривични законик из 1851. године који је утицао на доношење Кривичног законика немачког Рајха (Reichstrafgesetzbuch) из 1871. године, који је такође, познавао начело законитости и у параграфу 2. ст. 1. прописивао: „*За неко се дело може казнити, само ако је казна била одређена законом, пре него што је дело учињено*“.³

Међутим, даљи развој начела законитости прати период од 1935. године, где се напушта начело законитости у правом смислу речи. То је период ауторитарног фашистичког законодавства, где је враћена ретрибутивна казна, затим уведена расна дискриминација, услед чега долази до грубог кршења људских права. Тако је у чл. 2 немачког Кривичног законика из 1941. године предвиђена аналогија, која је и веома широко била примењивана.⁴ Дакле, чл. 2. Законика предвиђа: „*казниће се онај ко изврши дело за које закон каже да је кажњиво или оно дело које заслужује казну у смислу основних одредби неког кривичног закона и према здравом осећају народа. Ако се не може непосредно применити на извршено дело неки одређени кривични закон, тада ће се за то дело казнити према оном закону, који се по свом смислу најближе односи на то дело.*“⁵

Наведеном законском дефиницијом јасно се казује да се веома широко дефинише могућност кажњавања за сва одређена као и слична дела која су законом предвиђена. То је био закон, који се заправо доста удаљио од тзв. га-

С. Roxin, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, München, 2006, стр. 143-144.

Н.Н. Jescheck / Т. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, 1996, стр. 131.

С. Roxin, *op. cit.*, стр. 147-148.

Више о томе: Н.Н. Jescheck/Т. Weigend, *op. cit.* стр. 132-133.

Ibidem.

рантивне функције кривичног законика, која је несумњиво изузетно значајна с аспекта права и слобода грађана и остваривања принципа правне државе.

Исто тако, неопходно је поменути да се овде прешло на широко кажњавање за понашања која у закону нису била предвиђена као кривично дело, али за која учинилац треба да се казни *према здравом народном осећању*. Ако се одредбе кривичног закона не могу непосредно применити на учињено кривично дело, онда ће се у том случају, применити закон, чије се одредбе по свом смислу најближе односе на то дело.⁶

У периоду од 1945. године на развој начела законитости утицало је доношење Законика из 1946. године, којим је Савезна Република Немачка предвидела начело законитости у чл. 1. Кривичног законика, као једно од основних принципа кривичног права. Данас је начело законитости садржано у чл. 1. (*Keine Strafe ohne Gesetz*) Кривичног законика Немачке, у коме се прописује: *„Казна не може бити изречена за дело које, пре него што је учињено, није законом било прописано као кривично дело.“* Сматра се да је начело законитости једно од најзначајнијих, најузвишенијих начела савременог кривичног права, криминалне политике и правног поретка уопште.⁷

1.2. Аустријско кривично право

Историјски развој начела законитости 19. века прати и доношење аустријског Кривичног законика из 1852. године о злочинствима, преступима прекршајима. (тзв. Законик Фрање Јосипа I), који је у основи садржао све карактеристике претходног законика из 1803. године. У чл. 32. Законика који носи наслов *„Ограничење судијске самовоље и одмеравање казне“* усвојено је на одређени начин начело законитости, у коме се предвиђа: *„Казна се има установити тачно по закону и одмерити ни строже ни блаже, и не може се злочинцу изрећи ниједна врста казни него само она која је предвиђена овим законом.“*⁸

Овим закоником је било је уведено начело законитости кривичних дела казни, где се истиче да је забрањена аналогија. Судија је везан за дословну примену закона, забрањена је судска самовоља приликом примене законских одредби. Наведени законик је био примењиван и на територијама бивших југословенских република Словеније и Хрватске све до 1930. године. У Аустрији овај законик је, уз извесне измене важио све до 1974. године.

Доношењем Кривичног законика 1974. године у чл. 1. предвиђено је начело законитости, које је на мање-више сличан начин дефинисано као и

⁶ С. Roxin, *op. cit.* стр. 113-114.

⁷ Н.Н. Jesheck/Т. Weigend, *op. cit.* стр. 133.

⁸ Н. Fuchs, *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Wien, 2002, стр. 20-21.

данас. Тако је у чл. 1. (Strafgesetzbuch) садржано: „Казна или превентивна мера сме да се одреди само за дело које је изричито предвиђено у закону, и да је казна била предвиђена законом у време извршења дела.“⁹

Дакле, на један савремен начин је дефинисано начело законитости (*nullum crimen sine lege* и *nulla poena sine lege*), где се истиче да се не могу на основу аналогије стварати нова бића кривичних дела, као и да се искључује примена неписаног, пре свега обичајног права. Такође, одредба чл. 1. садржи забрану ретроактивне примене кривичног закона. Даље се у чл. 1. ст. 2. (*nulla poena sine lege*) истиче, да казна која се изриче не сме да буде већа од оне која је била забрањена у време извршења кривичног дела.¹⁰

Може се прихватити закључак да се овде ради о једној врло савременој дефиницији начела законитости, којим се грађанину гарантује да може бити осуђен само за дело које је као кривично дело било предвиђено и то пре него што је учињено. Такође, грађанима се гарантује да у случају извршења кривичног дела могу бити кажњени само казном или другом кривичном санкцијом, која је законом била предвиђена за то дело.

1.3. Француско кривично право

Доношење Наполеоновог кривичног законика (Code penal) 1810. године, који је ступио на снагу 1811. године за развој и садржину начела законитости има велики значај. Наиме, у одредбама чл. 4. законика предвиђа се: „да ниједан прекршај, преступ и злочин не може бити кажњен казнама које нису биле прописане законом прије него што су били извршени“. Законик је усвојио тродобну поделу на злочине, прекршаје и преступе, па је уједно овом одредбом прописао легалитет како за злочине, тако и за прекршаје и поступке. Казне су биле, за разлику од законика из 1791. године релативно одређене.¹¹

У односу на првобитно схватање начела законитости, према важећем француском кривичном законнику, начело је постало еластичније и у погледу законитости прописивања казне. Данас се више и казна не схвата тако догматски и априористички, већ се емпиријски прилагођава криминалној ситуацији и личности учиниоца кривичног дела. Дакле, казна се примењује ако је у закону предвиђена и судијама се дају широка овлашћења у погледу одмеравања и изрицања казне у конкретном случају.¹²

Тако је начело законитости предвиђено у чл. 111 - 113. у ставу 1. где се прописује да „нико не може бити кажњен за злочин или преступ ако елементи тих дела нису прописани законом односно за прекршај ако

Е. Foregger/Н.В. Foregger, *Strafgesetzbuch*, Wien, 2004, стр.11.

Ibidem.

Ф. Бачић. Ш. Павловић, *Коментар Казненог закона*, Загреб, 2004, стр.20.

Ibid., стр. 21.

елементи прекршаја нису одређени прописима.“ У ставу 2. истог члана садржана је следећа одредба: „Нико не може бити кажњен казном која није предвиђена законом за злочин или преступ, односно није предвиђена прописима да дело представља прекршај“. ¹³ Треба истаћи да је ово један од савременијих кривичних законика, којим се начелу законитости даје пуни значај и јасно одређује садржина начела.

1.4. Руско кривично право

Када се говори о начелу законитости у руском кривичном праву, онда се не може заобићи чињеница да је начело законитости у једном периоду (1917 - 1958. године), било напуштено. Наиме, кривичним делом се сма-трало свако друштвено-опасно дело, без обзира да ли је у неком закону било предвиђено или није. На лица која изврше опасна дела или која су опасна због веза са злочиначком средином или због свог занимања у прошлости, примењују се мере социјалне заштите. ¹⁴

Доношењем Кривичног законика 1958. године начело законитости је било предвиђено у члану 7. ст. 1. као основни принцип и посебно истакнут значај начела законитости кривичног дела и казне. ¹⁵

Данас је начело законитости предвиђено у Кривичном законнику Руске Федерације у члану 3, који предвиђа да се „противправност дела као и његова кажњивост и друге кривичноправне последице одређују само на основу овог Законика.“ У ставу 2. истог члана се даље истиче, „Примена кривичног закона на основу аналогије није дозвољена“. ¹⁶

Може се рећи, да Кривични законик Руске Федерације на један савре-мен начин свеобухватно одређује начело законитости. Законик спомиње као кажњиво понашање само кривично дело, али се додаје да се она могу прописивати само законом. Затим се иде корак даље, где се истиче како се санкције (у које спада и казна као једна врста) и друге кривичноправне последице могу прописивати овим закоником. Такође се овим закоником изричито забрањује аналогија.

PH. Salvage, *Droit penal general*, Presses Unuvertaires de Grenoble, 2006, стр. 21-22.

Посебну критику совјетском Кривичном законнику из 1926. године упутио је Радб-рух. Радбрух истиче да правило (*nullum crimen sine lege*), не само да не важи, већ се и прелази преко начела *cogitationes poenam nemo patitur*, (нико не може бити кажњен за пуко размишљање), јер се не сматрају кажњивим само припремне радње уопште, него се чак и лица која представљају опасност због своје повезаности са злочиначком средином или због своје раније делатности, подвргавају мерама социјалне заштите. Г. Радбрух, *Филозофија права*, Београд, 1980, стр. 212-213.

Ж. Булатовић, „Начело легалитета у кривичном праву“, *Зборник радова*, Подгорица, бр. 1-2/ 1969, стр. 41.

⁹³ Видети: *Кривични законик Руске Федерације*, Београд, 1997, стр. 5.

Англосаксонско право

Енглеско кривично право

Када се говори о енглеском кривичном праву (*common law*), свакако се мисли на прецедентно право. Почетак историјског развоја начела можемо повезати са појавом првих докумената којима се штите слобода и права човека. Најстарији документ у том погледу је тзв. *Magna carta libertatum* (Great Charter of liberties), 1215. године, који је значајно утицао на настанак начела законитости. Овај акт је од утицаја за кривично право што су у њему, у смислу начела законитости, била постављена ограничења на монархов *ius iurendi*.¹⁷

Надаље се размишља, да када је реч о енглеском кривичном праву, за разлику од континенталног, многи случајеви (*case law*)¹⁸ омогућају делотворније и потпуније остваривање начела законитости.

У науци кривичног права ипак преовлађује мишљење, да Енглеска нема Кривични законик, а да се кривично право делимично налази у *common law*, а делимично у бројним појединачним законима. Извори енглеског кривичног права су *прецеденти* (одлуке у којима се први пут одлучује о неком питању) и појединачни закони. Прецеденти виших судова обавезни су за ниже судове, а одступање је могуће само на темељу законске норме. Бројни појединачни закони кривичног права само су допуна судској пракси. Ни они не садрже апстрактна начела, него остају казуистички, па као и судска пракса наводе бројне примере на које се односе. Они се ређе односе на

Енглеско кривично право јесте судски стварано право (*common law*), али то не значи да је и данас препуштено судској дискрецији. Потребно је правити разлику између онога што чини основ једне правне власти и правила којима је област регулисана. Став да је *common law* основи кривичног права, не значи да је кривичноправна област регулисана правилима *common law*-а, већ само да су ова правила утицала на формулисање данашњих статутарних правила, као и да још увек утичу на тумачење статутарних правила. С. Пановић-Ђуровић, *Начело легалитета и легитимитета у кривичном праву*, Београд, 1995, стр. 60.

У континенталном праву, судије и правници свакодневно се суочавају у пракси са чињеницом да начело законитости губи на значењу утопљено међу бројним широко и неодређено постављеним законским описима кривичних дела. Судијама се оспорава креативна улога у смислу примењивања норми, а истовремено су те норме често толико непрецизне да заправо законодавац своја овлашћења делегира на судије. Стога је јако битно да се у континенталном и у *common law* систему правилно разграниче овлашћења законодавца и извршних органа. Видети више о томе: К. Турковић, „Fair notice as a rational of the principle of legality“, *Зборник радова Правног факултета у Загребу*, 1990, стр. 433-437,

као и М. Вешовић, „Начело легалитета у Америчком кривичном праву“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, Београд, 2/91, стр. 60-61.

материју општег дела кривичног права, док је данас посебни део кривичног права углавном уређен законима.¹⁹ Све ово оправдава закључак да и енглеска кривичноправна теорија данас прихвата начело законитости, које се схвата као део владавине права²⁰ (Rule of law). Према том правилу, које је формулисао енглески правник Dicey, казна се сме изрећи само за јасну повреду права коју морају утврдити редовни судови.

Данас се у Енглеској сматра да судија више не сме стварати него само примењивати право, а посебно нема право стварати нова казнена дела, нити аналогичном проширивати постојећа. Исто тако се прихвата забрана повратног дејства кривичних закона, иако она није прописана законом. Имајући све ово у виду, као и суштину и значај овог начела, Енглеска је такође ратификовала Европску Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, која у члану 7. предвиђа начело законитости.

2.2. Америчко кривично право

Америчко кривично право такође води порекло из енглеског common law, али је оно данас у највећој мери садржано у писаним законима (statutory law). У другој половини 19. века полако се напуштају традиционална тзв. „common law кривична дела“ и уводе нови закони са јасним одређивањем начела законитости.²¹ Укинута је право суда да ствара потпуно нова кривична дела, али су се ипак задржала поједина овлашћења судија. Судије су се доста користиле неодређеним општим одредбама, које остављају широка овлашћења при интерпретирању законских одредби.²² То је био период, у којем су судије примењивали одредбу *statutory law* и позивале се на начела настала у оквиру common law. Судије се сматрају везаним за начела common law и било је незамисливо да своје пресуде заснивају само на уопштеним одредбама кривичног закона.²³

Доношењем Model Penal Code 1962. године, дошло је до значајнијег развоја америчког кривичног права. Законик је садржао поред посебног, и поједине одредбе општег дела, те је на тај начин био ближи европским (континенталним) кривичним законима. Америчко кривично право се позива на начело законитости (principle of legality) које и у САД-у има карактер уставног начела.²⁴ Начело законитости се у првом реду, односи

А. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 2009, стр. 58-59.

П. Новоселец, *Казнено право- опћи дио* Загреб, 2007, стр. 72-75.

С. Пановић-Ђуровић, *op.cit.* стр. 55-56.

М. Вешовић, *op. cit.* стр. 59-60.

Аутор истиче да је америчко право тада било казуистичко (case law), П. Новоселец,

Казнено право, стр. 73-74.

К. Турковић, „Fair notice as a rational of the principle of legality,“ стр. 443-444.

на забрану ретроактивне примене закона (*Ex post facto law*). Према опште усвојеном тумачењу под забрањеном ретроактивношћу у смислу *Ex post facto laws*, подразумевају се закони који су важиви у време извршења кривичног дела. Такође, оно садржи правило да опис кривичног дела мора бити одређен (*nullum crimen sine lege certa*), па се сматра да у противном случају, оптуженику није зајемчен *due process* да суд има право такав закон прогласити неважним. Исто тако се истиче да се кривични закон и пропис мора применити само у складу са смислом²⁵ које произлази из његовог текста, што практично значи забрану аналогије.

На крају се може рећи, да начело законитости у америчком кривичном праву одликује низ посебних сегмената почев од *common law* кривичних дела, стриктног тумачења кривичних закона, па све до правила о неважности нејасних појмова (*void for vagueness*). Централно место, ипак припада правилу о неважности нејасних појмова. У типично америчком кривич-ноправном маниру, на бази суперматије виших норми (*common rights and reasons*), ова доктрина подобна је да обухвати све битне елементе начела законитости. С обзиром на другачији концепцијски систем кривичног права (амерички), елементи начела законитости, се на специфичан начин остварују у односу на традиционални европски (континентални) систем кривичног права.²⁶

3. Начело законитости у кривичном праву земаља бивше СФРЈ

У савременом кривичном праву, у погледу начела законитости, може се рећи да је оно садржано на мање или више сличан начин у Кривичним законима земаља бивше СФРЈ. Ако се пође од *Кривичног законика Републике Словеније*, примећује се да је начело законитости садржано у члану 1. где се предвиђа да „*никоме не сме бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које закон није одредио као кривично дело, пре него што је било учињено и за које није била законом прописана казна*“.²⁷ У

овој одредби се јасно уочава прихватање начела законитости на један савремен, прикладан и јасан начин. Такво законско решење отклања могућност арбитража, конфузије, или примену аналогије. Дакле, оваквим прокламовањем начела законитости се пружа озбиљна правна сигурност

П. Новоселец, *Казнено право*, стр. 73-74.

М. Вешовић, „Начело легалитета у Америчком кривичном праву,“ стр. 63-65. *Kazenski zakonik s stvarnim kazalom Vida Jakulina*, Ljubljana, 2004, стр. 21, затим КЗ Урадник RS, št.: 55/08, (објављено 04. 06. 2008).

грађана на подручју кривичног права, као и остварење тзв. гарантивне функције закона којом се грађанима јамчи да могу бити суђени и кажњени само за дело које је као кривично дело предвиђено у закону.²⁸

Кривични законик Републике Хрватске у члану 2. предвиђа „Нико не може бити кажњен нити се према њему могу применити друге кривичноправне санкције за дело које пре него што је учињено није било законом или међународним правом одређено као кривично дело и за које законом није било прописано којом се врстом и мером учинилац може казнити“.²⁹И

овим закоником начело законитости је предвиђено на врло препознатљив начин. Такође је карактеристично да се у садашњем КЗ-у осим закона, наводи као извор кривичног дела и међународно право. Увођењем међу-народног права као извора којим се одређује кривично дело, КЗ Републике Хрватске засигурно представља корак напред у усавршавању кривичног законодавства.

Такође се у КЗ-у разрађује начело законитости у односу на казне, па се у том смислу оно обавезује на законско прописивање „*којом се врстом и мером казне учинилац може казнити,*“ што знатно одређеније формулише начело и потпуније остварује правна сигурност. Затим се примећује да се казне *изричу*, а да се остале кривичноправне санкције *примењују*.³⁰

Начело законитости у *Кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине* предвиђено је у члану 4. став 1. и 2. У Ставу 1. члана 4. КЗ предвиђа да се „*кривична дела и кривичне санкције прописују само законом*“, а у ставу 2. Кривичног закона прописује се да: „*никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено није било законом или међународним правом прописано као кривично дело и за које законом није била прописана казна*“.³¹ Наведена формулација на сличан начин као хрватски КЗ објашњава и предвиђа начело законитости, где се посебним ставом 1. члана 4. предвиђа да се кривична дела и кривичне санкције прописују само законом.

I.Bebe, „Kazensko pravo in pravna država“, *Sodobne usmeritve Kazenskega materialnega prava*, Ljubljana, 2007, стр. 57-59.

Садржај начела законитости може се изразити кроз пет захтева и то: само је закон извор права (*nullum crimen sine lege scripta*); забрана аналогije (*nullum crimen sine lege scripta*); забрана ретроактивности кривичних закона (*nullum crimen sine lege praevia*); одређеност законских описа (*nullum crimen sine lege certa*); и на крају се наводи пети сегмент начела законитост у кажњавању као посебан (*nulla sanctio sine lege*), што на одређен начин изазива пажњу, јер се веома ретко среће у науци као посебан елемент начела законитости. Ф. Бачић, Ш. Павловић, *Коментар Казненог законика*, стр. 18-20. З. Коњић, *Примена начела законитости у националном и међународном казненом праву*, Загреб, 2007, стр.98-99.

„Службени гласник“ БиХ, бр. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04 и 30/05.

Садашњи *Кривични закон Републике Српске* у члану 3. предвиђа „*Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено, није законом или међународним правом било одређено као кривично дело и описана његова обележја и за које није била законом прописана казна*“.³² У овом законнику на сличан начин се предвиђа начело законитости, у коме се, као и у хрватском КЗ-у, користи међународно право као извор за одређивање кривичног дела.

Кривични законик Македоније начело законитости садржи у члану 1. КЗ основних одредби који одређује: „*Никоме не може бити изречена казна или друга кривична санкција за дело које, пре него што је учињено, није било законом одређено као кривично дело и за које није била прописана казна у закону*.“³³ Оваквом формулацијом се, такође, истиче стандарна гаранција заштите слободе и права грађана од самовоље државних органа.

Кривични законик Републике Црне Горе у члану 2. предвиђа да се „*казна или друга кривична санкција може изрећи само за дело које пре него што је учињено било законом одређено као кривично дело и за које је била законом прописана казна*“.³⁴ Како је и овом одредбом у чл. 2. на уобичајен начин превиђено начело законитости, оваквим прокламовањем начела, пружа се озбиљна правна сигурност грађана на подручју кривичног права, као и остварење тзв. гарантивне функције закона.

На крају, треба рећи да би даље компаративно набрајање и приказивање начела законитости у другим кривичним законима, прелазило границе потребног разматрања. Сматрамо да ће изложени примери у том смислу бити довољни за поређење са нашим кривичним законодавством.

Закључак

Може се рећи да *Кривични законик Немачке, Аустрије, Француске и Руске Федерације* на један савремен начин свеобухватно одређују начело законитости. Законници спомињу као кажњиво понашање само кривично дело, али се додаје да се она могу прописивати само законом. Затим се иде корак даље, где се истиче како се санкције (у које спада и казна као једна врста) и друге кривичноправне последице могу прописивати овим закоником. Такође се овим законима изричито забрањује аналогија.

Такође се сматра да се начело законитости у америчком и енглеском кривичном праву одликује низом посебних сегмената почев од *common*

„Службени гласник“ РС, бр. 49/03.

В. Камбовски, *Со краток коментар, Кривични законик*, Службен весник РМ, Скопје, 2002, стр. 75.

„Службени лист“ РЦГ бр. 70/04,13/04.

law кривичних дела, стриктног тумачења кривичних закона, па све до правила о неважности нејасних појмова (*void for vagueness*). Централно место, ипак припада правилу о неважности нејасних појмова. У типично америчком кривичноправном маниру, на бази суперматрије виших норми (*common rights and reasons*), ова доктрина подобна је да обухвати све бит-не елементе начела законитости. С обзиром на другачији концепцијски систем кривичног права (амерички), елементи начела законитости се на специфичан начин остварују у односу на традиционални европски (кон-тинентални) систем кривичног права.³⁵

Dragan Blagić, LLM
Assistant

COMPARATIVE REVIEW OFF PRINCIPLE OF LEGALITY IN CRIMINAL LAW

Summary

It can be argued that the Criminal Code of Germany, Austria, France and the Russian Federation in a modern way comprehensively determine the principle of legality. Legal Codes mentioned as criminal behavior only criminal offense but added that it can be prescribed only by law. Then he goes a step further, where it points out that the sanctions (which also include punishment as one species) and other criminal consequences may be prescribed by this Code. Also by this Code expressly prohibits analogy. It is also considered that the principle of legality in the U.S. and English criminal law features a series of special segments starting from the common law criminal offenses, strict interpretation of criminal law, to rule on the invalidity of vague notions (void for vagueness). The central place, it belongs to the rule of invalidity vague concepts. The typical American criminal justice manner, based on supremacy of the higher standards (common rights and reasons), this doctrine is suitable to encompass all the essential elements of the principle of legality. Considering the different conceptual system of criminal law (American), the elements of the principle of legality in a specific way to achieve compared to traditional European (continental) criminal justice system.

35 М. Вешовић, „Начело легалитета у Америчком кривичном праву,“ стр. 63-65.

Мр Саша Атанасов, асистент

ПОЈМОВНО РАЗГРАНИЧЕЊЕ ТРГОВИНА ЉУДИМА ОД ПРОСТИТУЦИЈЕ

Апстракт: Трговина људима је сложена друштвена појава и ново казнено дело, премда продаја и куповина људи, њихово држање у ропском положају и искоришћавање, нису историјски непознате појаве. Проституција је појава која се најчешће поистовећује са трговином људима, иако међу њима постоје суштинске разлике. Непрепознавање ових разлика за последицу има најчешће погрешан однос лица која долазе у контакт са жртвама, које онда уместо да их третирају као жртве тешког кривичног дела, сматрају их прекршиоцима закона, и кажњавају их. У раду указујемо на појмовно одређење трговине људима у међународном и домаћем законодавству, бавимо се различитим системима регулације прости-туције, и указујемо на битне разлике између трговине људима и проституције.

Кључне речи: трговина људима, проституција, специфичности, разлике.

УВОД

Трговина људима је појам веома сличан другим појмовима који се односе на различите форме експлоатације људи. Премда је проституција најчешћи облик сексуалног искоришћавања жртава трговине људима, међу њима постоје бројне разлике које ове појаве суштински одређују као две засебне целине. Трговина људима представља нови термин у објашњењу проблема ропског положаја и експлоатације људи, због чега пронаћи праве речи да се опише злочин којим се на најгрубљи начин крше људска права жртве и конкретизују злочини учиниоца, представља сталан изазов. Многобројне и увек актуелне неодређености у дефинисању трговине људима и проституције за последицу имају да се ови појмови не користе на правилан начин. Понекад се поистовећују, а често се не прави јасна разлика међу њима. Значај целовитог разматрања трговине људима и проституције на теоретском нивоу своје практичне импликације добија пре свега у непосредном поступању са жртвама трговине људима. Боље разумевање трговине људима и сложених потреба жртве, стављање потреба жртве у први план испред интереса кривичног гоњења и учествовања жртве у судском поступку, спречавање додатне виктимизације жртве од стране лица која успостављају контакт са жртвом, само су неке у низу позитивних последица јасног појмовног одређења трговине људима и њеног разликовања од сличних појава.

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА У МЕЂУНАРОДНОМ И ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Почетак одређења основних обележја трговине људима као забрањеног дела доводи се у везу са настојањем међународне заједнице, тачније, дванаест држава које су давне 1904. године у Паризу склопиле *Споразум о сузбијању појаве*, тада познате као „*трговина белим робљем*“. Од тада, па све до дана-шњих дана, трајала је међународна активност на проналажењу једне једин-ствене, целовите и свеобухватно прихваћене дефиниције трговине људима. Кључни међународни документ који је поставио темеље међународног су-простављања трговини људима и формулисао основне принципе у дефиницији трговине људима јесте *Конвенција Уједињених Нација против транс-националног организованог криминала* и њен допунски *Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом* из 2000. године. Према овом *Протоколу* (члан 3), трговина људима одређује се као врбовање, превозење, пребацивање, скривање или примање лица у циљу експлоатације принудом на проституцију, или друге облике сексуалне експлоатације, принудног рада или службе, ропства или односа сличног ропству, или ради уклањања органа уз коришћење претње силом, или употребом силе и других облика присиле, отмице, преваре, об-мане, злоупотребе овлашћења, или тешког положаја лица, или давањем или примањем новца, или користи да би се добио пристанак лица које има кон-тролу над другим лицем. Према истом члану, пристанак жртве на намера-вано искоришћавање је ирелевантан за постојање овог дела, уколико је коришћено бар неко од претходно наведених средстава принуде или злоупотребе, и ни у ком случају не умањује одговорност учиниоца. Исто тако, о трговини људским бићима биће речи и у случају када је врбовање, превозење, пребацивање, скривање или примање предузето према детету, односно лицу које није навршило осамнаест година живота, у циљу његовог иско-ришћавања, без обзира на то што према њему није употребљено нити једно од наведених средстава принуде или злоупотребе.¹ Полазећи од наведене дефиниције трговине људима, већина савремених држава прописале су трговину људима као кривично дело. Једна од тих држава била је и наша, након што је поменуто *Конвенцију против транснационалног организованог криминала* и допунски *Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом* ратификовала 2001. године. Први пут у српско законодавство кривично дело трговине људима

¹ *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, број 6, од 27. 6. 2001.

уведено је априла 2003. године (чланом 111б),² након чега је законска инкриминација претрпела извесне измене и допуне. Прво, 2005, а потом и 2009. године, а све у настојању законодавца да усаврши законску формулацију и усагласи је са међународним стандардима и захтевима. Према актуелној одредби члана 388. *Кривичног законика Републике Србије*, кривично дело трговине људима чини свако ко врбује, превози, пребацује, предаје, продаје, купује, посредује у продаји, сакрива или држи друго лице користећи силу или претњу, доводећи у заблуду, или одржавајући у заблуди друго лице, злоупотребљавајући овлашћење, дато поверење, однос зависности или тешке прилике другог, задржавањем личних исправа, или давањем или примањем новца или друге користи у циљу експлоатације рада, или принудног рада другог лица, вршења криминалних делатности, проституције, или друге врсте сексуалне експлоатације, просјачења, употребе у порнографске сврхе, успостављања ропског или њему сличног односа ради одузимања органа или дела тела, односно ради коришћења у оружаним сукобима пасивног субјекта.³ Тежи облици дела наступиле када је предузимањем основног облика дела проузрокована тежа последица, или су испуњени одређени законом прописани услови, односно када је кривично дело извршено према малолетном лицу које није навршило осамнаест година живота, или је наступила тешка телесна повреда неког лица, или је дело извршено од стране групе или лица које се бави вршењем трговине људима. Најтежи облик дела постојаће уколико је наступила смрт једног или више лица, или је дело извршено од стране организоване криминалне групе. О посебном облику дела радиће се уколико је кривично дело извршено према малолетном лицу без коришћења средстава принуде или злоупотребе, као и када је неко лице које зна или је могло знати да је друго лице жртва трговине људима искористило такав положај малолетног или пунолетног лица - жртве, или је другоме омогућило искоришћавање положаја жртве ради експлоатације. Упоредивши законско решење садржано у члану 388. *Кривичног законика Републике Србије* са одредбом члана 3. *Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом*, са великом сигурношћу можемо тврдити да постојећа законска инкриминација трговине људима у нашем законодавству у потпуности задовољава тражене међународне стандарде. Посебно је карактеришу бројни позитивни аспекти, иако се запажа и присутност извесних неодређености које би могле, нарочито у пракси, изазвати извесне недоумице приликом одлучивања да ли се ради о трговини људима или проституцији, односно другој сличној појави.

Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, Службени гласник РС, број 39/2003.

Службени гласник РС, број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/09, 111/09.

Позитивне карактеристике законске формулације су следеће:⁴ садржи јасну прецизно дефинисану радњу извршења (нпр. силом, претњом, обманом сл.) и начин извршења дела (нпр. врбовање, превозење, продаја и др.),⁵ са готово свим модалитетима испољавања, чиме се избегавају могуће злоупотребе и правна несигурност грађана. Дефиниција не прави разлику у погледу пола и узраста жртве, што значи да подједнако обухвата трговину лицима оба пола и свих узраста. Начин извршења дела прописан је као обавезан елемент основног облика дела, а предвиђени су и многобројни облици (циљеви, сврха) експлоатације жртве, у виду радне и сексуалне експлоатације, ропства или односа сличног ропству, узимања дела тела или органа, или принуде на учешће у оружаном сукобу, чиме је избегнута доскорашња пракса присутна у већем броју упоредних законодавстава да инкриминисање трговине људима буде ограничено искључиво на сексуалну експлоатацију. Инкриминација као квалификаторне околности за постојање тежег облика дела прописује старосну доб жртве (лице млађе од 18 година живота), наступање одређене последице (тешке телесне повреде или смрти жртве), елемент удруживања учинилаца (деловање у оквиру групе или организоване криминалне групе) и бављење вршењем дела у виду занимања, чиме је усаглашена са савременим тенденцијама присутним у међународном праву и решењима већине држава, које на идентичан начин регулишу питање квалификаторних околности. Такође, инкриминација садржи елементе појачане заштите малолетних лица, јер за кривичну одговорност учиниоца не захтева коришћење алтернативно прописаних средстава извршења у намери експлоатације жртве. Пристанак жртве на намеравамо искоришћавање је обележје бића кривичног дела, које ако је и испуњено, не умањује кривичну одговорност учиниоца дела. Корисници услуга жртава строго се кажњавају казном затвора, чиме се директно утиче на смањење и сузбијање потражње. Како нема експлицитног ограничења, одредба се примењује и на унутрашњу и на транснационалну трговину људима. Позитивност инкриминације огледа се и у кажњавању сваког вида противправног понашања у вези са документима пасивног субјекта, а у циљу вршења овог кривичног дела. Најзад, у теорији и пракси, у значајној мери престало је коришћење израза: *трговина белим робљем, трговина робљем, трговина женама, трговина децом, кријумчарење људи, кријумчарење жена и деце*, којима се одређивала трговина људима. Насупрот израженој прогресивности, ипак законској

Видети више: Топић, С.; Николић-Ристановић, В.: *Кривично дело трговине људским бићима – међународни документи, савремена законска решења и Кривични закон СРЈ, Темид*, Виктимолошко друштво Србије, број 1, Београд, 2002, стр. 43 и 44.

Стојановић, З.; Перић, О.: *Кривично право - посебни део*, XI издање, Правна књига, Београд, 2006, стр. 385 и 386.

формулацији могу се упутити и извесни приговори. Пре свега, зато што користи поједине неодређене појмове, као што су „сексуална експлоатација“ и „експлоатација проституције“, који нису прецизирани инструментима међународног права, односно зато што садржи термине „присилни рад или услуге“ и „ропски однос“, за чије је тумачење неопходно користити дефиниције садржане у другим међународним документима (нпр. у Конвенцији о ропству из 1926. или појединим конвенцијама Међународне организације рада, из 1930, 1959. или 1999. године, и др.) што за последицу има одређене недоумице при тумачењу и примени одредбе. Исто тако, инкриминација не прописује одговорност правног лица (за то су релевантне одредбе *Закона о одговорности правних лица за кривична дела*),⁶ као што не садржи ни одредбу о обавезном обештећењу жртве, већ се исто решава коришћењем других кривично-правних института. Сам израз *трговина људима* настао је преводом енглеске речи *trafficking*, која у преводу на наш језик значи *трговина, стављање у промет или недопуштена трговина*,⁷ док је синтагма *трговина људима* настала спајањем две речи: „трговина“ и „људи“, и прављењем корелације између регуларне привредне делатности, чија се садржина конкретизује кроз куповину и продају робе између заинтересованих страна, са једне стране, и кршења основних слобода и права човека са друге стране.⁸

ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА И НАЧИНИ РЕГУЛИСАЊА ПРОСТИТУЦИЈЕ

Трговина људима је сложена друштвена појава која се често поистовећује са проституцијом. Честом поистовећивању ових појава доприноси чињеница да је принудна проституција најчешћи облик експлоатације жртава трговине људима, и да кривичноправна решења присутна у законодавствима појединих држава на трговину људима гледају искључиво са аспекта сексуалне експлоатације, занемарујући друге веома присутне облике искоришћавања жртава. Проституција је делатност која се може одредити као преузимање улоге сексуалног објекта од стране једног лица, независно од личне привлачности ка другом лицу, а у замену за новчану или какву другу награду.⁹ То је сексуални чин између партнера без емоција

Стојановић, З. *Кривично право-општи део*, XIII издање, Правна књига, Београд, 2006, стр. 193. и 194.

Гачић, М.: *Енглеско-хрватски рјечник права, међународних односа, криминалистике, форензичких знаности, криминологије и сигурности*, Наклада Љевак, Загреб, 2004.

Бошковић, М.: *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Универзитет у Новом Саду, Нови Сад, стр. 359, 360 и 394.

Алексић, Ж.; Миловановић, З.: *Лексикон криминалистике*, Врело, Београд, 1993, стр. 232.

уз одређену надокнаду,¹⁰ односно добровољни чин давања тела за новац као позив.¹¹ Поред женске проституције, која је најчешћа, егзистира и мушка проституција, а поред хетеросексуалне, постоји и хомосексуална проституција.¹² Проституција представља једну од најстаријих социопатолошких појава, због чега постоји опште усвојен став да, иако у већини законодавстава није проглашена за кривично дело, има снажно криминално дејство. Бројна истраживања показују да је проституција широко заступљена управо у подручјима у којима су развијени поједини облици криминалитета, и да саме криминалне средине рађају проститутке, с обзиром на то да се ради о истоветној објективној и субјективној етиологији. Са проституцијом су повезана разна друга кривична дела (силовање, подвођење, крађе и др.), као и пијанство, зависност од дрога и разна друга патолошка понашања. Проституција срзава друштвени морал, озбиљно нагрiza људско здравље, и представља извор криминалног понашања и других облика личних девијација.¹³ Неорганизовани облици који су доминирали у почетку настанка и развоја проституције, врло брзо су преко првих зачетака организованих облика, односно преко „јавних кућа“, све више добијали своје организованије облике. Прво у САД-у и Јапану, а касније и у великим западноевропским градовима, проституција стиче карактер трговине, а организовано подвођење постаје веома уносан посао. Данас је проституција широко распрострањена на свим континентима, и представља једну од традиционалних области које су у великој мери под контролом организованог криминалитета.¹⁴ У теорији постоји спор о томе да ли проституцију треба забранити или легализовати. Различити актери различито перципирају проституцију, па у вези са тим, једни се залажу за легализацију проституције и права особа које раде у секс-индустрији, док други сматрају све проститутке жртвама, и залажу се за укидање свих облика проституције.¹⁵ Присталице проституције сматрају да укидање проституције и затварање јавних кућа доводи до повећања прикривене проституције, као и да свако има право да слободно одлучује и располаже својим телом, или да изабере делатност којом ће се бавити. Насупрот

Бошковић, М.: *Криминолошки лексикон*, стр. 280.

Вујаклија, М.: *Лексикон страних речи и израза*, Просвета, Београд, 1991, стр. 732.

Милосављевић, Б.: *Социјална патологија и друштво*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 1997, стр. 85.

Милутиновић,.: *Криминологија*, Савремена администрација, IV издање, Београд, 1990, стр. 374 и 375.

Алексић, Ж.; Милованович, З.: *нав. дело*, стр.207.

Вјеркан, L.; Дуглић, L.; Ристановић-Николић, В.; Патић-Симеуновић, Б.: *Само мој живот, рехабилитација трговине људима у циљу сексуалне експлоатације*, Викти-молошко друштво Србије, Прометеј, Београд, 2005, стр. 12. и 13.

њима, противници истичу да су прописи о легализацији аморални, јер обезбеђују сигурност и ослобађају од одговорности за блуд, да крше аутономију људске личности, иду на руку вршењу злоупотреба од стране полиције и погодују трговини људима.¹⁶ Историјски гледано, различити погледи друштава на проституцију били су, и још увек јесу, под снажним утицајем поменутих присталица или противника проституције и легалних парадигми за решавање овог феномена. Морални став и друштвени однос према проституцији у конкретној средини пресудно утичу на креирање одговарајућег законодавства.¹⁷ У вези са наведеним, данас постоје три правна система реаговања друштава на проституцију: 1) *систем прохибиције* - проституција је нелегална, односно криминализована; потпуно је забрањена свака проституција. Овај систем регулисања проституције заступљен је у већини држава САД-а, Индији, Аргентини, неким муслиманским државама и др. У Републици Србији, бављење проституцијом, или уступање просторија ради проституције, кажљавана се прекршајно казном затвора до тридесет дана. Тежом казном затвора до шездесет дана затвора може бити кажњено лице које просторије ради проституције уступа малолетном лицу;¹⁸ 2) *систем регламентације* - подразумева легализацију јавних кућа уз адекватну контролу од стране државе, због чега се проституција може обављати у посебно одређеним областима за то, уз дозволу и регистрацију проститутки, и уз обавезу подвргавања здравственим контролама. Систем функционише у Холандији, Немачкој и делимично у Мађарској; 3) *систем аболиције* - декриминализује бављење проституцијом, укида јавне куће и толерише саму појаву. Проституција се посматра као „нужно зло“ које се може контролисати. Кривично се кажњавају подводачи и организатори проституције, па и сами клијенти, али се не кажњавају проститутке. Овакав начин регулисања проституције заступљен је у Шведској,¹⁹ Норвешкој, Исланду, а одавно и у Француској. У Шведској купци услуга проститутки (клијенти) могу бити кажњени казном затвора до једне године, док у Француској за коришћење услуга проститутки могу бити кажњени новчаном казном до хиљаду петсто евра.²⁰ Разлог оваквог заоштравања казнене политике према наведеним лицима (клијентима), јесу претпоставке да је

Constant, J.: *Elements de criminologie*, Liege, 1949. У: Милутиновић, М.: *нав. дело*, стр. 374.
Мрвић-Петровић, Н.: Трговина људским бићима као специфична форма женске миграције, *Темид*, број 1, Виктимолошко друштво Србије, Београд, 2002, стр. 15.
Члан 14. Закона о јавном реду и миру, *Службени гласник РС*, број 51/92, 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 и 85/2005.
Бошковић, М.: *нав. дело*, стр. 281.

Шведски премијер тражи строже казне за клијенте проститутки на: <http://www.blic.rs/Vesti/Svet/427790/Svedski-premijer-trazi-strozije-kazne-za-klijente-prostitutki>, доступно 16.12.2013.

велики број проститутки експлоатисан од стране трговаца људима, и да се у ствари ради о жртвама трговине људима које су принуђене да се баве проституцијом. У Француској најновија истраживања показују да су око деведесет одсто, од укупно четрдесет хиљада проститутки, жртве трговине људима које воде порекло из Нигерије, Кине и Румуније.²¹ Независно од система који је доминантан у одређеној држави, власти треба да имају у виду да проституција, иако често представља резултат притиска различитих друштвених и животних околности на појединца, у крајњем смислу јесте резултат слободног избора особе за бављењем сексуалним радом.²² У домаћем законодавству прописано је да свако ко наводи или подстиче другог на проституцију, или учествује у предаји неког лица другог ради вршења проституције, или ко путем средстава јавног информисања и других сличних средстава пропагира или рекламира проституцију, казниће се казном затвора од шест месеци до пет година и новчаном казном, а ако је дело учињено према малолетном лицу, казном затвора у распону од једне до десет година и новчаном казном.²³

ОСНОВНЕ РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ТРГОВИНЕ ЉУДИМА И ПРОСТИТУЦИЈЕ

За разлику од „слободног“ и „добровољног“ пристанка на бављење проституцијом, жртве трговине људима немају ту „привилегију“. Жртве су принуђене на бављење проституцијом путем силе, претње или других облика присиле. Оне су продате или купљене, и доведене до места експлоатације, против своје воље и без свог знања. Жртве немају слободу кретања и одлучивања где ће и када ће радити, да ли желе или не желе да се баве проституцијом. За свој рад нису уопште плаћене, или примају минималну надокнаду. Клијенте не могу одбити, јер у противном биће психички, физички или сексуално злостављане од стране лица која су их купила. Жртвама су одузета сва лична и путна документа, и ограничено им је свако кретање без пратње.²⁴ Проституција је облик самоугрожавања лица која се баве овом делатношћу. Она може бити дозвољена или

Француска: Казна 1.500 евра за клијенте проститутки на: <http://www.vijesti.ba/vijesti/svijet/182525-Француска-Kazna-1500-eura-klijente-prostitutki.html>, доступно 04.12.2013.

Радовић, И. и др.: *Трговина људима: Приручник за новинаре*, АСТРА, Београд, 2008, стр. 12.

Посредовање у вршењу проституције, члан 184. Кривичног законика, *Службени гласник РС*, број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009.

Ристановић-Николић, В. и др.: *Трговина људима у Србији*, Виктимолошко друштво Србије, Организација за европску безбедност и сарадњу, Београд, 2004, стр. 42 и 43.

криминализована, али је њен степен друштвене опасности у односу на трговину људима знатно мањи. Проституција је само један облик сексуалне експлоатације жртава трговине људима.²⁵ Особе које се баве проституцијом, и које такође трпе одређене облике принуде и експлоатације (слобода коју имају често је само привидна и ограничена), имају слободу одлучивања о бављењу проституцијом. Оне имају могућност слободног располагања својим телом, зарадом и да уопште одлучују о свом живо-ту.²⁶ Поседују личне и путне исправе, и слободно се крећу. Зараду коју остварују, уколико раде самостално, узимају за себе, а уколико су део организоване проституције, деле је са својим „послодавцем“ којег су претходно самостално контактирале.²⁷ Жртве трговине људима углавном признају да су сексуално искоришћаване, за разлику од проститутки које никада не признају да су се бавиле проституцијом. Системи регулисања проституције садрже недостатке који нарочито долазе до изражаја када су у питању жртве трговине људима експлоатисане путем проституције. Наиме, многе државе Европске Уније у којима постоје „мешовити“ системи регулисања, примену прописа везују за националност проститутки, па дозвољавају бављење проституцијом само домаћим држављанима. Како жртве трговине људима (страни држављани) често не поседују личне и путне документе (иста су им одузета од стране трговаца), немају регулисан легалан боравишни статус, и изложеније су примени мере депортације од стране власти у земљи у којој се проституишу. Системи који забрањују (кривично или прекршајно) бављење проституцијом, интерес друштва усмеравају ка спровђењу мера хитне депортације или оптужењу прости-тутки, често пренебрегавајући чињеницу да су те особе предмет трговине људима, не пружају им адекватну заштиту и неопходну помоћ, која им по свим међународним прописима припада као жртви тешког злочина. Ова законодавства покушавају правити разлику између „слободне“ и „принудне“ проституције, између лица која се добровољно баве проституцијом, и оних лица која су предмет трговине људима. Околност да чињеница слободне одлуке или решености за бављење проституцијом нема ничег заједничког са пристанком на виктимизацију трговином, често се занемарује.²⁸

Мијалковић, С.: *Појмовно разграничење трговине људима и других сличних појава и термилолошких концепата*, Безбедност, број 1, МУП Републике Србије, Београд, 2005, стр. 8 - 10.

Љубинковић, С. (ур.): *Трговина женама*, Асоцијација за женску иницијативу, Београд, 2001, стр. 9.

Ристановић-Николић, В. и др.: *нав. дело*, стр. 83.

Мрвић-Петровић, Н.: *нав. дело*, стр. 15.

ЗАКЉУЧАК

Трговина људима и проституција су појаве које се често поистовећују. Наиме, бројне конфузије управо су условљене неадекватним коришћењем термина за означавање битних обележја ових појава. Прекретницу у дефинисању тачног значења трговине људима чини *Конвенција 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 чије одредбе представљају непосредан правни основ за кодификацију трговине људима на националном нивоу. Држава Србија у свом законодавству први пут је инкриминисала трговину људима 2003. године, и од тада до данас, низом измена и допуна, исту у знатној мери усавршила и прилагодила стварним потребама супростављања трговини људима. Овим је постављен темељ доследног разликовања трговине људима са проституцијом и другим сличним појавама, све у намери отклоњања бројних недоумица у поступању са жртвама трговине људима и лицима која се баве добровољним пружањем сексуалних услуга.

Saša Atanasov, LL.M.
Assistant

THE CONCEPT OF HUMAN TRAFFICKING AND ITS DISTINCTION FROM PROSTITUTION

Summary

Human trafficking is a complex social manifestation and a new criminal offense, although buying and selling of people, enslavement and exploitation are not unknown phenomena throughout history. Therefore, it is important to clearly distinguish prostitution from trafficking, even though these concepts tend to be regarded as quite similar. Failing to make a proper distinction may result in completely wrong approach towards the victims, whereas instead of being treated as victims of a major crime may be apprehended and held as violators. This paper points out this distinction both in domestic and international legislation and analyses the regulation of prostitution.

КАТЕДРА ЗА
ЈАВНО ПРАВНЕ
НАУКЕ

Др Владан Михајловић, редовни професор

ДВОСМИСЛЕНОСТ И ПРОТИВУРЕЧНОСТ ДРЖАВЕ КАО ПРАВНЕ И ПОЛИТИЧКЕ ЗАЈЕДНИЦЕ

Апстракт: Од када постоји, држава се служила политичким средствима и развила у институцију силе која је изазивала страхопоштовање. Док су једни клицали таквој свемоћној, империјалној држави, други су је анатемисали као неморалну, неприродну и противбожанску творевину. Све до данас држава показује такво лице и наличје, задивљује нас али и збуњује својом амбивалентном природом и мисијом да је некад уз човека, а некад против њега. Велике револуције у 18. веку имале су да реше ту дилему државе и човека ослободе ноћне море да му је она већа опасност и непријатељ него што може да му користи и буде пријатељ. После револуција, грађанске државе су започеле да „раде“ на идеји слободе, братства и једнакости, поштовања свачијег права, али и права за све - владавине закона. Заслугом револуције држава се преобразила: економски, политички и правно. Свуда је донела економске слободе и просперитет, индустријски на-предак, по-литичку утакмицу и формалну једнакост. Што је најважније, прогласила- је да је свако једнак пред законом и да има да га поштује, ма колико да има власти или моћи. До сада је то био и остао амбициозан подухват и више обећање и идеал него нешто што је достижно и остварљиво. Предстоје велики напори државе и свих у њој да се она више оствари и развије као правна него политичка заједница. У таквој држави треба да се остваре и поштују правне надлежности и подела улога у складу са законом, а не подела друштвених улога у складу са политичком моћи и неједнакости друштвених субјеката. Треба да верујемо да пролази време државе као институције политике и доминације. Очекујемо да долази њено време као правне институције и заједнице у којој се поштује право, ред, сигурност и једнакост, да свако има само она права (и обавезе) које му по закону припадају.

Кључне речи: држава, политика, легитимитет, демократија, владавина права, криза и ограничење демократије, право као услов и оквир демократије, јачање правне државе, ограничење власти у корист људских права и слобода.

I

Вековима живимо у држави и са њом и немамо јасну представу или идеју како бисмо опстали без ње. Уствари, држава толико траје и опстаје да не знамо ни када је тачно настала нити на који се начин то догодило. Нисмо у стању ни да прогнозирамо колико ће још трајати и каква ће бити на крају њена судбина. Наука још увек није поуздано рекла да ли се прелазак из друштва (заједнице) у државу одиграо мирно или драматично.

Да ли је тачно да се патријархална заједница – друштво само по себи (из себе) - распала на мање појединачне, моногамне породице које су се касније повезале у државу као интересну заједницу, како је то својевре-мено-тврдио Аристотел?¹¹ Ако он није у праву, да ли су то они који тврде да се то одиграло крваво и брутално? Тако рецимо, наш великан Слободан Јовановић- тврди да је држава настала ратом између племена. Једино путем рата победничко племе је успело да покори побеђено и да му наметне државну организацију.²² Нешто слично тврде и немачки социолози-. По Гумпловичу, држава представља историјски догађај превласти једне ратнички организоване над једном нератничком скупином.³³ Слично мисли

Ф. Опенхајмер када верује да је држава настала онда када је победничка гомила из једног племена покорила гомилу из другог племена и наметнула-јој власт ради економског искоришћавања.⁴⁴ Ако је Аристотел у праву, онда држава ништа не дугује заједници, није јој нанела никакво зло. Заједница је сама, природним путем (и својом вољом) прерасла у државу и прихватила је такву каква је. Ако су у праву ови други, који у држави виде насиље и насиљем је објашњавају, онда је и слика о њој другачија. У њој је тада посејано семе зла које ће као проклетство да је прати све док постоји. Данас смо превазишли такве заблуде о држави и њеном односу према човеку. Држава није нешто неприродно што гуши и вређа човека, мења му природу

одузима слободу. И пре државе човек је био понижаван и неслободнији него у држави. Истина, природноправни философи- су говорили да је човек рођен слободан, да је свој само у природној заједници, а да је цивилизација (држава) покварила ту његову природну срећу и спокојност. То у шта су поклоници природног права веровали мало кога су убедили да је тако. И та надалеко чувена мисао Русоа „да је човек рођен слободан, а да је свуда у оковима“⁵⁵ више звучи патетично него истинито. Са њом нисмо ни даље ни ближе истини о трагичној- и противуречној природи људске слободе или неслободе. Држава није покварила људску идилу нити је у људске односе први пут унела силу и принуђивање.⁶⁶ Она је једну врсту силе заменила другом; уместо произвољне- и личне силе, донела је општу и организовану

Аристотел, Политика, Култура, Београд, 1960. год. стр. 7-11

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 34.

Ludwig Gumplowicz, Die Sociologische Staatside, insbruck, 1902. год. стр. 66

Франц Опенхајмер, Држава (оциолошка расправа) књижара Ђорђе Ђелап, Загреб, 1921. стр. 6.

Видети: Жан Жак Русо, Друштвени уговор, Просвета Београд, 1949. год.

Слободан Јовановић, О суверености, уводно предавање из државног права штампа-рија Светозар Николић, Београд, 1897. стр. 29.

силу која је виша од свих других.⁷⁷ Ако изузмемо непоуздану и недоказану „природну слободу“, по свој прилици човек и није имао и уживао права и слободе пре државе. Њеном заслугом их је добио и ужива их онолико колико се за њих бори и осваја их. Зато државу не можемо да окривимо да је узрок људске неслободе. Слобода није нешто супротно и изван државе нити је држава сама по себи као облик организоване принуде неспојива са слободом. И слобода спада у државу, преко ње се, како тврди Ђорђе Тасић,

друштву односно држави интегрише целокупан друштвени живот.⁸⁸ Зато можемо да кажемо да слобода није такав атрибут човекове природе који се не да помирити са државом. Бесмислено је говорити о некаквој слободи

природном стању. И сами природноправни филозофи су признавали да је у таквом природном стању немогуће сачувати ту природну слободу без помоћи државе. Колико год да је човек природно слободан, увек је угрожен од других појединаца. Зато је потребна држава и њена заштита да човек ту слободу не изгуби од другог. Човекова слобода у правом смислу постоји тек уколико је зајемчена правним поретком.⁹⁹ Држава штити слободу тако што својом принудом спречава свачију принуду, свачије насиље које би било уперено против човекове слободе. Изгледа помало парадоксално да држава штити слободу тако што је донекле и ограничава. Та заштита чо-векове слободе од државе пре може да се назове наличјем, а не порицањем слободе. Слободу је као правно добро створила држава и она је и позвана да је, по потреби, и ограничава.¹⁰¹⁰ Држава није супротна слободи, него самовољи као злоупотреби слободе. У човеку се једнако распламсава жеља за што већом слободом, али и страст за самовољом и злоупотребом те слободe. Зато од грађанске или цивилизоване слободе треба разликовати ту природну или животињску слободу по којој је човеку све допуштено и која је у сукобу са сваком влашћу.¹¹¹¹ За сада имамо мање доказа и материјалних трагова, а више предрасуда о замршеној и загонетној прошлости државе. То нам смета да изрекнемо тачан суд или осуду о томе да ли се држава појавила као праведна и морална установа или не. Без обзира на овакве недоумице, откако знамо за државу, она је подједнако и предмет похвала али и критика. Једни у њој виде највише људско добро, а други оличење зла.

Ибид, стр. 29.

Др Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, Увод у право – Хрестоматија – грађа за испит Универзитет у Београду, Правни факултет, 1991. год. стр. 22.

Слободан Јовановић, О држави, основи једне правне теорије, Сабрана дела, Том 8, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублнк, Београд, 1990. год. стр. 53.

Ибид, стр. 54

Алексис Токвил, О демократији у Америци, свека прва, државна штампарија Београд, 1872. стр. 8-9

За једне, само у држави и преко ње човек постаје нешто више и у правом смислу грађанин. Други, опет, у њој виде ропство и извор неједнакости експлоатације која се чини једнима од стране других. Око државе се на свој начин усредсређују сви морални проблеми људског живота. Нигде као у држави човек није тако осетљив и узнемирен због очувања своје части

достојанства. Само мало пре постанка државе, човек је у архаичној, природној заједници био безличан и неосетљив на своју индивидуалност. Ако је пре државе у људском животу изгледало све релативно, морално и допуштено, са њом се све то мења и излаже суду критике и расуђивања. Колико год да се држава морално проблематизује и то више него што треба, за њу нико не може да тврди да је неморална и неправична. Она је увек ближа правичности него неправичности јер располаже таквим арсеналом средстава који јој помаже да се влада правично. Да је држава стварно више неправична него правична, више зло него добро – како би се уопште до сада и одржала и омогућила да људи у њој развију бројне и разноврсне везе и односе.

II

Све до недавно, заслугом анархистичке и марксистичке доктрине и покрета, држава је схватана једнострано, упрошћено и незаслужено поистовећивана са силом, насиљем, претњом човеку и његовој слободи. Држава је донела више добра него зла. Ако је тачно оно што је говорио Хобз, „да је

природном стању човек човеку вук“¹²¹², држава, односно цивилизација се појавила као људско спасење. Држава је, уз помоћ политике, извела људе из света анархије и сукоба и увела их у свет толеранције и договарања.¹³¹³

Касније, због своје класне структуре и проблематичног односа између класа, држава је незаслужено проглашена класном организацијом, оруђем једне класе против друге. Класни односи и борбе између класа су у држави пренаглашени и схваћени трагичније него што јесу. Осим класних разлика и сукоба, међу људима постоје и неке друге: расне, религиозне, моралне и оне нису ништа мање значајне или опасне.¹⁴¹⁴ Но, заслугом или боље рећи Марксовом кривицом, држава је проглашена привидном и илузорном заједницом

којој се остварује само себични интерес појединаца или једне (владајуће) класе. Тако се државно- супротставило друштвеном – државни интерес је

Видети: Томас Хобз, Левијатан, Градина, Ниш, 1991. год.

Др Рајко Кузмановић, Упоредни политички системи, „Нови Глас“ Бања Лука, 1991. год. стр. 37.

Слободан Јовановић, из историје политичких доктрина, Сабрана дела, Том 9, БИГЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 340

у марксистичкој верзији представљен као илузорни општи (друштвени) интерес. Држава је изгубила својство друштвености и заједништва – од конкретне и стварне људске заједнице „постала“ је апстрактном заједницом у којој се изгубио интерес појединца. Марксизам је наметнуо лажну

вештачку дилему: или држава или друштво и решење видео у решењу

уништењу државе и њеном претварању у заједницу слободних људских асоцијација. Искуство са животом и људима говори нам да људска природа никад неће бити толико савршена да може да опстаје само у слободи

помоћу ње, без икакве присиле. Данас видимо да је сасвим нормално да се државно и друштвено прожимају; то нису две сфере које се искључују. Није тачно да се само у друштву човек афирмише као активан субјект, а да се у држави претвара у објект власти, биће којим се влада, управља. Већ имамо тако организован друштвени и државни живот где се прожимају, опстају и развијају и идеја аутономије и присиле. Такође, сасвим успешно функционише и живот у локалним (недржавним) заједницама, али то не смета држави да успоставља- и одржава и неопходни степен централизма.

III

Од почетка па до данас, држава се више одређује и тумачи традиционално. Она се углавном схвата као организована или јавна политичка власт – скуп формалних политичких институција које званично изражавају политику.¹⁵¹⁵ Политичко је фаворизовано и стављено изнад правног, друштвеног, моралног и било ког другог аспекта државног живота. Држава дуго није била правно утемељена и нормирана на начин који јој обезбеђује атрибуте правно уређене заједнице или, тачније речено, правне државе. Идеја правне државе се појавила касније, након славних револуција- у 17. и 18. веку. Она је пре свега европска тековина – везује се за енглеску правну и политичку традицију и праксу.

У том енглеском смислу или поимању, правна држава је заслугом њеног правног теоретичара Дајсија поистовећена са владавином права. Та владавина права као енглески, Дајсијев изум (rule of law) означавала је супротстављање свакој арбитрарној и самовољној власти над појединцем али и потчињавање грађана и као приватних лица и као државних службеника- закону и њихово једнако позивање на одговорност пред законом.¹⁶¹⁶ Но, све до те енглеске, и касније немачке, правне теорије која

Проф. Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988. год. стр. 74 и 84.

Коста Чавошки, Могућност слободе у демократији Истраживачко издавачки центар ССО Србије, Београд, 1981. год. стр. 199

је исковала термин правне државе (као супротност полицијској држави) – држава се искључиво кретала на терену политике, политичког. Она се сводила на власт, силу, феномен владања, потчињавања, командовања

др. То важи како за традиционална политичка гледишта тако и нека савремена. Леон Дуги, француски правни класик сматра да се основни феномен државе огледа у власти. Ту власт он схвата као чињеницу или ствар поделе друштвене- групе на управљаче и управљане или поданике.¹⁷¹⁷ И Макс Вебер,- као социолог, више је окупиран феноменом власти моћи у држави. Он даје своју градацију облика вршења власти, почев од патријархалне преко харизматске до најорганизованије, рационалне или бирократске власти која се врши како у предузећу тако и капиталистичкој држави.¹⁸¹⁸ Но, има и савремених политичких гледишта о држави која је упрошћавају и свде на власт, политику, институције, односе и др. То је, рецимо, приступ каракте-рис-тичан- за америчку политичку науку која савремени политички систем (државу) посматра кроз призму власти, владе, управљања, ауторитета, командовања и сл.¹⁹¹⁹ И то свођење државе на политику, њено представљање- као политичке институције или оквира у коме се одвија институцио-нални- политички живот је мистификовано, тумачено искривљено. Она је, више него што јесте, схваћена као облик силе и насиља – са разних страна критикована и оспоравана, изложена најдубљим- сумњама и преиспитивањима која су довела у питање њен морални и рационални ауторитет.

Вулгарно марксистичко учење највише је оспорило држави објективност и рационалност представљајући је искључиво као оруђе за принуду- у рукама једне класе против друге класе. Уз све остале грешке и заблуде о држави, марксисти су превидели да држава своју рационалност не постиже само силом. Сила је само краткорочна- гледано најефикаснија,-²⁰²⁰ док се на дужу стазу држава служи како својим ауторитетом тако и коришћењем материјалних и других средстава и предности. На крају и сама потреба за државом (и њеном принудом) види се у томе што човек осећа жељу за једним ауторитетом у који ће да верује.

Уколико се руши ауторитет цркве или неке друге силе којој се човек потчињава, шта му друго (осим породице) остаје као уточиште или спас? И то што је држава творевина заснована на снази ауторитета, односно-обавези на послушност према њеним заповестима, не значи да је више

Leon Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel* gl. I, II, Paris, 1934.

Проф. Јован Ђорђевић, *Политички систем, Савремена администрација*, Београд, 1988. год. стр. 178

Ибид, стр. 71

Исаија Берлин, *Четири огледа о слободи*, „Нолит“, Београд, 1992. год. стр. 231.

насилна и ауторитарна у односу на друге. Своју силу, насиље држава упо- требљава само у крајњој нужди, онда када закажу њена друга, мирољуби- ва средства путем којих она одржава стабилност, јединство и равнотежу- друштвених снага, односно класа у друштву.

Док једни критикују државу да није представник целог друштва, свих грађана, већ да своју политичку функцију остварује у корист једних, а на штету других, има и оних других који се позитивно изјашњавају о њој. За њих она није класно ограничена и искључиво принудна организација, већ политичка заједница која брине о општем добру, стара се о заједничком- животу и хармоничном развоју. Како добро примећује наш великан Слободан Јовановић, држава осигурава заједнички живот, и то тако што се у њој поштује ред, правила која важе за све мада она често нису идеална

не обезбеђују савршену хармонију.²¹²¹ И када се појављује као принудна организација, она има у себи правичност јер у тој принудности- не стаје увек на страну једне класе, а против друге. Држави не треба да се замери ако се у једној ситуацији више стави на страну интереса једне групе а не свих осталих. Ако то и уради то важи тренутно, а не значи и да ће у другој прилици да се исто понесе. Да држава није слепо оруђе једне (владајуће) класе против друге класе, најбоље говоре примери где се њени интереси нису поклапали- са интересима капиталиста него са интересима радника (нпр. радно и социјално законодавство).²²²² Зато држава није ремети- лачка и угњетачка сила и институција, већ супротно од тога. За нашег Слободана Јовановића она је регулаторна, умна и морална установа која усмерава друштво у правцу објективних и општедруштвених интереса.²³²³ Као рационална организација, држава настоји да делује за добро свих друштвених група и појединаца, смирује унутрашње сукобе и напетости, обезбеђује услове за хармонично функционисање друштвеног живота. Као рационална творевина,- држава оличава општедруштвене вредности

циљеве. За Слободана Јовановића она је носилац државне идеје, њени органи треба да су свесни те идеје и да раде на њеном остварењу. Политичку рационалност- држава постиже политичким средствима – вештином усмеравања друштва, обезбеђивањем компромиса међу супротстављеним друштвеним групама и интересима а само у крајњем случају принудом.

Слободан Јовановић, Формална социологија, предавања Слободана Јовановића, професора Универзитета, Фугуре, Београд, 1938. год. стр. 90

Слободан Јовановић, Из историје политичких доктрина, Сабрана дела, Том 9, БИГЗ, СКЗ и Југославијапублик, Београд, 1990. год. стр. 347

Светислав Јарић, Схватања Слободана Јовановића о основним државно – правним институцијама у историјско-политичким радовима (магистарски рад), Београд, 1988. стр. 38.

За државу је поразно уколико своју ефикасност и успешност обезбеђује употребом силе и репресивног апарата. Држава прибегава репресији невољно и у крајњој нужди. То бива онда када су унутрашње напетости тако велике и непремостиве- да се не могу смањити апелом на свест и то-леранцију друштвених- актера. Свој ауторитет држава боље обезбеђује и одржава добровољним прихватањем њене политике и мера које предузима у вођењу државних послова.

На тај начин она најбоље уједињује грађане у општем интересу, и то је оно чему теже сви заједно и појединачно.²⁴²⁴ Тако се држава приближава- античком идеалу савршене и праведне заједнице где се влада путем добрих закона и то за добро, односно корист свих њених грађана. Без правичних закона и мудре владавине, држава јесте извор зла и несреће за појединце који се са њом не поистовећују. Тада људи не виде себе у ономе што држава ради и што треба да се изражава кроз општу корист. Уз то држава није нешто што треба да се изражава статично и моно-литно,- бесконфликтно, што се лако одржава и нема унутрашње пукотине. Она је испуњена бројним проблемима, прожета контрадикци-јама- и супротстављеним- интересима, али све то не умањује њену општедруштвену- корист и функцију. Она је једино прихватљиво средиште у коме се укрштају разни центри моћи и одмеравају односи снага разних субјеката, како оних на власти тако и оних који на њу претендују. То што је држава прихватљива и правична за већину не значи да је савршена, да увек свима причињава само добро, не наноси им никакво зло. Као и свака друштвена организација, и држава не може да постоји, опстаје без елемената надређености- и подређености. Шта више, у држави као најсложенијој организацији- мора да постоји подела на оне који наређују, нешто заповедају, и оне који то морају да слушају. То није последица класне ограничености и неправедности државе, како тврде њени опоненти и непријатељи. За Слободана Јовановића је то нешто што је неизбежно у човековом животу, предодређено његовом природом,²⁵²⁵ менталитетом.

IV

Сем што је политичка, држава је и правна заједница и творевина. Док је у традиционалном смислу више била политичка заједница, данас више није тако па је за њу једнако важно што се појављује и као правна заједница. Та дилема - шта је боље за државу: да ли да буде владавина људи или

Аристотел, Политика „Култура“ Београд, 1970. стр. 81-82

Слободан Јовановић, Формална социологија, предавања Слободана Јовановића, професора Универзитета, „Футур“, Београд, 1938. стр. 19.

владавина закона давнашња је пре античка него наша, модерна преокупација. О њој су размишљали и дали решење још давно антички великани Платон и Аристотел. Тако је Платон прво давао предност владавини мудрих. Но, како је тешко пронаћи такве надарене људе, у њиховом одсуству он се опредељује за владавину закона која је по својој вредности одмах иза њих.²⁶²⁶ Аристотел је отишао још корак даље. Он није имао никакву резерву према владавини закона нити је видео било какву алтернативу њој. Тврдио је да власт треба да припадне мудро састављеним- законима који су бољи

од владавине најбољих људи који су подложни страстима, док је закон правило без страсти.²⁷²⁷ Подучени античким искуством, данас можемо да тврдимо да је прошло време кулминације државе као политичке заједнице или облика демократије. Сведоци смо да је наступило доба величања и испољавања државе као правне заједнице или творевине. Због свих проблема са којима се суочава политичка демократија, све смо склонили да верујемо да је за модерну државу важније да у њој владају закони (поштује се право) него да влада демократија. Демократија је већ неколико векова идеал који следимо, у који не сумњамо нити га преиспитујемо. Данас смо све мање задовољни оним што нам пружа политичка демократија, али за њу немамо праву алтернативу. У одсуству доброг испољавања, функционисања државе као облика политичке заједнице или демократије једино нам остаје да у њу верујемо као правну заједницу или творевину. У том правном смислу, за државу је важно да је добро правно нормирана, да се поштују њени закони

да нема правних празнина или контрадикција. Као правна творевина, држава се испољава као правна организација у којој постоји хијерархија правних надлежности и норми²⁸²⁸ које су хармонизоване и обезбеђују складно функционисање правног система. Правна држава је шира по свом појму од значења државе као политичке заједнице или облика демократије. Она је услов постојање демократског политичког уређења, а не обрнуто. Иако се ова два појма државе често поистовећују и подударују, то не мора увек и да буде тако. Држава може по свом политичком- уређењу да буде демократска, али не мора да буде правна. И обрнуто, логичније је очекивати да добро правно уређена држава буде пре демократска него недемократска. Али, ни ту нема правила јер је и једна недемократска – фашистичка или тоталитаристичка - држава може бити правно уређена. То ће бити уколико се у њој добро спроводе закони, обезбеђује- ред и дисциплина у

Коста Чавошки, Увод у право I основни појмови и државни облици, „Драганић“ Београд, 1996. стр. 115

Аристотел, Политика, 1282 в, БИГЗ, Београд, 1975.

Проф. Јован Ђорђевић, Политички систем, „Савремена администрација“, Београд, 1988. стр. 68.

извршавању законских обавеза. Шта више, такве недемократске државе због своје недемократичности имају потребу за већим правним уређењем разграничењем своје власти од свих других власти које могу да јој се супротставе и ограниче је.²⁹²⁹ Већа штета и опасност по једну државу долази од непоштовања закона, правног поретка- него од употребе недемократске власти. Модерном добу (у друштву) је потребније да држава буде више правна него демократска. Држава пре свега треба да се избори да постане

опстаје као правна творевина а тек након тога да се бори за већи степен демократије. Притом, за државу као правну заједницу није довољно да буде само правно нормирана јер је у минималном правном смислу свака држава донекле и правна. Уствари, за правну државу је важно да признаје поштује нешто што је старије и стоји изнад сваке државе, има да се чува од сваког угрожавања. Зато је правна држава повезана са идејом о подели ограничењу власти, али и постојању људских права и слобода која су света, старија и од саме државе, у која ова не сме никако да дирне.³⁰³⁰

Када се каже да држава треба да буде добро правно уређена, под тим се мисли да у њој и државни органи и грађани поштују и извршавају не само оно што им користи него и оно што их обавезује. Правна држава не сме да се сведе на пуки правни формализам. То није празан декор који улепшавају бројне и разноврсне правне норме. Од њиховог броја и врсте важнији је њихов домет. Боље је имати мање норми и мање нормирану државу али да се то што има и поштује, него много норми, нормирање које се не поштује. Као што у модерној држави постоји криза политичког уређења (демократије), тако постоји и криза права, поштовања закона. Криза правне државе може пре да се савлада од кризе демократије. Демократија је више идеал него могућ и остварљив циљ и поредак, што не важи за право и владавину закона. Лакше је постићи да људи поштују право

законе него да овладају демократијом по узору на антички, односно-атински идеал демократије. Историја и пракса демократије су показале да је она тешко остварљива мада је данас ретко ко критикује и преиспитује или јој ниду алтернативу.

Правну државу треба посматрати одвојено од сваке политике па и оне демократске. Она мора да се ограничи на правне захтеве и принципе за успостављање правне заједнице која треба да контролише политичку заједницу. Држава као политичка заједница остварила је свој врхунац са демократијом и као таква има мало изгледа да се поправи и напредује. Чак и да не одумири или да неће никад нестати, држава ће се мењати.

Радомир Д. Лукић, Анкета: шта је правна држава, „Гледишта“, бр. 10-12, Београд, 1989. стр. 74.

Ибид стр. 81

Она ће све мање да рачуна и ослања се на власт и силу, а све више на човека, грађанина – његово политичко испољавање и деловање. Таква политичка држава ће у будућности да слаби у корист грађанина, да му се враћа, ослобађа и поспешује његове врлине, у оном античком, Аристотеловом смислу га доживљава као *zoon politikon*. Правну државу не чека иста судбина као политичку државу. Да би била на завидном нивоу, правна држава мора не само да опстаје него и јача. Она је јача зато што сваком човеку пружа сигурност и гарантује му права и положај који му припада. При томе једна држава не може да очекује да буде правна све док је национална (и националистичка),³¹³¹ док не постане анационална и грађанска-. Зато, мора мање да рачуна и очекује од народа, а више од човека, односно грађанина са цивилизованом политичком и правном културом. Са становишта права, боља је и потребнија грађанска држава која се више ослања на индивидуалне, грађанске слободе и права, а све мање на колективне (и националне) слободе и права. Правна држава је у стању да правним нормама регулише све оно што политичкој држави одговара да буде нерегулисано. У одсуству правне регулативе, све је препуштено судбини- политичког нахођења сваког ко се најбоље снађе или сналази у животу. Док правна држава не надјача и превазиђе политичку државу, треба очекивати да се оне помажу и допуњују. Но, правна држава предњачи-. Она је претпоставка политичке државе јер је политички легитими-тет- државе заснован на правном легитимитету или боље речено, владавини- права.³²³²

V

Живимо у свету доминације политике па не чуди да је и наша основна животна преокупација још увек политичка. Свако на свој начин настоји да стекне или сачува неке привилегије и у томе се понаша макијавелистички. Мало је оних који имају политичку част и савест да се ради својих политичких амбиција и циљева служе дозвољеним или легалним средствима. Ова наша модерна епоха је окренула леђа многим традиционалним вредностима, између осталог релативизовала је моралне ставове па и осуду. Зато и не чуди да разни политички, криминални и остали преступи не наилазе на друштвену и моралну реакцију какву заслужују. Све смо равнодушнији према појавама кршења права и закона. Њихови виновници

Данило Н. Баста, Анкета: шта је правна држава, „Гледишта“, бр. 10-12, Београд, 1989. год. стр. 76.

Мирослав Печујлић, Савремена социологија (стара и нова слика света), НИУ, „Служ-бени лист СФРЈ“, Београд, 1991. год. стр. 167.

не само да не изазивају наш презир него неким изгледају и симпатично, чак у њима виде и узоре и хероје нашег доба. Криза правне државе не сме да нас обесхрабри да поклекнемо и скренемо са правог – правног пута. То што се право не поштује довољно, или никако, више говори о нама него о томе да оно није добро. Такво кршење права и закона у привреди, у држави, установама, разним организацијама па и од самих грађана последица је нездраве друштвене климе, недостатка моралне и правне културе. Иако смо свесни да морамо да испуњавамо различите друштвене, правне, политичке и остале обавезе, то многи од нас не чине. На правне норме се обазиремо и поштујемо их само ако од тога имамо користи, стичемо неке привилегије. Ако нам пак намећу обавезе, мање више сви гледамо да их на разне начине избегнемо ако то можемо да изведемо. Политичка држава или демократија је развила илузију о широким правима која не-мају реалну основу у друштвеном и материјалном- животу. То мора да се промени и да, уместо празних политичких обећања, правним средствима радимо на обезбеђењу само оних права за која постоје реални друштвени и материјални услови.

Иако право и политика деле судбину друштвене надградње, право мора да предњачи, да иде испред политике. Политика мора да се промени, ограничи и сузбије своје амбиције а за то је потребно да право ојача и постане способно да се супротстави њеној (политичкој) свемоћи.

Без обзира на међусобне односе права и политике, правна држава није ривал нити опасност по политичку државу. Много пута правне за-бране- и ограничења могу више да користе него да штете политичкој држави, односно демократији. Није добро да се политичке одлуке правно формали-- зују или легитимизују да би се створио привид да добро функционишу- и право и политика (демократија). Гледано на дужу стазу, мало је користи од широке „толерантне“ демократије у којој је све могуће и допуштено. Већа је корист од ограничене или „дозиране“ демократије у којој се грађанима, организацијама и другим политичким субјектима признаје само оно што је правно допуштено. Још смо далеко од правне државе коју прижељкујемо па се о системским условима и гаранцијама за њу више говори него што их има. Из кризе, застоја права и владавине закона могу да нас изведу економске, политичке, идеолошке, културне односно друштвене промене које нас ослобађају наслеђа традиционалне политике и доминације. Све до тада право ће да заостаје за политиком, биће њен слуга, ограничаваће се на формално-правну инструментализацију- политике. И сада, а још више у будућности, требају нам добри закони, поуздане правне институције али и поштовање правних захтева и гаранција без којих ни једна власт не може да се ограничи, подведе под друштвену регулативу и контролу.

Vladan Mihajlović, LLD
Full professor

AMBIGUITY AND CONTRADICTION OF THE STATE AS A LEGAL AND POLITICAL COMMUNITY

Up to the present day, the state is held as an institution of traditional politics and domination. As the political community, the state has created more imbalances and caused more evil, over past centuries, than bringing justice and equality to the people. Such traditionally view to the state has had many revolutions in the 18th century. The revolutions have brought the idea of freedom, justice and equality and a new civil state and they were committed to these high ideals come true. So far the civil state has failed to transform to the legal community as expected. State is increasingly used by political means and exposes the danger of creating relations of imbalances and domination. Only when it becomes legal entity state will be relieved of risks of being unfair, works for the one more than the second one, and gives more what belong to others and vice versa. Only in such a State they are all equal under the law and everyone has the same rights but also the obligations that are imposed by law. Until such State we still have to wait, hoping to pass the time of the political state. The time of legal state will come when we have good law regulations, reliable legal institutions and legal limits that will limit the power and lead under social regulation and control.

Dr Đordije Blažić, redovni profesor

REFORMA UPRAVNO PROCESNOG ZAKONODAVSTVA CRNE GORE

Apstrakt: Savremena javna uprava ne može se zamisliti bez savremenih, efikasnih i efektivnih procedura kojima će se građanima garantovati ostvarivanje sloboda i prava ali i adekvatna zaštita javnih interesa. Načela evropskog upravnog prava, kao i standardi upravne prakse u zemljama članicama EU se samo djelimično ostvaruju u važećem Zakonu upravnom postupku Crne Gore. Važeći Zakon ne sadrži sve moderne vrste upravnih aktivnosti i, samim tim, ne pruža potpunu pravnu zaštitu u odnosu na te aktivnosti. On predviđa relativno komplikovan i dugotrajan upravni postupak i ne obezbjeđuje neophodan opšti pravni okvir za e-upravu”

Evropski upravni prostor počiva na više glavnih uporišnih tačaka: načelu vladavine prava, poverenja - pouzdanosti i predvidljivosti; načelu javnosti i prozračnosti; načelu depolitizovanosti (političke neutralnosti) i odgovornosti, kao i zahtevima za ekonomičnošću i delotvornosti. Pravo građana Evropske unije na dobru upravu je propisano u članu 41 *Povelje o osnovnim pravima Evropske unije*. Rezolucija Komiteta ministara Saveta Evrope (77) 31 “o zaštiti pojedinaca u odnosu na akte uprave” od 28. septembra 1977. godine (Savet Evrope u svojoj *Rezoluciji 77, 31*) takođe priznaje pravo građanima na dobru upravu, na zaštitu, naročito sudsku, njihovih individualnih pravnih situacija - i naglašava pravičnost, korektne i uravnotežene relacije između građana i javne uprave. S tim u vezi, Evropski sud pravde je ustanovio opšte upravne principe na osnovu kojih je uspostavljena praksa nacionalnih upravnih sudova država članica EU, čime se formiraju zajedničke evropske vrijednosti u ovoj oblasti. Radi motivisanja javne uprave na aktivno, delotvorno zakonito držanje neophodno je usaglašavanje upravnih postupaka sa novim standardima evropskog upravnog prostora, naročito država koje kreću ili su u procesu pridruživanja Evropskoj uniji. **Ključne riječi:** Uprava, upravni postupak, upravni akti, upravne aktivnosti.

Uvod

Bivši jugoslovenski upravni prostor ima veoma dugu tradiciju primjene upravnih postupak , počevši još od pravog Zakona o upravnom postupku iz Kraljevine Srba Hrvata i Slovenaca iz 1924 godine koji se primjenjivao sve do donošenja novog Zakona o upravnom postupku nakon II svjetskog rata 1956 godine , koji je mijenjan četiri puta i to: 1965, 1967,1978 i 1986. godine. Nakon raspada bivše SFRJ i formiranja Savezne Republike Jugoslavije, kao federacije dvije federalne jedinice Srbije i Crne Gore , donijet je 1997. godine novi Save-zni Zakon o opštem upravnom postupku („Službeni list SFRJ”, 33/97) kojeg su primjenjivali i savezni organi Jugoslavije i organi Srbije i Crne Gore.

Medjutim, pravni sistem Crne Gore je od 2003 godine postao bogatiji za tri vlastita, autentična zakonska akta koji se odnose na procesnu upravno pravnu materiju. Naime, 2003 godine donijet je prvi crnogorski Zakon o opštem upravnom postupku, („*Službeni list RCG*”, br. 60/2003 i „*Službeni list CG*”, br. 32/2011) koji je izmjenjen i dopunjen 2011 godine, u kojem su sadržane opšte upravno-procesne norme koje su, po pravilu, mjerodavne za sve državne organe, organe lokalne samouprave, organizacije i ostale javne subjekte koji vrše javna ovlaštenja u svim vrstama upravnih stvari. Takođe u oblasti upravnog procesnog prava donijet je i Zakon o upravnom sporu („*Službeni list RCG*”, br. 60/2003) koji sadrži procesno pravne norme upravno sudskog postupka - upravnog spora, ali i posebni procesni zakon u oblasti inspeksijskog nadzora

– Zakon o inspeksijskom nadzoru („*Službeni list RCG*”, br. 60/2003) kojim se uređuje postupak inspeksijskog nadzora.

Druge države Evropske Unije, ali i države u okruženju, takođe imaju svoje Zakone o opštem upravnom postupku, među kojima je Hrvatska već uskladila svoj ZUP sa evropskim standardima 2009 godine, dok su ostale države u okruženju još uvijek u procesu harmonizacije (Srbija već treći put radi nacrt ZUP-a, BiH i Makedonija su na početku ovih aktivnosti).¹

Uloga ZUP-a i posebnih upravnih postupaka u upravnom sistemu Crne Gore

Zakon o opštem upravnom postupku donijet je 21. oktobra 2003. godine, a u primjeni je od 30. oktobra iste godine.² ZUP je svakako najznačajniji procesni zakon u upravno-pravnoj oblasti u Crnoj Gori koji se primjenjuje usgotovo svim sferama društvenog života (upravnim oblastima). U tom kontekstu on je opšti zakon koji se primjenjuje u svim slučajevima kad državni organi i organi lokalne uprave ustanove i druga pravna lica kada, u upravnim stvarima, neposredno primjenjujući propise, rješavaju o pravima, obavezama ili pravnim interesima fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke, kao i kada obavljaju druge poslove utvrđene ovim zakonom (član 1 i 2). Međutim, uzimajući u obzir okolnost da se prava i obaveze fizičkih i pravnih lica i drugih subjekata ostvaruju u veoma širokom društvenom opsegu, odnosno u gotovo svim sferama društvenog života koje su od interesa za sve građane i koje su i od javnog interesa postavlja se pitanje da li je moguće da ZUP svojim pravilima može obezbijediti sveobuhvatno postupanje

U komparativnim upravnim sistemima novija kodifikacija upravnog zakonodavstva je započeta mnogo ranije i već je ostavrena npr. u Portugalu (1991.), Holandiji (1994.), Federaciji Bosne i Hercegovine (1998 i 2002.), Sloveniji (1999.), Grčkoj (1999.), Estoniji (2001.), Hrvatskoj (2009 god donijet reformisani novi ZUP).

Službeni list RCG br.60/03

subjekata u svim sferama života ili postoje specifične oblasti života (upravne oblasti) koje se ne mogu adekvatno procesno pokriti opštim pravilima ZUP-a . Uvažavajući takvu okolnost i društvenu realnost , ZUP dozvoljava mogućnost da se u specifičnim upravnim oblastima (npr. poreska, carinska, zdravstvena, penzijska, invalidska, javne nabavke , zaštita kulturnih dobara, metrologija, žigovi i sl.) odredbama posebnih zakona mogu se propisati i neophodna odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka , ali takva odstupanja moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ovim zakonom (član 3).³

Sama odredba ZUP-a o mogućnosti odstupanja od primjene pravila opšteg upravnog postupka ukazuje na nekoliko stvari :

1. Da se nemože propisivati specifični ili specijalni upravni postupak .
2. Da se mogu propisati samo neophodna odstupanja od ZUP-a
3. Da se odstupanja od ZUP-a mogu propisati samo u specifičnim upravnim oblastima, a ne svim upravnim oblastima .
4. Da se odstupanja od ZUP-a mogu propisati samo u specifičnim upravnim stvarima , a ne svim upravnim stvarima .
5. Da se odstupanja mogu odnositi tj. propisati samo u odnosu pojedina pitanja a ne na sva pitanja opšteg upravnog postupka .
6. Da se odstupanja mogu propisati samo zakonom a ne i podzakonskim aktima
7. Da se odstupanja od ZUP-a mogu propisati odnosno neka pitanja uređiti drugačije samo ako je to neophodno za postupanje u toj upravnoj oblasti
8. Da se ZUP u odnosu na posebne upravne postupke primjenjuje supsidijarno u odnosu na posebno uređena pitanja , a da se u odnosu na sva ostala pitanja koja nijesu uređena posebnim postupkom, ZUP primjenjuje neposredno .
9. Da se pojedina pitanja postupka mogu se za određenu upravnu oblast propisati drukčije samo ako su ona uređena u skladu sa načelima ZUP-a . To znači da specifičnost upravne stvari u pojedinim upravnim oblastima nemogu biti osnov da odredbe takvih zakona dovode u pitanje pravila opšteg upravnog postupka , odnosno postulate na kojima počiva ZUP. To takođe znači da osnovana pravila upravnog postupka predstavljaju minimum garancija, tj. donja granica ispod koje se ne smije ići regulacija u posebnim ili specijalnim zakonima. Ovo i sa razloga što su osnovna pravila ZUP-a i osnov i za pravilnu pravnu interpretaciju procesnih odredbi drugih (specijalnih) procesnih propisa iz oblasti upravnog prava . Iz iznesenog se može zaključiti da crnogorsko upravno procesno pravo predviđa niz ograničenja za propisivanje posebnih postupaka. Na taj se način

„Odredbe zakona kojima se, zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima, propisuju neophodna odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka moraju biti u saglasnosti sa osnovnim načelima utvrđenim ovim zakonom. „(član 3 ZUP-a)

željelo postići da se posebni postupci svedu na što manji (nužni) broj upravnih oblasti i upravnih stvari, odnosno da odstupanja od pravila opšteg upravnog postupka bude što manje.

Medjutim u svim tranzicijskim zemljama, a naročito onima koje žele postati članice Europske Unije, iskazuje se potreba reformisanja i modernizacije državne uprave, načemu je i Crna Gora intezivno radila još od 2002 godine . U posljednje vrijeme posebno se naglašava potreba da se kodifikacija upravnog postupka veže za načela evropskog upravnog prostora i dostignutu praksu Evropskog suda, uz favorizovanje načela zakonitosti. Sve izraženija su shvatanja da bez te kodifikacije nema garancije da će pojedinačni akti državne uprave i tijela koja imaju javna ovlašćenja biti zasnovani na zakonu. Pri tome i dalje je najvažnije, centralno pitanje kako pronaći ravnotežu između zahtjeva da upravni postupak bude brz i jednostavan, i zahtjeva da se zaštite i ostvaruju prava stranaka koje učestvuju u upravnom postupku .

Takav opšti zakon odražavao vrijednosti važećeg ustavnog poretka Crne Gore označenog u principu vladavine prava i udovoljavao zahtjevima moderne uprave. Medjutim takav zakon imao bi i svoje povratno dejstvo , jer nema moderne, odgovorne i učinkovite uprave bez savremeno uređenog upravnog postupka kojeg karakteriše jednostavnost, sa što manje formalnosti, te jasnoća i preciznost pravila. Takav opšti upravni postupak smanjio bi potrebu za normiranjem posebnih upravnih postupaka kao *lex specialis* i isti bi bili svedeni na mnogo manji broj manji broj specifičnih upravnih oblasti nego što ih imamo trenutno u crnogorskom upravnom sistemu .

Sistematika postojećeg ZUP-a Crne Gore

Sistematika postojećeg Zakona o opštem upravnom postupku urađena je na način što je njegovih 297 članova grupisano u 5 dijelova , a u okviru tih djelova sistematizovano je 20 glava, kojima su uređena gotovo sva opšta pitanja upravnog postupka. **Prvi dio „Opšte odredbe“** sistematizovana je u 9 glava i to : osnovna načela, nadležnost, stranka i njeno zastupanje, komunikacija organa i stranaka, dostavljanje, rokovi, povraćaj u pređašnje stanje, održavanje reda i troškovi postupka. **Drugi dio „Prvostepeni postupak“**, sistematizovan je u 4 glave i to: Pokretanje postupka i zahtjevi stranaka , Postupak do donošenja rješenja, Rješenje, Zaključak. **Treći dio „Pravna sredstva“** uređen je u 3 glave i to : žalba, ponavljanje postupka i naročiti slučajevi poništavanja, ukidanja i mijenjanja rješenja. **Četvrti dio „Izvršenje“** uređen je u dvije glave i to : zajedničke odredbe i izvršenje radi obezbeđenja i privremeni zaključak . **Peti dio „Sprovođenje zakona“ obuhvata** , inspekcijski nadzor i prelazne i završne odredbe .

Aktivnosti na pripremi novog ZUP-a

Nakon Strategije reforme javne uprave Crne Gore za period 2002 - 2009 godine, Operativni tim za regulatornu reformu Vlade CG je pripremio a Vlada CG usvojila Strategiju reforme javne uprave CG za period 2011-2016 ("Aurum") marta 2011 god. U sklopu pripreme strateških reformskih dokumenata, Vladin operativni tim za reformu u oblasti procesnog prava, pripremio je smjernice za izradu novog Zakona o opštem upravnom postupku. Takođe ekspertski tim SIGMA zajedno sa radnom grupom MUP-a pripremio je 2012 godine Policy paper promjena ZUP-a, a zatim i novi tekst nacrtu a zatim tekst predloga ZUP-a (novembar 2013 godine) čije usvajanje je planirano do kraja 2013 godine.⁴

Prepoznajući potrebu usklađivanja zakonodavstva kojim se uređuje opšti upravni postupak sa savremenim društvenim okruženjem i standardima – zahtjevima evropskog upravnog prostora,

Vlada Crne Gore je, kao jedan od ključnih prioriteta u sprovođenju reformi u Crnoj Gori, planirala i pripremu novog Zakona o opštem upravnom postupku. Stoga je Programom rada Vlade Crne Gore za 2012. godinu, bila predviđena obaveza Ministarstva unutrašnjih poslova da za III kvartal pripremi Nacrt zakona o opštem upravnom postupku.

Prethodno se u skladu sa Akcionim planom za praćenje sprovođenja preporuka iz Mišljenja Evropske Komisije pristupilo izradi strateškog dokumenta za pripremu novog Zakona o opštem upravnom postupku, koji je realizovan uz podršku domaćih eksperata i eksperata SIGME-e u okviru Projekta "Podrška za poboljšanje vladavine prava i upravljanja" – zajednička inicijativa OECD i EU. Shodno zaključcima Vlade sa sjednice od 28. jula 2011. godine, kada se Vlada upozнала sa ovim strateškim dokumentom, polaznu osnovu za pripremu novog ZUP-a činile su preporuke iz Koncepta za novi Zakon o opštem upravnom postupku.

Za pripremu Nacrta zakona Ministarstvo unutrašnjih poslova, kao obrađivač, obrazovalo je međuresorsku projektnu grupu koju su, pored predstavnika ovog ministarstva, činili i predstavnici Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore, Fakulteta za državne i evropske studije, Ministarstva pravde, Generalnog sekretarijata Vlade, Uprave za kadrove i Upravnog suda Crne Gore. Zadatak projektne grupe je bio da, uz podršku eksperata SIGMA-e pripremi tekst Nacrta zakona o opštem upravnom postupku, na osnovu preporuka iz Koncepta za novi Zakon o opštem upravnom postupku („Policy paper“ o opštem upravnom postupku).

Međuresorska projektna grupa za pripremu zakona počela je sa radom krajem septembra 2011. godine, kada je 30. septembra 2011. godine u Budvi održana i Konferencija na kojoj je prezentiran Koncept za novi Zakon o opštem upravnom postupku. Cilj Konferencije je bio da okupi i uključi stručnu javnost u dijalog o prilagođavanju javne uprave novim društvenim i ekonomskim izazovima i modernizaciji upravnog postupka. Prvi rezultati rada predstavljeni su i prodiskutovani 18. januara 2012. godine, kada je održan zajednički sastanak članova Konsultativne radne grupe.

Shodno odredbama člana 7 Uredbe o postupku i načinu sprovođenja javne rasprave u pripremi zakona, Ministarstvo unutrašnjih poslova je dana 20.03.2012. godine, uputilo javni poziv svoj zainteresovanoj javnosti da se uključi u postupak konsultacija u pripremi Nacrta zakona i da u roku od 60 dana od dana objavljivanja poziva dostave inicijative, predloge, sugestije i komentare u pisanom i elektronskom obliku.

Međutim, kako nije bilo zainteresovanih za postupak konsultacija, krajem maja 2012. godine, Ministarstvo unutrašnjih poslova je nakon isteka predviđenog roka za konsultaciju, svim

Važeći ZUP iz 2013 godine je zakon s kvalitetnom osnovnom strukturom i njegove dobre strane su brojne: dugotrajna primjena, dobra proceduralna zaštita stranke, pravo na žalbu, insistiranje na zakonitosti, zaštita građana i javnog interesa, načelo materijalne istine, pomoć neukoj stranci, usmena ra-sprava, široke mogućnosti dokazivanja činjenica i sl. Međutim postojeći ZUP pokazuje i određene slabosti. Potpuno novo društveno okruženje tražilo je njegovu modernizaciju. Razlog za promjenu su i važeći evropski standardi, dobra praksa evropskih zemalja, modernizacija javne uprave koja pretpostavlja drugačiji odnos prema strankama, potreba da se dodatno pojednostavi postupak upravnog odlučivanja, unaprjeđenje i učvršćenje novih standarda zakonodavne tehnike u EU, kao i ubrzan razvoj ICT.

Reforma upravnog odlučivanja predstavlja centralnu osnovu za osiguranje efikasnosti, efektivnosti i predvidljivosti javne uprave u pružanju javnih usluga

državnim organima (ministarstvima i drugim organima uprave) uputilo poziv da i u toj fazi pripreme zakona dostave svoje inicijative, predloge, sugestije i komentare u pisanom i/ili elektronskom obliku. Radni materijal dijela Nacrta novog ZUP-a, koji je do tada bio pripremljen i dostavljen je uz poziv i Vrhovnom sudu Crne Gore, Vrhovnom državnom tužilaštvu Crne Gore, Sudskom savjetu, Tužilačkom savjetu, Advokatskoj komori Crne Gore, Udruženju pravnika Crne Gore, Notarskoj komori Crne Gore, Privrednoj komori Crne Gore,

Uniji poslodavaca Crne Gore, Montenegro biznis alijansi, SSS Crne Gore, Uniji slobodnih sindikata Crne Gore, Zajednici opština Crne Gore i Administratoru Glavnog grada Podgorica. Dostavljeni predlozi i sugestije su pomogli da se pojedina pitanja potpunije, jasnije ili preciznije normiraju i unaprijede, kao i da se obezbjedi pravno-tehnička dorada teksta. Međutim, jedan broj predloga i sugestija nije ni mogao biti prihvaćen budući da je suprotan osnovnim principima i konceptijskim postavkama modernog upravnog postupka. Takođe, shodno rješenjima iz Uredbe kojima je propisano da rasprava o tekstu zakona počinje objavljivanjem javnog poziva za učešće u raspravi na internet stranici ministarstva, portalu e-uprave i jednom štampanom mediju koji izlazi na teritoriji Crne Gore, Ministarstvo unutrašnjih poslova je tekst Nacrta zakona o opštem upravnom postupku, sa obrazloženjem i programom javne rasprave objavilo u dnevnom listu "Pobjeda" 1. februara 2013. godine, a tekst je objavljen i na web sajtu Ministarstva i portalu e-uprave, kojom prilikom su pozvani svi zainteresovani subjekti da daju svoje komentare, primjedbe, predloge i sugestije na Nacrt zakona.

U okviru javne rasprave, koja je trajala 60 dana organizovana su dva okrugla stola i Konferencija u Danilovgradu, u ReSPA-i. Dana 25.02.2013. godine održan je prvi okrugli sto u Budvi, i to za opštine: Ulcinj, Bar, Budva, Tivat i Herceg Novi na kojem je bilo 70 učesnika, a drugi 26.02.2013 u Bijelom Polju za opštine: Andrijevića, Berane, Bijelo Polje, Kolašin, Plav,

Plužine, Pljevlja, Mojkovac, Rožaje, Žabljak i Šavnik, kojem je prisustvovalo 75 učesnika.

Konferencija u ReSPA-i u Danilovgradu održana je 19.03.2012. godine i na istoj je sa teritorije cijele Crne Gore bilo 75 učesnika. U pisanoj formi i/ili elektronskim putem dobijen je značajan broj primjedbi i sugestija i nakon isteka roka od 60 dana za javnu raspravu, a koje su uzete u razmatranje i djelimično prihvaćene, što je konstatovano i u Izvještaju sa javne rasprave. U narednom periodu, Ministarstvo unutrašnjih poslova, kao obrađivač, za pripremu teksta Predloga zakona obrazovalo je Ekspertski tim koji su, pored predstavnika Ministarstva činili predstavnici Ustavnog suda, Vrhovnog suda, Upravnog suda, odbora Skupštine Crne Gore i dr. najjementniji stručnjaci upravnog prava sa našeg prostora.

društvu. Uvažavanjem principa Regulatorne reforme potrebno je bilo ojačati upravno odlučivanje kao ključnu komponentu interakcije između uprave i građana, te je učiniti funkcionalnim pouzdanim, efikasnim, transparentnim i odgovornim sredstvom moderne javne uprave

U skladu sa smjernicama i evropskim standardima pripremljen je teksta predloga novog ZUP-a koji radikalnije mijenja postojeći ZUP naročito uvođenjem novih instituta i ukidanjem postojećih procesnih instituta a po obimu ima 164 člana, odnosno 133 člana manje nego postojeći ZUP.

Razlozi za reformu ZUP-a

U dosadašnjoj primjeni, upravna i upravno-sudska praksa pokazala je određene nedorečenosti i slabosti ZUP-a. Utemeljen u pravnu i upravnu tradiciju Austrije sa početka XX vijeka, pojedine odredbe važećeg ZUP-a pokazale su se kao ograničavajući faktor u ostvarivanju ciljeva i zadataka procesnog upravnog zakonodavstva, prije svega u postupku upravnog rješavanja o pravima i obavezama građana i pravnih lica. Važeći ZUP počiva na izrazito kazuističkoj logici koja je dovela do detaljnog uređenja svih procesnih pravila i toka postupka, koje su ne samo opteretile zakon već se najčešće i ne primjenjuju ili su postale običaji u upravnom postupanju. Poslije više od 80 godina od donošenja prvog ZUP-a najugosloveskim prostorima, suštinski se promijenilo razumijevanje javne uprave i sve su veći zahtjevi za kvalitetnijim upravnim praksama koji su orijentisani ka građanima. Imajući u obzir činjenicu da je u posljednjih nekoliko decenija državna uprava poprimila nove organizacione oblike koji preuzimaju izvršavanje njenih funkcija, novi ZUP se nameće kao sasvim prirodna potreba. U prilog ovome ide i brz razvoj informaciono-komunikacionih tehnologija koji doprinosi promjeni društvenog okruženja i uslova u kojima živimo, sa kojim promjenama se javna uprava mora prilagoditi kako bi ispunila ulogu društveno korisne i potrebne službe u funkciji društvenog napretka. Svakom demokratskom društvu je potrebna javna uprava koja je, s jedne strane, čuvar javnog interesa, a s druge strane, usmjerena prema građanima, preduzetnicima i široj društvenoj zajednici, kao servisno-orijentisana djelatnost.

Takođe, proteklih godina u crnogorskom pravnom sistemu pojedina pitanja upravnog postupka nepotrebno su posebnim zakonima uređena na drugačiji način u odnosu na rješenja iz važećeg zakona što za posledicu ima da upravni postupak (postupci) postaje sve složeniji, a nivo pravne sigurnosti građana umanjen čime se značajno narušava i načelo vladavine prava.

Na osnovu temeljne revizije postojećeg sistema upravnog postupka u Crnoj Gori najprije je utvrđena potreba za izmjenama i dopunama ZUP-a koje su izvršene u junu 2011. godine⁵ i koje su, u suštini, bile neophodne u cilju premošćavanja

5 Sl.list CG", br. 32/2011.

perioda koji je potreban za temeljitiju izmjenu upravnog sistema. S tim ciljem su i Akcionim planom za praćenje sprovođenja preporuka iz Mišljenja EK definisane dvije aktivnosti u pravcu unapređivanja normativnog okvira i to:

Izmjene i dopune ZUP-a sa određenim rješenjima koje je moguće reanalizovati u kraćem roku i ostvariti brze efekte, a zatim

priprema **Koncepta za novi Zakon o opštem upravnom postupku** iz kojeg će proisteći i preporuke za njegovo temeljno reformisanje.⁶

Načela evropskog upravnog prava, kao i standardi upravne prakse u zemljama članicama EU se samo djelimično ostvaruju u važećem Zakonu o opštem upravnom postupku Crne Gore. Važeći Zakon ne sadrži sve moderne vrste upravnih aktivnosti i, samim tim, ne pruža potpunu pravnu zaštitu u odnosu na te aktivnosti. On predviđa relativno komplikovan i dugotrajan upravni postupak i ne obezbjeđuje neophodan opšti pravni okvir za e-upravu.

Imajući u vidu činjenicu da se Crna Gora nalazi u veoma zahtjevnoj fazi EU integracija, neblagovremenost, neefikasnost u upravnom odlučivanju i nedovoljan kvalitet javnih usluga koje državna uprava pruža građanima postaju problem koji će biti pod pažnjom EU tokom pregovaračkog procesa.

Evropski upravni prostor počiva na četiri osnovna načela i to: načelu vladavine prava, pouzdanosti i predvidljivosti; načelu otvorenosti i transparentnosti; načelu odgovornosti, kao i načelu efikasnosti i efektivnosti (*European Principles for Public Administration, OECD-Sigma Paper no. 27*). Iako principi evropskog upravnog prostora nijesu formalno obavezujući za države članice i države kandidate, oni predstavljaju standarde koji treba da se ispune kako bi se ojačao institucionalni kapacitet države i time se osiguralo sprovođenje propisa Evropske unije.

Da bi obezbijedila efikasnu primjenu zajedničke pravne tekovine i podjednaki nivo i kvalitet javnih usluga svojim građanima u svim zemljama članicama, Evropska unija je uspostavila kriterijume upravnih kapaciteta u svim zemljama kandidatima za pridruživanje Uniji. Ovi kriterijumu se u pojedinim područjima redovno ocjenjuju od strane eksperata EU, sve dok se ne ostvare potrebni evropski upravni standardi. Kako se povećava pravna tekovina EU tako se uspostavljaju i kodifikuju sve više upravnih standarda, u različitim upravnim područjima i pitanjima, od sadržaja iz oblasti službeničkog zakonodavstva i upravnih postupaka do finansijskog menadžmenta i oblikovanja programa i koordinacije u samoj Vladi.

Tokom procesa pridruživanja Evropskoj uniji i od Crne Gore će se zahtijevati da ostvari što više evropskih upravnih standarda. Na taj način će se

⁶ Konceptualni osnov za proces izrade novog ZUP-a (policy paper), u skladu sa principom vladavine prava i načelima dobre uprave koji su zajednički za zemlje članice EU, Vlada Crne Gore je usvojila u julu 2011. godine.

obezbjediti cjelovito uključivanje naše uprave u evropski upravni prostor, a istovremeno obezbijediti i veći broj sve kvalitetnijih usluga svojim građanima, preduzetnicima, i drugim subjektima, kao i građanima zemalja članica Evropske unije. Da bi se traženi standardi ispunili biće neophodno ostvarivati bolje rezultate u postupcima upravnog rješavanja, prije svega u pogledu efikasnosti, ažurnosti i zakonitosti.

To znači da novi ZUP mora biti u skladu s ustavnim poretom Crne Gore, te drugim načelima i vrijednostima koje proizilaze iz crnogorske pravne tradicije, ali i Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i drugim međunarodnim obavezama Crne Gore, pravnom tekovinom Evropske zajednice (*Acquis communautaire*), standardima kvalitetne i moderne javne uprave, dobrom praksom crnogorske i kontinentalno-evropske upravne kulture i prakse i standardima dobrog zakonodavstva.

Pravo građana Evropske unije na dobru upravu je propisano u članu 41 *Povelje o osnovnim pravima Evropske unije*. Savjet Evrope u svojoj *Rezoluciji 77 (31)* takođe priznaje pravo građanima na dobru upravu, obezbjeđuje zaštitu osnovnih prava i sloboda pojedinaca i promoviše pravičnost u odnosima građana i uprave. Pored toga, Evropski sud pravde je ustanovio opšte upravne principe na osnovu kojih je uspostavljena praksa nacionalnih upravnih sudova država članica EU, čime se formiraju zajedničke evropske vrijednosti u ovoj oblasti.

Prepoznajući da sporost u upravnom rješavanju dovodi do gubitka povjerenja u institucije, razvoja korupcije, čime se narušava konkurentnost tržišta usluga kao jednog od bitnih činilaca za podsticanje ekonomskog rasta i otvaranja radnih mjesta, *Evropski parlament i Savjet su* 12. decembra 2006. godine, usvojili ***Direktivu o uslugama na unutrašnjem tržištu- 2006/123/ec***. Ovom Direktivom je preporučeno državama članicama EU da preispitaju svoje upravne postupke i unaprijede modele pravne zaštite primjenom pozitivne fikcije, kao izuzetka. Takođe, u obrazloženju pomenute Direktive (preambula, dio br. 43), objašnjava se da je jedna od osnovnih teškoća za stranku u odnosu sa javnom upravom "... složenost, dužina i pravna neizvjesnost upravnih postupaka.

Zbog toga se nekoliko evropskih država odlučilo da u slučajevima kad organi uprave povrijede svoju obavezu rješavanja u određenim rokovima „*da bi olakšalo pristup uslužnim djelatnostima i njihovo vršenje na unutrašnjem tržištu*“, unaprijede pravnu zaštitu građana, propisivanjem instituta pozitivne fikcije, kao izuzetka.

Predlogom zakona o opštem upravnom postupku propisuju se način i uslovi za primjenu sistema pozitivne fikcije u našem upravnom pravu. Predloženo rješenje treba da obezbijedi dobro izbalansiran sistem, obezbjeđujući s jedne strane interes javne uprave da ima na raspolaganju dovoljno vremena da ispita činjenice, sveobuhvatno ispita pravnu situaciju i donese odgovarajuću odluku,

a s druge strane interes i pravo stranke da dobije odgovor na svoj zahtjev u razumnom roku.

Takođe, preporuke iz Direktive EU 2006/123/EC Evropskog parlamenta i Savjeta EU imale su se u vidu priikom normiranja odredbi u tekstu Predloga zakona koje se odnose na pružanje usluga od opšteg interesa i zaštitu prava korisnika usluga od opšteg interesa tako da predložena rješenja obezbjeđuju jednaku dostupnost usluga od opšteg interesa svim građanima, koja je zaga-rantovana bez obzira na pravni oblik njihovog korišćenja.

Novi koncept u tekstu predloga Zakona o opštem upravnom postupku

Sistematika novog teksta ZUP-a bliska je sistematici važećeg ZUP-a, s ugra-đenim promjenama koje su bile nužne radi uvođenja novih pravnih instituta.⁷ Vrlo je važno istaći kako u pogledu pravne sigurnosti, tako i u pogledu mo-gućnosti smanjenja troškova sprovođenja novog zakona da se njegova temeljna struktura previše ne mijenja. Ovo posebno jer je opšti upravni postupak dio istorijskog, društvenog i institucionalnog kapitala naše države i prilikom svake izmjene treba ga tretirati kao vrijedan resurs.

Tekst predloga novog ZUP-a ima 164 člana što je za 133 člana manje od sadašnjeg ZUP-a. Broj uvedenih instituta opšteg upravnog postupka se nije smanjio u velikoj mjeri, već su novim ZUP-om brojna pitanja uređena jedno-stavnije i sistematičnije. Takođe, u potpunosti su uređeni neki vrlo značajni pravni instituti koji predstavljaju važnu novinu u našem upravno - pravnom sistemu (npr. upravni ugovor). U tom smislu, obrađivači ističu da novi ZUP s manjim brojem odredaba na moderniji, jednostavniji i savremeniji način, uređuje veći broj pravnih instituta.

Osnovni ciljevi zakona su:

- pojednostavljenje i ubrzanje upravne procedure;
- smanjenje troškova postupka za sve učesnike u postupku;
- modernizacija procesnih mehanizama ZUP-a;
- stvaranje uslova i otvorenost prema korišćenju modernih informaciono komunikacionih tehnologija za pružanje upravnih usluga (tzv. e-uprava);
- djelotvornija zaštita i javnog interesa i pojedinačnih interesa građana i pravnih lica u upravnim stvarima;

Predlog novog ZUP-a rezultat je dvogodišnjeg rada, najprije Međuresorske projektne grupe, a zatim Ekspertskog tima, uz podršku eksperata SIGMA-e (Programa za unapređenje uprave i menadžmenta koji predstavlja zajedničku inicijativu OECD i Evropske komisije) i njegova rješenja su spoj tradicije i modernizacije, a po brojnim rješenjima slijedi zakone razvijenih demokratskih država.

- lakše i potpunije ostvarenje i zaštita kako zakonitosti, tako i sloboda i prava građana u procesu neposredne primjene propisa u upravnoj materiji.

Medutim teks predloga ima i niz otvorenih pitanja i instituta koji nijesu obuhvaćeni, ali koji su, naročito sa pragmatičnog aspekta, veoma važni za primjenu (npr. bitne povrede paravila postupka, instituti konačnosti i pravosnažnosti itd. itd).

Tekst Predloga ima ukupno 164 članova, podijeljenih takodje u pet dijelova i to :

DIO PRVI – Osnovne odredbe

DIO DRUGI – Pokretanje i vođenje upavnog

postupka DIO TREĆI – Pravna zaštita

DIO ČETVRTI – Izvršenje , i

DIO PETI – Sprovođenje zakona I prelazni I završne odredbe Strateške novine Predloga ZUP-a tiču se, naročito: 1) znatnog

proširivanja predmeta ZUP-a, pored onog standardnog, upavnog akta - i na upravne ugovore, pružanje usluga od opšteg interesa, kao i na ostale oblike upavnih aktivnosti, pri čemu je pojmu upravne stvari određena prostranija sadržina; 2) načela, pri čemu ističemo načelo srazmjernosti, načelo aktivne pomoći stranci, načelo pribavljanja podataka po službenoj dužnosti, načelo izjašnjavanja stranke; 3) komunikacije organa i stranaka u postupku (posebno pravila o elektronskoj komunikaciji), a najviše obavještanja; 4) unaprijeđenja pravne zaštite stranaka u postupku od ćutanja administracije i povećanja broja pravnih lijekova. Značajne su i novine u pogledu stvaranja pravnih pretpostavki za donošenje garantnog akta, za sprovođenje upavnih aktivnosti na jednom mjestu, za donošenje rješenja, za opravdano produženje roka za donošenje rješenja, kod uređivanja pravnih posljedica ćutanja uprave i dr.

Obrađivači ističu da je vrijednost Predloga ZUP-a upravo u tome što ne predstavlja tzv . “kozmetičke promjene” važećeg zakona u kom slučaju bi bilo necjelishodno i donositi ga. Novi ZUP predstavlja potpuno nov koncept upavnog postupka i zaista reformisan zakonski tekst koji treba da omogući modernizaciju crnogorske države, odnosno javne uprave u cjelini.

Ipak, uspješnost primjene novog ZUP-a, prije svega, zavisice od prihvatanja nove upravne logike na kojoj je moderan upravni postupak utemeljen, od adekvatne obuke službenika na svim nivoima javne uprave, od usklađivanja posebnih postupaka sa odredbama novog ZUP-a (koje pitanje treba riješiti u procesu usklađivanja posebnih zakona sa rješenjima novog ZUP-a i pravnim standardima EU) i reforme upavnog sudstva (novi Zakon o upravnom sporu). Upravno sudska praksa je značajan činilac usklađenosti i jedinstvenosti upravne prakse, a od kvaliteta i brzine odluka koje će donositi Upravni sud zavisice i uspješna primjena odredaba ZUP-a.

Usaglašenost sa evropskim zakonodavstvom i potvrđenim međunarodnim konvencijama

Javna uprava je oblast koja nije regulisana nijednim poglavljem *Acquis communautaire*, jer svaka zemlja članica ima, kao svoje suvereno pravo da javnu upravu i unutrašnju organizaciju prilagodi onome što smatra najboljim rješenjem. Međutim, zemlje članice EU, međusobno su prihvatile određene **principe javne administracije** i oni čine uslove **Evropskog administrativnog prostora (u daljem tekstu: EAP)**, koji sadrži jedinstvena načela i pravila za djelovanje javne administracije, o kojima zemlje na putu u EU moraju voditi računa prilikom procesa reforme svoje javne uprave. EAP se sastoji od nepisanih načela raširenih u državama članicama i od načela iz pisanih pravnih izvora. Među pisanim izvorima poseban značaj ima pomenuta Povelja o osnovnim pravima Evropske unije, usvojena 2000. godine koja utemeljuje pravo na dobru upravu. Pored Povelje, u oblikovanju evropskog upravnog postupka važnu ulogu ima Evropski kodeks dobrog upravnog postupanja evropskog ombudsmana iz 2001. godine i gore navedena Direktiva o uslugama na unutrašnjem tržištu iz 2006. godine, koja sadrži zahtjeve u pogledu pojednostavljenja upravnog postupanja, stvaranja jedinstvenog kontaktnog mjesta (*one stop shop*), elektronski potpomognut, odnosno modernizovan upravni postupak, te institut ćutanja uprave koji bi mogli dovesti do velikih promjena u upravnim sistemima i upravnom pravu zemalja članica.

Takođe, pored Kopenhagenskih kriterijuma iz 1993. godine, Crna Gora treba da zadovolji i administrativni tzv. Madridski kriterijum iz 1995. godine, koji zahtijeva postojanje odgovarajućih administrativnih struktura, koje će omogućiti da javna uprava zemlje bude prilagođena pravilima i praksama EU, kako bi zemlja efikasnije usvojila i primjenjivala *Acquis communautaire*.

Predloženi tekst zakona usaglašen je sa evropskim principima i zahtjevima evropskog upravnog postupka.

Koncept novog ZUP-a

OSNOVNE ODREDBE

Primjena zakona i osnovna načela

Prvo poglavlje tiče se primjene, tj. važenja **Zakona o upravnom postupku** (u daljem tekstu: ZUP-a) i njegovih osnovnih načela (čl. 1-15), dok se Glava II tiče Upravnih aktivnosti (čl. 16-37). S obzirom na proširenje primjene ZUP-a na druge oblike upravnih aktivnosti, kao i na činjenicu da je upravni spor jedan od oblika pružanja zaštite pred sistemom upravnog sudstva, odnosno jedan od oblika postupanja upravnih sudova u sistemu koji će nakon donošenja novog ZUP-a

biti potrebno promijeniti, u tekstu se sistematično koristi izraz „upravnosudska zaštita“ a ne izraz s užim značenjem „upravni spor“. Kada će se raditi o upravnom sporu, a kada o drugim oblicima postupka pred upravnim sudovima regulisaće nov Zakon o upravnosudskoj zaštiti, za koji je već predviđeno da se počne pri-premati. Upravni spor tradicionalno označava spor između javnopravnog organa koji nastupa u ime i za račun države, na jednoj, i stranke u upravnom postupku na drugoj strani, a kojeg pokreće stranka upravnom tužbom protiv upravnog akta. Situacije kod upravnog ugovora, kad se upravnom sudu može obratiti i javnopravni organ, tražeći na primjer izmjenu odnosno raskid upravnog ugovora zbog promijenjenih okolnosti ili obavezno poništavanje ugovora, pokazuju da u novom sistemu upravnog sudovanja, do kojeg će doći kad se donese novi Zakon o upravnosudskoj zaštiti valja koristiti širi izraz, a ne izraz „upravni spor“.

Odredbom člana 1 Predloga uređen je predmet i naznačeni subjekti koji su dužni postupati po odredbama ZUP-a, odnosno određeni su javnopravni organi koji su ga dužni primjenjivati. U odnosu na izraz „*javnopravni organ*“ postojala je dilema u korišćenju odgovarajućeg zajedničkog izraza koji bi obuhvatio sve subjekte koji su dužni primjenjivati ZUP u svom postupanju. Izraz „Javna uprava“ napušten je, jer je pravno-teorijski i praktično isuviše širok i neodređen. Međutim, kako je jedno od glavnih načela i cilj novog ZUP-a servisno orijentirana djelatnost u korist građana, ocijenjeno je da je izraz „javnopravni organ“ najpogodniji, budući da više odgovara namjerama novoga ZUP-a i dobroj upravnoj praksi srednjoevropskih država EU. Njime se više naglašava aspekt javnih usluga u odnosu na autoritativno postupanje države u odnosu na prava, obaveze i pravne interese građana i drugih stranaka. Ovakvom stavu uveliko je doprinijela i činjenica da se u postupku decentralizacije sve više poslova povjerava jedinicama lokalne samouprave, u kojima je bez sumnje više naglašen servisni dio javnih poslova, a sve manje autoritativni i jednostrani način rješavanja upravnih stvari. Takođe, prava građana i drugih stranaka značajno su ojačala u odnosu na zakonska određenja kakva postoje u važećem ZUP-u, koji je koncipiran na subordiniranim odnosima uprave i njenih stranaka (član 1).

Kao i do sada, ZUP će se primjenjivati pri postupanju u svim upravnim stvarima. Odredbe posebnih zakona kojima se, zbog specifične prirode upravnih stvari u pojedinim upravnim oblastima, propisuju neophodna odstupanja od pravila upravnog postupka **ne mogu biti u suprotnosti sa osnovnim načelima i ciljem ovog zakona niti umanjivati nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka utvrđenih ovim zakonom**. Pojedine odredbe mogu se posebnim zakonom drugačije odrediti, ako je to neophodno za postupanje u pojedinim upravnim oblastima, ali „ako to nije u suprotnosti sa osnovnim načelima i ciljem ovog zakona i ona ne smiju umanjivati nivo zaštite prava i pravnih interesa stranaka utvrđenih ovim zakonom“. Na ovaj način, posebni postupci neophodni za postupanje za određene upravne oblasti, mogu da budu odgovarajući za te

oblasti, ali posebni mogu biti samo u mjeri u kojoj je to neophodno. Ovakvim određenjem dodatno se ojačava značaj ZUP-a, a njegov rang se podiže skoro do stepena osnovnog zakona (član 2 stav 2.)

Predmet ZUP- a je znatno razuđen, tako da njegova procesna pravila obavezuju državne i nedržavne vršioce u sljedećim vrstama upravnih aktivnosti: 1) kada odlučuju o pravima, obavezama ili pravnim interesima stranke; 2) kada preduzimaju druge upravne aktivnosti koje imaju faktičko dejstvo na prava, obaveze ili pravne interese stranaka. U skladu s prethodnim, a u cilju precizira-nja primjene, odredbom člana 3 data je definicija **upravne stvari**, kao: „ *svaka konkretna situacija u kojoj javnopravni organ, neposredno primjenjujući zakon, drugi propis i opšti akt iz određene upravne oblasti, upravnim aktom odlučuje ili drugom upravnom aktivnošću utiče na prava, obaveze ili pravne interese fizičkog lica, pravnog lica ili druge stranke*“.

Definisanjem upravne stvari sadržinski značajno će se poboljšati dosadašnja situacija u kojoj je zbog nedostatka definicije bio znatno sužen opseg hijerarhijskog, odnosno sudskog nadzora nad radom javne uprave u cjelini. Ovako široko datom definicijom upravne stvari svakako se povećava i nivo ostvarivanja i zaštite prava i pravnih interesa stranaka i onemogućava zloupotreba prilikom tumačenja, a u vezi obuhvata upravnosudske zaštite prava građana.

Među novim osnovnim načelima, posebnu pažnju treba obratiti na **načelo zakonitosti** (član 4) koje dobija novu dimenziju propisivanjem da prilikom upravnog odlučivanja javnopravni organ vodi racuna o ranijim odlukama koje je donio u istovjetnim upravnim stvarima, a da kada je javnopravni organ zakonom ovlašćen da u upravnoj stvari rješava po slobodnoj ocjeni, upravni akt mora biti donijet u granicama datog ovlašćenja, u skladu sa ciljem zbog kojeg je ovlašćenje dato i u skladu sa ranijim odlukama koje je javnopravni organ donio u istim ili sličnim upravnim stvarima. Na ovaj način ostvaruje se i zaštita legitimnih očekivanja stranaka. Cilj je da se unaprijedi pravna sigurnost i izvjesnost odluke, a da se upravna praksa što je moguće više ustali i ujednači, uz dozu neophodne i opravdane elastičnosti.

U evropska načela dobre uprave spada i novouvedeno **načelo srazmjernosti** (član 5). Smatra se da je upravna aktivnost u skladu sa načelom srazmjernosti ako je određeno postupanje nužno da se postigne zakonom utvrđena svrha, ako je srazmjerno cilju koji treba postići i ako se njime ne krše ljudska prava i slobode. Propisivanje ovog načela, koje Evropski sud pravde smatra jednom od osnovnih garancija u upravnom postupanju, predstavlja značajno zakonsko unaprijeđenje jer se njegovim propisivanjem naglašava jačanje položaja stranke u upravnom postupku u odnosu na javnopravni organ, što je suština njenih zajemčenih prava i zakonitosti postupanja. Na ovaj način se pojačava brižljivost i odgovornost organa u primjeni ZUP-a i posebnog materijalnog propisa.

Odredbom člana 6 Predloga propisano je da stranka ima pravo na pravnu zaštitu protiv svake upravne aktivnosti, odnosno nepreduzimanja takve aktivnosti, koja odredba je u skladu sa potrebom da se unaprijedi i proširi opseg pravne zaštite stranke u odnosu na definiciju upravne stvari i predmet ovog zakona.

Odredbom člana 7, koji nosi naziv načelo aktivne pomoći stranci predviđa se obaveza javnopravnog organa da omogući stranci i drugim učesnicima u postupku da, što lakše i efikasnije, ostvare i zaštite svoja prava i pravne interese.

Odredbom člana 11 - Načelo samostalnosti i slobodne ocjene dokaza povećava se samostalnost i odgovornost ovlašćenog službenog lica tj. lica koje vodi postupak i donosi upravni akt pri utvrđivanju činjenica i odlučivanja o upravnoj stvari, kao i pri ocjenjivanju koje će činjenice i okolnosti uzeti kao dokazane i kako će ih utvrđivati u konkretnom slučaju.

Stranka se, s druge strane, propisivanjem **načela pribavljanja podataka po službenoj dužnosti** (član 12) oslobađa dužnosti pribavljanja onih podataka o kojima službene evidencije vode organi, tako da javnopravni organ može da zahtijeva od stranke samo one podatke ili isprave neophodne za utvrđivanje činjenica i okolnosti o kojima se ne vodi službena evidencija.

Odredbom člana 13 – načelo izjašnjavanja stranke, propisano je da stranka ima pravo da učestvuje u postupku utvrđivanja činjenica i okolnosti koje su od značaja za donošenje upravnog akta; da prije donošenja upravnog akta stranka ima pravo da se izjasni o rezultatima ispitnog postupka. Upravni akt može biti donijet bez izjašnjavanja stranke, samo u slučajevima u kojima je to zakonom određeno. Pravo na izjašnjenje stranke je evropski standard koji doprinosi ne samo povoljnijoj poziciji stranke u postupku već i izgledima da će ovlašćeno službeno lice donijeti zakonito rješenje kojim će stranka biti zadovoljna, te ga neće ni osporavati.

Glava II odnosi se na „Upravne aktivnosti“ (čl. 16-38) i posvećena je: upravnom aktu (čl. 17-25); upravnom ugovoru (čl.26-32), pružanjem usluga od opšteg interesa(čl.33-34) i drugim oblicima upravnih aktivnosti koje utiču ili mogu uticati na prava, obaveze i pravne interese lica, kao što su davanje javnih informacija, uzimanje izjava, vođenje evidencija, izdavanje uvjerenja, radnje izvršenja, kao i preduzimanje faktičkih radnji (čl. 35-37).

Kod definicije upravnog akta (član 17), naglašeno je da on ima odlučujući karakter. Za razliku od važećeg zakona Predlogom je data definicija upravnog akta, i to:“ **Upravni akt je pojedinačna jednostrana odluka javnopravnog organa kojom se odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke, donesena na osnovu zakona, drugih propisa i opštih akata koji regulišu upravni odnos između javnopravnog organa i građana ili drugog pravnog subjekta** “.Takođe, za razliku od važećeg zakona koji je razlikovao rješenje i zaključak, upravni akt, u smislu ovog zakona je samo rješenje. Dakle, u svim pojedinačnim jednostranim odlukama javnopravnog organa kojima se odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke odlučuje se u formi rješenja.

Instituti djelimičnog, privremenog i dopunskog upravnog akta su zadržani, ali u manjem obimu (član 18). Ozbiljnost rada javne uprave i sigurniji položaj stranke u postupku, odnosno mogućnost njihovog dugoročnijeg planiranja pravnih transakcija, uvećana je novopredloženim garantnim upravnim aktom, kada je to propisano posebnim zakonom. Njime javnopravni organ može uslovno priznati neko buduće pravi stranci (član 19). Takođe, pored ostalog, naglašeno je da su mogući dodaci upravnom aktu -rok, uslov i nalog (član 20). Donekle je ublažena forma upravnog akta (čl. 22-25), posebno što se tiče sadržine pisanog upravnog akta (član 22). Novinu predstavlja rješenje u stavu 5 člana 22 Predloga kojim se predviđa da, u jednostavnim upravnim stvarima u kojima se u potpunosti usvaja zahtjev stranke, a da to nije na štetu prava i pravnih interesa protivne stranke ili trećeg lica, niti u suprotnosti sa javnim interesom, upravni akt treba da sadrži skraćeno obrazloženje.

Upravni ugovor je potpuno nova kategorija upravnih aktivnosti u upravnom pravu Crne Gore (čl. 26-32). Dok za klasične upravne poslove upravi na raspolaganju stoji institut upravnog akta, za situacije koje zahtijevaju izvjesnu mjeru fleksibilnosti i saradnje između građana i uprave, i unutar same uprave novi ZUP predviđa institut upravnog ugovora. On bi trebalo da doprinese konformnosti i djelotvornosti uređivanja pojedinih javnopravnih odnosa. Kao dvostrani pravni akt, sporazum može biti sklopljen u upravnoj stvari između javnopravnog organa i stranke ili između javnopravnih organa kako bi između sebe regulisali odnose u obavljanju aktivnosti od zajedničkog interesa. Po prirodi stvari upravni ugovor naći će svoju primjenu uglavnom izvan funkcija tzv. „klasične državne uprave“, tamo gdje to zakonodavac ocijeni mogućim i potrebnim.

U Predlogu su najopštije uređena samo specifična pravna pitanja vezana za sve upravne ugovore (uslovi za zaključenje, obavezno poništenje ugovora, izmjena i raskid zbog promijenjenih okolnosti, jednostrani raskid, pravne posljedice neispunjenja ugovornih obaveza i dr.). Na specifičnosti pojedinih tipova upravnih ugovora, primjenjivaće se poseban zakon. Na ono što u pogledu upravnih ugovora nije uređeno ni ZUP-om, ni posebnim zakonom, primjenjivaće se pravila Zakona o obligacionom odnosima (član 32). Da bi upravni ugovor kao pravni institut zaživio u upravnoj praksi, osim opštih odredaba koje uređuje novi ZUP, zakonima iz pojedinih upravnih oblasti treba predvidjeti mogućnost i pretpostavke za zaključenja takvih ugovora u onim situacijama u kojima je takva koordinacija između građana i uprave primjerenija od donošenja jednostrane odluke nekog javnopravnog organa.

Među ostalim oblicima upravnih aktivnosti, Predlogom se najprije uređuje pružanje usluga od opšteg interesa (čl.33-34). Riječ je o izuzetno rastućem području koje će sve više dobijati na značaju s procesom pristupanja Crne Gore u EU. Službe i usluge od opšteg interesa regulisane su pravom Evropske unije, s kojim

se domaće zakonodavstvo treba uskladiti tokom procesa pridruživanja. Budući da su pružaoci usluga od opšteg interesa u sve većoj mjeri pravna i fizička lica privatnoga prava, a radi se o uslugama od opšteg, odnosno javnog interesa, bilo je nužno ZUP-om regulisati načela, određena osnovna pitanja njihovog pružanja i osnovna procesna pitanja u vezi zaštite prava korisnika usluga od opšteg interesa.

Pod pružanjem usluga od opšteg interesa smatraju se postupanja pružaoca usluga od opšteg interesa koja imaju uticaja na prava, obaveze i pravne interese fizičkih i pravnih lica, a kojima se ne rješava u upravnom postupku. Takođe, pod pružaocima usluga od opšteg interesa smatraju se pravna i fizička lica koja na osnovu zakona pružaju usluge od opšteg interesa. Pri tome, posebno se ističu načela kontinuiteta, univerzalnosti, kvaliteta i razumne cijene, transparentnosti postupka i nediskriminacije korisnika javnih usluga. Time se javnopravni organi postavljaju kao temelj zaštite javnog i privatnog interesa. Predlog ZUP-a prepoznaje potrebu zaštite opšteg i javnog interesa nad partikularnim i privatnim interesom. Predviđeno je da se javnopravni organ stara da nadležni subjekti iz javnog i privatnog sektora, vršeći usluge opšteg interesa, pružaju ih na optimalan način, u opštem interesu (neophodan nivo usluga, neprekidnost obavljanja, jednaki uslovi pristupa). Time se štite korisnici usluga od opšteg interesa koji mogu uputiti prigovor nadzornom organu. S druge strane, organ nadležan za vršenje nadzora dužan je ispitati navode korisnika javnih usluga, preduzeti mjere iz svoje nadležnosti po pravu nadzora i bez odlaganja, a najkasnije u roku od 15 dana od dana izjavljivanja prigovora, odlučiti rješenjem. Protiv rješenja o prigovoru nezadovoljna stranka može zatražiti upravnosudsku zaštitu.

Dalje, odredbama čl. (35-37) Predlogom se uređuju i drugi oblici upravnih aktivnosti koje utiču ili mogu uticati na prava, obaveze i pravne interese lica, kao što su davanje javnih informacija, uzimanje izjava, vođenje evidencija, izdavanje uvjerenja, radnje izvršenja, kao i preduzimanje faktičkih radnji.

Glava treća uređuje „Nadležnost“. Odredbe tačke 1“Stvarna i mjesna nadležnost „, su preuzete iz važećeg ZUP-a, jer nije postojala potreba da se bitno mijenjaju, pa su normativno-tehnički doradene i uklopljene u novi koncept Zakona o upravnom postupku. Jasno i precizno se uređuje pitanje nadležnosti i to način utvrđivanja stvarne nadležnosti (član 38); mjesne nadležnosti (član 39); obaveznost pravila o nadležnosti (član 40). Novinu predstavlja nadležnost u hitnim upravnim stvarima (član 41), koji propisuje preduzimanje radnji u situacijama kada postoji opasnost od odlaganja i (čl.42 i 43) kojima je regulisano pitanje sukoba nadležnosti i odlučivanja u slučaju sukoba nadležnosti;

U kontekstu tačke 2. „**Saradnja i pomoć**“ uređena su pitanja donošenja zajedničkog upravnog akta (član 44), ali krupnu inovaciju predstavlja institut **one stop shop**, na način uređen u članu 47- **Sprovođenje upravnih aktivno-sti na jednom mjestu**, koji uspostavlja temelj i daje doprinos racionalizaciji

i koncentraciji aktivnosti što garantuje bitno poboljšanje položaja stranke u odnosima sa nadležnim organima. Tako je predviđeno da, ako je za ostvarivanje prava ili pravnog interesa stranke potrebno sprovesti više upravnih aktivnosti, a to je propisano posebnim zakonom, odnosno drugim propisom donijetim na osnovu zakona, javnopravni organi su dužni da na jednom mjestu omogućće predaju zahtjeva i drugih podnesaka, dobijanje obavještenja, informacija, savjeta i propisanih obrazaca u vezi sa ostvarivanjem prava ili pravnog interesa stranke iz nadležnosti tih javnopravnih organa. Sprovođenje upravnih aktivnosti na jednom mjestu ne utiče na stvarnu i mjesnu nadležnost javnopravnih organa i na pravo stranke da se direktno obraća nadležnom javnopravnom organu.

Tačkom 3. „Ovlašćeno službeno lice“ (čl. 48-52) se na potpuno novi način uređuje pitanje ovlašćenja za vođenje upravnog postupka i uspostavlja delegacija nadležnosti kao pravilo, čime se stavlja u prvi plan lice koje vodi upravni po-stupak i donosi upravni akt, u skladu sa ovim zakonom (ovlašćeno službeno lice). U javnopravnom organu ovlašćeno službeno lice je lice kome je u opisu poslova vođenje upravnog postupka i donošenje upravnih akata, u skladu sa aktom o unutrašnjoj organizaciji javnopravnih organa. Takođe, predviđa se da ako u javnopravnom organu nema ovlašćenog službenog lica, upravni akt donosi starješina organa (član 48 stav 3). Kada je u pitanju postupanje kolegi-jalnog organa on može u pisanoj formi da ovlasti jednog od svojih članova ili nekog od službenika tog organa da kao ovlašćeno službeno lice vodi postupak i predloži odluku koju treba da donese kolegijalni organ (član 49). Novina je i da su proširene situacije u kojima ovlašćeno službeno lice može biti izuzeto od vođenja upravnog postupka (član 50), pa pored već važećim zakonom predvi-đenih situacija, predlaže se da to bude i kada od stranke ostvaruje naknadu ili druga primanja, ili lice koje je angažovano u upravnom odboru, nadzornom odboru ili drugom radnom ili stručnom tijelu stranke; kada može imati direktnu korist ili štetu od rezultata postupka i kada postoje druge okolnosti koje dovode u sumnju njegovu nepristrasnost.

Odredbama Glave IV, Stranka i njeno zastupanje (čl.53-60), se na moderan način uređuju sva statusna prava stranke, pa, počev od tačke 1. kojom se uređuju pitanja koja se tiču ko može biti stranka u upravnom postupku (član 53); regulišu se pravne situacije u kojima dođe do smrti fizičkog, odnosno do prestanka pravnog lica (član 54). Takođe, odredbe Predloga (**tačka 2.**) kojima se uređuje **Zastupnik** su značajno prečišćene, pojašnjene i ne sadrže brojne detalje u odnosu na važeći zakon, zbog čega su jednostavnije i preglednije.

Glavom V “Komunikacija organa I stranaka” (čl.61-69) u **tački 1. Način komunikacije** uređuju se opšta pravila i posebna pravila o elektronskoj komunikaciji koja predviđaju da se primalac prethodno saglasio sa tim vidom komunikacije. Iako je formalno odvojena od sljedeće glave – Obavješćavanje,

sadržinski one predstavljaju cjelinu. Inače, komunikacija organa i stranaka obuhvata: 1) podneske; 2) razgledanje spisa i obavještanje o toku postupka - koje je bitno prošireno u pogledu načelno nezatvorenog kruga lica koja na to imaju pravo; 3) obavještanje.

Glavom VI “Obavještanje” je detaljno i posebno uređeno. Najprije su data opšta pravila obavještanja (čl. 69-78), zatim slijede odredbe o postupcima obavještanja (čl. 79-88): a) preko pošte; b) elektronskim putem - što je potreba za osavremenjivanjem i pojednostavljenjem kontakata između javnopravnih organa i drugih učesnika u postupku, kao i njegove ekonomičnosti i efikasnosti; c) formalno obavještanje (dostavljanje). Norme o dostavljanju (čl. 81-88) su u Predlogu umnogome poboljšane i precizirane u poređenju sa sadašnjim rješenjima. Dostavljanje predloženo u tekstu Predloga ima više oblika: (1) lično; (2) posredno; (3) preuzimanjem elektronskog dokumenta; (4) službeno objavljivanje.

Glavom VII “Rokovi”- uredjuju se rokovi u upravnom psotupku i to: određivanjem i produženjem rokova (član 89), kojim se predviđa da kada rokovi nijesu određeni zakonom ili drugim propisom, s obzirom na okolnosti slučaja i načela srazmjernosti, ekonomičnosti i efikasnosti, da ih određuje ovlašćeno službeno lice; način računanja rokova (član 90) i rok kod predaje podnesaka (član 91) koje odredbe ne odstupaju od važećih.

Glavom VIII “Povraćaj u pređašnje stanje” – kao što sam naziv kaže, uređuje ovaj institut, koji i važeći ZUP poznaje, a kojim se omogućava stran-ci da povрати pravo na preduzimanje propuštene radnje. Predlogom novog zakona nastojalo se pojednostaviti primjena ovog pravnog instituta i to sa-držajno putem odredbi: kada stranka i u kojim pravnim situacijama može da traži povraćaj u pređašnje stanje (čl.92 i 93); subjektivni i objektivni rok nije pretrpeo izmjene, ali je novina u odnosu na važeći zakon da je Predlogom predviđeno da javnopravni organ pred kojim je trebalo izvršiti propuštenu radnju, rješenjem rješava o predlogu, u roku od 10 dana od dana podnošenja predloga (član 94).

Glavom IX “Troškovi postupka” (čl.95-97) razgraničavaju se i razrađuju pitanja troškova postupka koje snosi javnopravni organ odnosno stranka; pitanje naknade troškova i nagrade i drugim učesnicima postupka kao i mogućnost da ovlašćeno službeno lice koje vodi postupak oslobodi stranku od plaćanja troškova ako nađe da ih stranka ne može podnijeti bez štete po svoje nužno izdržavanje, odnosno po nužno izdržavanje svoje porodice. Ovim se omogućava da socijalno ugrožena stranka nema manji stepen mogućnosti za ostvarivanje prava i zaštite svojih interesa. Novina , u odnosu na važeće rješenje, između ostalog je i u tome da ovlašćeno službeno lice rješenjem odlučuje o oslobađanju od plaćanja troškova.

POKRETANJE I VOĐENJE UPRAVNOG POSTUPKA

Glavom X uređuje se “Tok postupka “ Tačkom 1. Pokretanje postupka –

Odredbama čl. 98-100 ne predviđaju se odstupanja od važećeg zakona, osim što se u Predlogu jasno razgraničava: način pokretanja upravnog postupka, i kada se postupak smatra pokrenutim; poseban član tretira slučajeve kada je postupak pokrenut na zahtjev stranke, a poseban član tretira postupak pokrenut *ex officio*.

Tačkom 2 Izmjena i odustanak od zahtjeva (čl.101 i 102) reguliše pravo stranke da izmijeni zahtjev, da odustane od zahtjeva, ali i pravne posljedice odustanka od zahtjeva.

Tačkom 3 Poravnanje uređuju se novine kod poravnanja sklopljenog u upravnom postupku (član 103) . Propisano je da kada je poravnanjem u pot-punosti riješena upravna stvar, ovlašćeno službeno lice rješenjem obustavlja postupak, a ako se poravnanje odnosi samo na pojedina sporna pitanja, ovlašćeno službeno lice će u dispozitivu rješenja naznačiti postojanje poravnanja o tim pitanjima. Poravnanje ima snagu izvršnog rješenja donijetog u postupku (izvršna isprava). Novina je da javnopravni organ donosi rješenje, a ne zaključak, kao što je u važećem ZUP-u.

Tačkom 4 Prethodno pitanje (član 104) pojašnjava se ovaj institut na način da se utvrđuje koje mogućnosti javnopravni organ ima kad u postupku naiđe na prethodno pitanje- 1) da prekine postupak 2) da sam riješi pitanje na koje je naišao), a s druge strane u kojim pravnim situacijama je obavezan da postupak prekine. Novina je da se u slučaju prekida postupka donosi rješenje.

Tačkom 5 Ispitni postupak i dokazivanje (čl.105-108). **Sažeto se uređuje ispitni postupak** a dokazivanje radi utvrđivanja svih činjenica i okolnosti bitnih za rješavanje upravne stvari se upućuje na dokazna sredstva uređena Zakonom o parničnom postupku, (član 106 stav 3). Naglasak se stavlja na unapređenje saradnje organa i stranke, pa se predviđa dužnost stranke da tačno i istinito iznosi činjenično stanje na kojem temelji svoj zahtjev, ali i dužnost ovlašćenog službenog lica da pribavlja po službenoj dužnosti podatke o činjenicama o kojima službeno evidenciju vodi taj ili drugi javnopravni organ. Dokazna sredstva mogu biti sva sredstva podesna za utvrđivanje činjeničnog stanja i koja odgovaraju pojedinom slučaju, kao što su: isprave, iskazi svjedoka, izjave stranaka, nalazi i mišljenja vještaka i uviđaj.

Tačka 6 Izjašnjavanje stranke o rezultatima postupka, predstavljaju no-vinu kojima je propisana obaveza organa da obavijesti stranku o rezultatima ispitnog postupka, a pravo stranke na izjašnjavanje o rezultatima postupka (čl. 109-111). To je evropski standard koji doprinosi povoljnijoj poziciji stranke u postupku, a ujedno i izgledima da ovlašćeno službeno lice donese pravilno i zakonito rješenje. Data je mogućnost stranci da može davati izjave u pisanom obliku ili usmeno na zapisnik kod javnopravnog organa, u roku koji utvrdi

organ. Neizjašnjavanje stranke ne odlaže donošenje rješenja. Izuzeci od prava na izjašnjavanje stranke su taksativno navedeni i ne daju mogućnost proizvoljnog tumačenja (u slučaju hitnosti; radi zaštite javnog interesa; kada je očigledno da će rješenje biti donijeto u korist stranke i kada je to propisano zakonom).

Tačka 7 Okončanje postupka obuhvata nekoliko važnih promjena u odnosu na postojeći tekst ZUP-a. Prvo - kod roka za izdavanje rješenja (tj. za donošenje i obavještanje stranke o njemu (član 112) propisano je da taj rok iznosi najduže 30 dana od dana pokretanja postupka, ako posebnim zakonom nije određeno drugačije. Drugo - kod opravdanog produženja roka, uz obavještanje stranke (član 113), propisano je da se rok može produžiti zbog složenosti predmeta najviše za polovinu vremena osnovnog roka za izdavanje rješenja. Treće, ono na šta treba obratiti posebnu pažnju u kontekstu okončanja postupka je sasvim novo pravno uređenje ćutanja uprave (član 115). Predlogom je predviđeno da se ćutanje uprave, tj. nedonošenje prvostepenog rješenja u propisanom roku (računajući tu i onaj period za eventualno produženi rok) u jednostranačkim stvarima, i to samo u postupku pokrenutom na zahtjev stranke (pod uslovom da je zahtjev uredan i potpun), smatra uvažavanjem zahtjeva - ako je to propisano posebnim zakonom. Na ovaj način uprava se *de lege ferenda* dodatno usmjerava na obavezujuću aktivnost, umjesto nedopuštene pasivnosti. Takođe, u opisanoj situaciji pozitivne zakonske kvalifikacije ćutanja, radi pravne sigurnosti stranka ima pravo da traži potvrdu da je njen zahtjev usvojen. Jav-nopravni organ, pak, ima mogućnost da u naknadnom roku od sedam dana umjesto izdavanja potvrde odluči o zahtjevu stranke. Ako se pak javnopravni organ i dalje drži pasivno, stranci ostaje na raspolaganju da pokrene upravni spor protiv ovog i ovakvog ćutanja, a sve u cilju dobijanja odnosne potvrde i ostvarivanja svog prava. Četvrto, postupak se uvijek obustavlja rješenjem, a ne zaključkom kao do sada (član 116).

PRAVNA ZAŠTITA

Glava XI „Pravo napravnu zaštitu „ predviđa pravo stranke na pravnu zaštitu, protiv upravne aktivnosti ili nepreduzimanja takve aktivnosti, ako smatra da su joj time povrijeđena prava i/ili pravni interesi. Pod pravnim lijekom se podrazumijeva žalba, prigovor i ponavljanje postupka. U pravnoj teoriji se pravna sredstva, odnosno lijekovi dijele na redovna i vanredna, ali ih ni važeći zakon ne razlikuje na taj način, odnosno ne poznaje termin “vanredna pravna sredstva”. Predlogom ovog zakona, u cilju obezbjeđenja jače zaštite, a time i povjerenje građana u rad javnopravnih organa, stran-kama (najčešće nezadovoljnim) stoji na raspolaganju mogućnost da koriste pravo na pravi lijek protiv svake upravne aktivnosti ili nepreduzimanja takve aktivnosti.

Žalba (čl. 117-129) je redovni pravni lijek protiv prvostepenih rješenja, kao i protiv prvostepenog ćutanja koje se po posebnim propisima ne smatra usvajanjem zahtjeva stranke. Povodom žalbe se sprovodi drugostepeni upravni postupak pred nadležnim organom. Samo se zakonom može propisati da žalba nije dopuštena u pojedinim upravnim stvarima. U postupku po žalbi ispituje se zakonitost rješenja koje se pobija, a kad je rješenje doneseno po slobodnoj ocjeni, u žalbenom postupku ocjenjuje se i cjelishodnost rješenja. Novina je da se u slučaju odustanka od žalbe, drugostepeni postupak obustavlja rješenjem, a ne zaključkom.

Inače, postupak po žalbi – koja je standardni devolutivni pravni put (načelno, prenosi teret odlučivanja na višu instancu) – odvija se najpre pred prvostepenim organom, a zatim u postupku pred drugostepenim organom. Ove odredbe su značajno pojednostavljene u odnosu na važeće, a sve u cilju ubrzanja upravnog postupka. Tako je predviđeno da prvostepeni organ treba da okonča postupak po žalbi najkasnije u roku od 15 dana od dana prijema žalbe (član 123 stav 4).

Novina je da neblagovremenu, nedopuštenu ili žalbu izjavljenu od neovlašćenog lica, tj. žalbu koja ne ispunjava formalne uslove, prvostepeni organ odbija rješenjem. U onim pravnim situacijama u kojima prvostepeni organ nađe da je žalba u potpunosti osnovana, novim rješenjem će zamijeniti svoje ožalbeno rješenje, čime praktično (iako pravo na žalbu protiv novog prvostepenog rješenja ostaje) nestaje potreba za drugostepenim postupkom. Postupak pred drugostepenim organom može da rezultira odbijanjem žalbe, poništavanjem rješenja u cjelini ili djelimično i njegovom izmjenom.

Poseban akcenat se stavlja na ovlašćenja drugostepenog organa i njegovu ne samo mogućnost već i dužnost da, kada poništi prvostepeno rješenje, sam riješi upravnu stvar - ne vraćajući predmet prvostepenom organu. Kada je drugostepeni organ već jednom poništio prvostepeno rješenje, u članu 124 stav 8 predviđa se obaveza drugostepenog organa da svojim rješenjem poništi prvostepeno rješenje i sam riješi upravnu stvar, osim ako utvrdi da je novo prvostepeno rješenje zasnovano na zakonu. Cilj ove norme je da u praksi zaustavi tzv. "ping-pong" efekat i učestalo vraćanje predmeta prvostepenom organu. Na ovaj način osiguraće se strankama brže ostvarivanje prava, kao i smanjiti broj nezakonitih upravnih akata. S druge strane i dalje je, kao i u važećem zakonu bilo neophodno zadržati odredbu: "u slučaju kada drugostepeni organ poništi rješenje prvostepenog organa, a sam ne odluči o upravnoj stvari, dužan je da svojim rješenjem ukaže prvostepenom organu u kom pogledu treba dopuniti postupak, a prvostepeni organ je dužan u svemu da postupi po drugostepenom rješenju". Rok za izdavanje drugostepenog rješenja je određen po danima, i iznosi: „najkasnije 45 dana od dana predaje žalbe, ako posebnim zakonom nije određen kraći rok” (član 128).

Prigovor (čl. 130-133) je pravni lijek čije propisivanje u Predlogu ZUP-a predstavlja novinu. Prigovor se može zbog neispunjavanja ugovornih obaveza javnopravnog organa preuzetih upravnim ugovorom, na postupanje pružaoca usluga od opšteg interesa i protiv drugih upravnih aktivnosti javnopravnih organa, kao i kada javnopravni organ ne preduzima upravne aktivnosti koje je po zakonu dužan da preduzme, ako te aktivnosti nemaju karakter upravnog akta niti su povezane sa donošenjem upravnog akta, a podnositelj prigovora smatra da su mu time povrijeđena prava ili pravni interesi. Prigovor na postupanje pružaoca usluga od opšteg interesa te prigovor zbog neispunjavanja ugovornih obaveza javnopravnog organa preuzetih upravnim ugovorom izjavljuje se organu koji vrši nadzor nad pružanjem tih usluga od opšteg interesa, odnosno nad javnopravnim organom koji nije ispunio upravni ugovor.

Prigovor protiv drugih upravnih aktivnosti izjavljuje se starješini javnopravnog organa na čije se upravne aktivnosti ili nepreduzimanje upravnih aktivnosti prigovor odnosi. Odredbe ovog zakona o obliku, sadržini i predavanju žalbe shodno se primjenjuju na prigovor. O prigovoru se odlučuje rješenjem, u roku od 15 dana od dana izjavljivanja prigovora.

Rješenjem se može naložiti: preduzimanje mjera utvrđenih zakonom radi otklanjanja nezakonitosti ili drugih nedostataka u postupanju pružaoca usluga od opšteg interesa; ispunjenje ili raskid upravnog ugovora; obavljanje drugih upravnih aktivnosti ili obustavljanje drugih upravnih aktivnosti i otklanjanje njihovih posljedica; preduzimanje drugih zakonom predviđenih mjera. Kad je riječ o kontroli zakonitosti rješenja o prigovoru predlaže se da protiv rješenja o prigovoru iz člana 131 stav 2 ovog zakona koje je donio starješina prvostepenog organa može izjaviti žalba, a da protiv rješenja o prigovoru iz člana 131 stav 1 ovog zakona, kao i protiv rješenja o prigovoru iz člana 131 stav 2 ovog zakona koje je donio starješina drugostepenog organa ne može se izjaviti žalba, ali se može zatražiti upravnosudska zaštita.

Tačka 3 Ponavljanje postupka (čl. 134-140) potpuno drugačije uređuju ovaj institut nego što je uređen važećim ZUP-om. Ponavljanje postupka je redovan pravni lijek koji se može upotrijebiti protiv rješenja protiv kojeg se ne može izjaviti žalba. Za razliku od rješenja u važećem zakonu, ponavljanje se može tražiti samo na zahtjev stranke. Pored ovog, odredbe o obnovi postupka su normativno i sadržajno doradene, a među njima se nalaze razlozi i rok za ponavljanje postupka, propisano je šta treba da sadrži zahtjev za ponavljanje postupka, organ nadležan za rješavanje, odlučivanje organa o podnijetom zahtjevu i na kraju, donošenje rješenja o ponavljanju postupka. Pored već poznatih razloga za ponavljanje postupka, nov koncept ponavljanja postupka, neminovno je uslovio i novine, kada je riječ o razlozima za ponavljanje. Tako, su razlozi za ponavljanje, kao i u važećem zakonu taksativno nabrojani, ali se predlaže da se

postupak može ponoviti, ako : 1) se sazna za nove činjenice ili stekne mogućnost da se upotrijebe novi dokazi koji bi, sami ili u vezi s već izvedenim i upotrijebljenim dokazima, mogli dovesti do drukčijeg rješenja da su te činjenice, odnosno dokazi bili izneseni, odnosno upotrijebljeni u ranijem postupku; 2) se rješenje organa koji je vodio postupak zasniva na nekom prethodnom pitanju, a nadležni organ je to pitanje kasnije riješio bitno drukčije; 3) je u donošenju rješenja učestvovalo ovlašćeno službeno lice koje je po zakonu moralo biti izuzeto, ili je rješenje donijelo službeno lice koje nije bilo ovlašćeno za njegovo donošenje; 4) kolegijalni organ koji je donio rješenje nije odlučivao u propisanom sastavu ili ako za rješenje nije glasala propisana većina; 5) licu koje je imalo pravo da učestvuje u svojstvu stranke u postupku, nije bila data mogućnost da učestvuje u postupku; 6) stranku nije zastupao zakonski zastupnik, a po zakonu je trebalo da je zastupa; 7) je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajamčene Ustavom, a tom odlukom nije istovremeno i poništio osporeni upravni akt; 8) se rješenje organa u bitnom razlikuje od ranijih odluka koje je javnopravni organ donio u istovjetnim upravnim stvarima; 9) stav odluke Evropskog suda za ljudska prava u istovjetnoj stvari, donijete do pravosnažnosti upravnog akta, može biti od uticaja na zakonitost upravnog akta.

Subjektivni rok za stranku u kojem može podnijeti zahtjev za ponavljanje postupka je u roku od 30 dana od dana saznanja za razloge ponavljanja ili od kad je stekla mogućnost upotrebe novih dokaza, odnosno u roku od šest mjeseci od dana saznanja za odluku Evropskog suda za ljudska prava. Objektivni rok po proteku kojeg roka ponavljanje postupka se ne može tražiti, je tri godine (od dana obavještanja stranke o rješenju. O zahtjevu za ponavljanje postupka odlučuje javnopravni organ koji je donio rješenje protiv kojeg se ne može izjaviti žalba (član 136).

Nadležni organ ispituje da li je zahtjev blagovremen, dopušten i izjavljen od ovlašćenog lica, kao i da li je okolnost na kojoj se zahtjev zasniva učinjena vjerovatnom. Ako ti uslovi nijesu ispunjeni, novina je da će nadležni javnopravni organ odbiti takav zahtjev rješenjem. Ako su uslovi za ponavljanje postupka ispunjeni, nadležni javnopravni organ će ispitati mogu li okolnosti, odnosno dokazi koji se navode kao razlog za ponavljanje postupka dovesti do drukčijeg rješenja. Ako utvrdi da ne mogu, odbiće zahtjev rješenjem. Ako nadležni javnopravni organ ne odbije zahtjev za ponavljanje postupka, donijeće rješenje kojim će dopustiti ponavljanje i odrediti u kojem će se obimu postupak ponoviti. Rješenje kojim se dopušta ponavljanje postupka odlaže izvršenje rješenja protiv kojeg je ponavljanje dopušteno. Poslije sprovedenog ponavljanja postupka, nadležni javnopravni organ donosi rješenje o upravnoj stvari koja je bila predmet ponovljenog postupka.

Rješenjem donesenim u ponovljenom postupku, nadležni organ može rješenje koje je bilo predmet ponavljanja ostaviti na snazi, izmijeniti ga ili ga zamijeniti novim rješenjem, u kom slučaju se, s obzirom na okolnosti, ranije rješenje poništava ili ukida (član 138). Protiv rješenja kojim je odlučeno o zahtjevu za ponavljanje postupka i protiv rješenja donesenog u ponovljenom postupku može se izjaviti žalba samo kad je rješenje donio prvostepeni organ. Kad je rješenje donio drugostepeni organ, protiv tog rješenja može zatražiti upravnosudsku zaštitu.

Glavom XII uredjuje se „Poništavanja i ukidanje rješenja“. - Predlogom ZUP-a, kao što je izneseno, predviđen je nov institut prigovora. Ponavljanje postupka je lijek u rukama stranke, ali je revidiran broj tzv. vanrednih pravnih lijekova. Institut oglašavanja rješenja ništavim, zamijenio je institut obave-znog poništavanja. Tako Predlog novog ZUP- a razlikuje slučajeve obaveznog poništavanja rješenja; poništavanje i ukidanje nezakonitih rješenja i ukidanje zakonitih rješenja. Kao razlozi za utvrđivanje obaveznog poništenja uvršteni su uglavnom isti razlozi koji su u važećem ZUP-u određeni kao razlozi za oglašavanje rješenja ništavim(član 139). Imajući u vidu težinu razloga - 1) ako je u upravnom postupku doneseno u stvari iz sudske nadležnosti; 2) ako je doneseno u stvari o kojoj se ne može rješavati u upravnom postupku, 3) ako njegovo izvršenje nije pravno ili stvarno moguće; 4) ako se njegovim izvrše-njem čini djelo kažnjivo po krivičnom zakonu; 5) ako je donijeto kao posljedica prinude, iznude, ucjene, pritiska ili druge nedozvoljene radnje i dr. predlog je da se rješenje može poništiti, u roku od 10 godina od dana izvršnosti rješenja, po službenoj dužnosti ili na predlog stranke. Rješenje poništava javnopravni organ koji ga je donio ili drugostepeni organ, odnosno organ koji vrši nadzor, u skladu sa zakonom.

Odredbom člana 140 predviđa se da se **nezakonito rješenje** može se poništiti ili ukinuti u cjelosti ili djelimično, u roku od 3 godine od dana izvršnosti rješenja. U slučaju očigledne povrede materijalnog propisa, rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može se poništiti ili ukinuti, u zavisnosti od prirode upravne stvari i posljedica koje bi nastale poništenjem ili ukidanjem rješenja, u roku od 1 godine od dana izvršnosti rješenja.

Odredbom člana 141 predviđa se da se zakonito rješenje kojim je stranka stekla neko pravo može ukinuti u cijelosti ili djelimično, 1) ako je to potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po život i zdravlje ljudi, javnu bezbjednost i ako se to ne bi moglo otkloniti drugim sredstvima kojima bi se manje diralo u stečena prava; 2) ako je postojanje rješenja uslovljeno obavezom koju stranka nije ispunila u roku.

Dakle, u ovim odredbama koje predstavljaju svojevrsnu novinu u ZUP-u predviđeno je da se nezakoniti akti poništavaju ili ukidaju po službenoj dužnosti,

u cjelini ili djelimično, a zakoniti akti kojima je stranka stekla neko pravo mogu se ukinuti, ali samo pod uslovima taksativno predviđenim ovim zakonom. Odredbama čl. 142 i 143 Predloga određuje se nadležnost, postupak i pravne posljedice poništavanja, odnosno ukidanja rješenja po službenoj dužnosti pa je predviđeno da javnopravni organ donosi rješenje o poništavanju ili ukidanju nezakonitog rješenja po službenoj dužnosti, na predlog stranke, ili javnopravnog organa. Ako je predlog za poništavanje ili ukidanje nezakonitog rješenja podnijela stranka ili javnopravni organ, a nadležni organ ne prihvati predlog, dužan je o tome obavijestiti podnosioca predloga. Javnopravni organ donosi rješenje o ukidanju zakonitog rješenja po službenoj dužnosti ili na predlog nadležnog javnopravnog organa.

IZVRŠENJE

Kao i u važećem ZUP-u, u ovom dijelu uređuje samo administrativno izvršenje, tj. izvršenje nenovčanih obaveza koje izvršenik nije sam, dobrovoljno izvršio (čl. 145-158). Prinudno izvršenje novčanih obaveza sprovodi se sudskim putem (sudsko izvršenje, po zakonu kojim se uređuje izvršenje), „osim ako u naročito opravdanim slučajevima, posebnim zakonom nije propisano drugačije” (član 148). Rješenje može da bude izvršeno kada postane izvršno. a kada postaje izvršno detaljno je uređeno u članu 145⁸. Učesnici u postupku izvršenja su organ koji ga sprovodi, izvršenik, kao i tražilac izvršenja, ako se izvršenje sprovodi na predlog tog lica, kao stranke (član 146).

Vrijeme izvršenja (član 149). – Izvršenje se sprovodi radnim danom u peri-odu od 8 do 20 časova. Nedjeljom, u dane državnih praznika i poslije 20 časova, radnje izvršenja mogu se sprovesti samo ako postoji opasnost od odlaganja i ako je organ koji sprovodi izvršenje izdao za to pisani nalog.

Protivizvršenje (član 150). – Kad je na osnovu rješenja sprovedeno izvršenje, a rješenje je kasnije oglaseno ništavim, poništeno ili izmijenjeno, izvršenik

Prvostepeno rješenje postaje izvršno:

istekom roka za žalbu, ako žalba nije izjavljena;

obavještavanjem stranke o rješenju, ako žalba nije dopuštena;

obavještavanjem stranke o rješenju, ako žalba ne odlaže izvršenje;

obavještavanjem stranke o rješenju kojim se žalba odbija; i

danom odricanja stranke od prava na žalbu.

Drugostepeno rješenje postaje izvršno obavještavanjem stranke o rješenju. Ako je u rješenju određeno da se radnja koja je predmet izvršenja može izvršiti u ostavljenom roku, rješenje se može prinudno izvršiti istekom tog roka. Ako rješenjem nije određen rok za izvršenje radnje, rješenje se može prinudno izvršiti poslije isteka roka od 15 dana od dana obavještavanja stranke o rješenju.

Izvršenje se može sprovesti i na osnovu poravnanja, ali samo protiv lica koje je učestvovalo u poravnanju.

ima pravo da zahtijeva da mu se vrati ono što mu je oduzeto, odnosno da se stvar vrati u stanje koje proizlazi iz novog rješenja. O zahtjevu izvršenika rješava organ koji je donio rješenje o dozvoli izvršenja.

Nadležnost za sprovođenje izvršenja (član 151) – Izvršenje sprovodi organ koji je donio rešenje u prvom stepenu, čak i kad je rješenje zamjenjeno ili izmijenjeno rješenjem donijetim po osnovu žalbe ili od strane suda u upravnom sporu. Ako je propisano da izvršenje ne može da sprovede organ koji je donio rješenje u prvom stepenu, a nijedan drugi organ nije ovlašćen posebnim propisom, izvršenje sprovodi nadležni organ na čijem području se nalazi prebivalište, boravište ili sjedište izvršenika, ako zakonom nije drugačije određeno. Posebnim članom reguliše se i rješenje o izvršenju (član 152), na način da ako izvršenik ne izvrši svoju obavezu, dostavlja mu se rješenje o izvršenju u pisanom obliku koje sadrži vrijeme, mjesto i način izvršenja. Rješenjem se može odrediti dodatni rok za izvršenje obaveze ili odrediti da se obaveza izvrši odmah. Pravni lijek u postupku izvršenja je žalba koja se izjavljuje protiv rješenja o izvršenju i može da se odnosi samo na vrijeme, mjesto i način izvršenja i nema odložno dejstvo.

Oblici izvršenja (čl.157-159). – Predviđaju se tri oblika izvršenja: (1) izvršenje preko drugih lica,(član 153) (2) izvršenje posrednom prinudom, uticanjem na izvršenika izricanjem novčanih kazni (član 154); (3) izvršenje neposrednom prinudom (član 155). Ako svrha izvršenja nenovčane obaveze ne može da bude postignuta preko drugog lica, niti posrednom prinudom, ili izvršenje ne može drugačije da bude sprovedeno u odgovarajućem roku - izvršenje tada može da bude sprovedeno primjenom neposredne prinude, ukoliko priroda obaveze to dozvoljava i ako propisom neposredna prinuda nije isključena.

Hitno izvršenje (član 156). – Ako je doneseno usmeno rješenje, organ može da naloži izvršenje bez donošenja rješenja o izvršenju. Ovo je hitno izvršenje, krajnje delikatna i izuzetna mjera.

Obustavljanje i odlaganje izvršenja (član 157). – Izvršenje će se obustaviti po službenoj dužnosti i sprovedene radnje poništiti, u sledećim slučajevima: (1) ako se utvrdi da je obaveza u cjelini izvršena; (2) da izvršenje nije bilo uopšte dopušteno; (3) da je bilo sprovedeno prema licu koje nije u obavezi; (4) ako tražilac izvršenja odustane od svog zahtjeva; (5) ako je izvršna isprava oglašena ništavom, poništena ili ukinuta. Na predlog stranke, a radi izbjegavanja nastanka teško otklonjive štete, organ koji je doneo rješenje može odložiti izvršenje i, ako je to nužno, produžiti odlaganje izvršenja rješenja sve do donošenja pravosnažne odluke o upravnoj stvari. Ovo samo ako nije drugačije propisano zakonom i ako nije u suprotnosti sa javnim interesom.

Obezbjeđenje izvršenja (član 158). – Radi obezbjeđenja izvršenja mogu se na predlog stranke, odnosno po službenoj dužnosti obaviti određene radnje izvršenja i prije nego što je rješenje postalo izvršno, ako bi izvršenje moglo biti

spriječeno ili znatno otežano. Privremeno rješenje o obezbeđenju izvršenja može se donijeti i kad postoji obaveza izvršenika ili je tražilac izvršenja učinio vjerovatnom, a postoji opasnost da će izvršenik raspolaganjem imovinom, dogovorom s trećim licima ili na drugi način spriječiti ili znatno otežati izvršenje obaveze.

SPROVOĐENJE ZAKONA I PRELAZNE I ZAVRŠNE ODREDBE

Nadzor nad sprovođenjem ZUP-a (čl. 159-161) vrši organ nadležan za poslove državne uprave, tj. resorno ministarstvo, a odgovarajući inspeksijski nadzor – upravna inspekcija. O rješavanju u upravnim stvarima vodi se službena evidencija koju javnopravni organi vode i iskazuju po upravnim oblastima. U tijesnoj vezi sa reformom upravnog postupka, odnosno potrebom da se unaprijedi nivo zakonitosti, stručnosti i kvaliteta u rješavanju upravnih predmeta je i potreba jačanja inspeksijskog nadzora nad primjenom ZUP-a. Za pripremu izvještaja o stanju rješavanja upravnih stvari predlaže se da svi javnopravni organi godišnji izvještaj o stanju rješavanja upravnih stvari dostavljaju organu državne uprave, odnosno organu lokalne samouprave, nadležnom za određenu upravnu oblast, najkasnije do kraja januara naredne godine, za prethodnu godinu. Dalje, da organi državne uprave, odnosno organi lokalne samouprave, nadležni za određenu upravnu oblast, izvještaj dostavljaju organu državne uprave nadležnom za poslove uprave, odnosno lokalne samouprave, radi objedinjavanja, najkasnije do kraja februara naredne godine, za prethodnu godinu. Radi jednoobrazne pripreme izvještaja predlaže se donošenje propisa za izradu izvještaja javnopravnih organa o stanju rješavanja upravnih stvari, koji će na predlog organa državne uprave nadležnog za poslove uprave, donijeti Vlada (član 161).

Glavom XVI „Prelazne i završne odredbe“ (član 162-164) uređuje se prelazni režim u primjeni zakona i institut *vacatio legis*.

Prelaznom režimu uređuje se okončanje započetih postupaka (član 162) na uobičajen način što postupci koji do dana stupanja na snagu ovog zakona nijesu pravosnažno okončani, okončaće se po odredbama ovog zakona. Ovo pravilo štiti pravnu sigurnost i izvjesnost po sve učesnike upravnih postupaka koji su u toku.

Odredba člana 163 predviđa da danom stupanja na snagu ovog zakona prestaje da važi Zakon o opštem upravnom postupku (“Službeni list RCG”, br. 60/2003 i “Službeni list CG”, br. 32/2011), dok je odredbom člana 164 predviđeno da zakon stupa na snagu 1. januara 2016. godine. Na ovaj način je ostavljen dovoljan i neophodan period (*vacatio legis*) radi sprovođenja nužnih priprema za potpunu primjenu novih zakonskih rješenja i osiguranja potrebnog vremena za edukaciju službenika i drugih lica koji će voditi upravni postupak po novom

zakonu. Važeći Zakon o opštem upravnom postupku tako je dugo u primjeni, da će svima koji će primjenjivati novi Zakon trebati određeno vrijeme za edukaciju i upoznavanje sa novim rješenjima za primjenu novoga Zakona. Potrebno je donijeti nov Zakon o upravnosudskoj zaštiti imajući u vidu proširenje primjene ZUP-a I na druge oblike upravnih aktivnosti. S druge strane, period do 1. ja-nuara 2016. godine treba iskoristiti za usklađivanje posebnih propisa (zakona i drugih akata), koje sadrže procesne odredbe drugačije od ovog zakona. Takođe, do dana stupanja na snagu ovog zakona potrebno je donijeti sve podzakonske akte potrebne za njegovu primjenu.

Djordjije Blažić, LLD
Full Professor

THE REFORM OF ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LEGISLATION OF MONTENEGRO

Sumarry

Montenegro has for many years been working intensively on the process of European and Euro-Atlantic integration and currently in the middle of December, has received approval to open chapters 23 and 24 relating to the rule of law, human rights and freedom, the fight against corruption and organized crime. The opening of this the most difficult chapter with which will close the accession negotiations with the European Union, require guarantees of human rights and freedoms and therefore the harmonization of Montenegrin legislation with procedural modern Standad European Union. At the direction of the activities initiated in the intensive process of harmonization of the Law on Administrative Procedure, but the harmonization of specific administrative procedures with the law, with modern standards of European administrative space and international jurisprudence. Text of entirely new draft law on general administrative procedure and standards embedded in it Montenegro approaching slowly to European values of administrative procedural law in particular based values: the rule of law, trust - reliability and predictability, the principle of transparency and clarity, the principle of depoliticization (political neutrality) and responsibilities, so as and the demands for economy and efficiency.

Dr Mijal Stojanović, vanredni profesor

REŠAVANJE KOLEKTIVNIH RADNIH SPOROVA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt: Autor u ovom radu raspravlja o principima, modelima i metodama rešavanja kolektivnih radnih sporova u Republici Srbiji.

Ključne reči: kolektivni radni sporovi, principi, modeli, metode, agencija, sud

1. Principi rešavanja kolektivnih radnih sporova

U našem radnom materijalnom i radnom procesnom zakonodavstvu i praksi, kolektivni radni sporovi (KRS) se rešavaju po ugledu na uporedno zakonodavstvo i praksu. To znači da se i kod nas u rešavanju KRS primenjuju oni principi i modeli koji su uobičajeni u uporednom radnom zakonodavstvu i praksi.

Principi u rešavanju KRS koji su prihvaćeni u uporednom radnom zakonodavstvu i praksi a koji važe i za naše pravo su:

- princip autonomnosti,
- princip dobrovoljnosti,
- princip tripartizma,
- princip neutralnosti države.

Princip autonomnosti, koji je osnovni princip u uređivanju kolektivnih radnih odnosa, u KRS znači da socijalni partneri (subjekti) imaju pravo da slobodno urede metode i institucije mirnog rešavanja istih. To znači da oni mogu u obligacionom delu kolektivnog ugovora o radu da predvide i klauzule o mirnim metodama rešavanja KRS (mirenje, posredovanje i arbitraža) i formirati organe za rešavanje, zaključiti posebne procesne kolektivne ugovore i ugovoriti način njihovog rešavanja. Značajno je naglasiti da je princip autonomnosti u rešavanju KRS ograničen okvirima koji su određeni odredama heteronomnog prava - socijalni javni poredak uz uvažavanje principa in favorem laboratoris.¹

Princip dobrovoljnosti je u tesnoj vezi s principom autonomnosti i tako-đe od bitnog značaja u rešavanju KRS. Ovaj princip podrazumeva da država zakonom ne može da obaveže stranke u KRS da na određeni način taj spor rešavaju, osim propisivanja obaveznog posredovanja i mirenja, pre eventualnih metoda direktne industrijske akcije (negativno značenje principa dobrovoljnosti)

Detaljnije o ovom i ostalim principima i modelima rešavanja KRS videti: Lubarda, Branko, Rešavanje kolektivnih radnih sporova, Pravni fakultet, Beograd, 1999., str. 61. - 77.

odnosno fakultativnost prethodnog pribegavanja mirnim metodama rešavanja KRS, naročito posredovanju, mirenju i fakultativnoj arbitraži, pre nego što se pribegne metodama direktne industrijske akcije (pozitivno značenje principa dobrovoljnosti).

Ovom principu se u međunarodnom radnom pravu daje centralno značenje, što se utvrđuje iz sadržine Preporuke MOR br. 92 o dobrovoljnom mirenju (posredovanju) i arbitraži i Preporuke MOR br. 130 o ispitivanju spora. Odstupanje od principa dobrovoljnosti u KRS postoji u slučaju obaveznog mirenja i posredovanja u inicijalnoj fazi postupka, ali to ne podrazumeva oba-vezu stranaka da u sporu prihvate rešenje koje nudi pomiritelj ili posrednik. Obaveznost mirenja i posredovanja, ipak, ne umanjuje dominantnost principa dobrovoljnosti u KRS.

Princip tripartizma podrazumeva da u KRS pored ugovornih strana-ka učestvuje i država donošenjem propisa o institucionalizaciji tzv. alternativnog nesudskog rešavanja KRS mirnim metodama (rešavanje KRS u organizaciji Agencije za mirno rešavanje radnih sporova i Socijalno-ekonomskog saveta mirnim metodama kod nas, javne službe za mirenje i posredovanje u više zemalja Evrope, SAD i dr.). I ovom principu se daje značaj u Preporuci MOR br. 92 o dobrovoljnom mirenju (posredovanju) i arbitraži.

Princip neutralnosti države podrazumeva da država u KRS može pomagati da stranke spor reše same ili uz pomoć treće stranke (pomiritelj, posrednik, arbitraža, sud) ali bez davanja podrške bilo kojoj strani u sporu (intervencija ili ometanje). Izuzetno, država može intervenisati u KRS ako su u pitanju javne delatnosti koje su od vitalnog značaja za funkcionisanje države, u kom slučaju ona ili nadležni sud mogu odlučiti da se privremeno zabrani stupanje u direktnu industrijsku akciju, odnosno štrajk.

2. Modeli (metode) rešavanja kolektivnih radnih sporova

Modeli rešavanja KRS mogu biti: pravni i institucionalni model i vanpravni model.

Pravni i institucionalni model podrazumeva ukupnu zakonodavnu i ugovornu regulativu, i institucije, metode i način rešavanja KRS (mirno, odnosno vansudsko rešavanje KRS, sudsko rešavanje KRS i rešavanje KRS metodama direktne industrijske akcije).

Vanpravni model rešavanja KRS odnosi se na značaj i tradiciju socijalnog partnerstva, kulturu socijalnog dijaloga, stepen sindikalizacije, socijalnu svest, snagu i moć sindikata zaposlenih i udruženja poslodavaca, ekonomsku i socijalnu filozofiju radnih odnosa, tempo promena i nivo tehnološke razvijenosti, stanje

zaposlenosti, tradiciju i mentalitet naših građana, političko okruženje, međunarodno ekonomsko okruženje i drugih faktora koji utiču na rešavanje KRS.

U našoj državi trenutno stanje je da kod pravnog i institucionalnog modela ima većeg napretka, što je razumljivo, dok kod vanpravnog modela ima malih pomaka. Ukazuje se na potrebu upotpunjavanja regulative o pravnim i institucionalnim modelima donošenjem propisa o direktnim industrijskim akcijama, u kome će pored prava na štrajk biti regulisana i prava na lokaut, bojkot i piketing i ustanovljene javne službe za posredovanje i mirenje.

2.1. Metode mirnog rešavanja kolektivnih radnih sporova

Mirno rešavanje kolektivnih radnih sporova metodama mirenja, posredovanja i arbitraže je primarno u odnosu na rešavanje istih metodama direktne industrijske akcije (štrajk i lokaut). Ovo rešavanje je preventivno za izbegavanje metoda direktne industrijske akcije.

Metodama mirnog rešavanja KRS daje se prednost i u međunarodnim izvorima radnog prava (napred navedena Preporuka MOR br. 92 o dobrovoljnom mirenju i arbitraži). O ovim metodama bilo je detaljno izlaganje u četvrtom delu ove monografije, tako da ćemo ovde izložiti samo: 1) mirno rešavanje KRS u skladu sa Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova (ZMRRS); i 2) arbitražno rešavanje KRS u skladu sa zakonom o radu.

2.1.1. Mirno rešavanje kolektivnih radnih sporova u skladu sa Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova

1.1.1.1 Procesna pretpostavka za mirno rešavanje kolektivnih radnih sporova

Procesna pretpostavka za mirno rešavanje KRS u skladu sa ZMRRS je da o istom sporu nije odlučeno u skladu sa propisima o radu (čl. 1. st. 2.).

Kolektivnim radnim sporom u smislu ZMRRS je spor povodom zaključivanja, izmena i dopuna ili primene kolektivnog ugovora, ostvarivanje prava na sindikalno organizovanje i štrajk (čl. 2. st. 1. ZMRRS).

Stranom u kolektivnom sporu, u smislu ZMRRS, smatraju se učesnici u zaključivanju kolektivnih ugovora u skladu s zakonom (čl. 2. st. 2. ZMRRS).

Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova propisano je da se kolektivni radni sporovi rešavaju metodom mirenja od strane miritelja.

Miritelj je na osnovu čl. 4. ZMRRS lice koje pruža pomoć stranama u KRS sa ciljem da zakluče sporazum o rešenju spora (st. 1.).

U postupku mirnog rešavanja KRS primenjuju se načelo dobrovoljnosti (čl. 5.) i načelo tripartizma i nepristrasnosti (čl. 6.). Načelo dobrovoljnosti ogleda se

u tome što su učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora slobodni da dobro-voljno odluče o učešću miritelja u kolektivnom pregovaranju. Strane u sporu su takođe slobodne da dobrovoljno odluče o pristupanju mirnom rešavanju spora, ako ZMRRS nije drukčije određeno.

Načelo tripartizma ogleda se u tome što u postupku mirnog rešavanja kolektivnog radnog spora učestvuju strane i miritelj.

Načelo nepristrasnosti u KRS se ogleda u tome što je miritelj dužan da postupa nepristrasno.

Postupak mirnog rešavanja KRS pokreće se podnošenjem predloga Agenciji za mirno rešavanje radnih sporova (u daljem tekstu: Agencija).

Strane u sporu mogu da podnesu predlog zajednički ili pojedinačno.

Predlog sadrži naročito:

ime, prezime i adresu, odnosno naziv i sedište strana u sporu;
predmet spora.

Uz predlog strane u sporu dostavljaju dokumentaciju u vezi sa predmetom spora, kao i imena svedoka, ako ih imaju (čl. 10. ZMRRS)

Ako je predlog podnela jedna od strana u sporu, Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju drugoj strani u sporu i poziva je da se u roku od tri dana izjasni da li prihvata mirno rešavanje spora (čl. 11. ZMRRS).

1.1.1.2 Određivanje miritelja

Miritelja sporazumno određuju strane u sporu iz Imenika, u zajedničkom predlogu, odnosno u roku od tri dana od dana prihvatanja pojedinačnog predloga.

Ako strane u sporu sporazumno ne odrede miritelja, određuje ga direktor Agencije (čl. 12. ZMRRS).

Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju u vezi sa premetom spora miritelju koji je određen za konkretan spor (čl. 13. ZMRRS).

Svaka strana u KRS snosi svoje troškove u postupku, osim troškova miritelja koje snosi Agencija (čl. 14. ZMRRS).

1.1.1.3 Učešće miritelja u kolektivnom pregovaranju

Miritelj može učestvovati u kolektivnom pregovaranju u cilju pružanja pomoći strankama (učesnicima) u kolektivnom pregovaranju i sprečavanja nastanka spora.

Učesnici mogu da podnesu predlog zajednički ili pojedinačno.

Ako je predlog podneo jedan od učesnika, agencija dostavlja predlog i dokumentaciju drugim učesnicima s pozivom da se u roku od tri dana izjasne da li prihvataju učešće miritelja u kolektivnom pregovaranju.

Predlog sadrži vrstu kolektivnog ugovora, učesnike, mesto i vreme pregovora, a zajednički predlog i ime, prezime i adresu miritelja (čl. 16. ZMRRS).

Miritelj u postupku kolektivnog pregovaranja:

prisustvuje pregovorima;

ukazuje učesnicima na predloge koji nisu u skladu sa zakonom i drugim propisom;

pruža stručnu i drugu pomoć učesnicima.

Miritelj je dužan da bude nepristrasan u toku pregovora (čl. 17. ZMRRS).

1.1.1.4 Kolektivni radni spor u delatnostima od opšteg interesa

Kada je u pitanju kolektivni radni spor u delatnostima od opšteg interesa ili u delatnostima u kojima bi prekid rada mogao da ugrozi život i zdravlje ljudi ili da nanese štetu većih razmera, strane u sporu su dužne da pristupe mirnom rešavanju kolektivnog spora, u skladu sa zakonom.

Delatnosti od opšteg interesa jesu one delatnosti koje obavljaju poslodavci u oblasti: elektroprivrede, vodoprivrede, saobraćaja, radio-televizije čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave, PTT usluga, komunalnih delatnosti, proizvodnje osnovnih prehrambenih proizvoda, zdravstvene i veterinarske zaštite, prosvete, društvene brige o deci i socijalne zaštite. Od opšteg interesa su i delatnosti od posebnog značaja za odbranu i bezbednost Republike Srbije kao i poslovi neophodni za izvršavanje međunarodnih obaveza Republike Srbije koje utvrdi nadležni državni organ za određenu oblast ili delatnost (čl. 18. ZMRRS).

U delatnostima od opšteg interesa strane u kolektivnom radnom sporu su dužne da zajednički podnesu predlog. Rok za podnošenje predloga je tri dana od dana nastanka spora.

Ako strane u sporu ne podnesu predlog, dužne su da o tome obaveste Agenciju.

Ako strane u sporu ne podnesu predlog, direktor Agencije po službenoj dužnosti pokreće postupak mirenja i određuje miritelja iz Imenika (čl. 19. ZMRRS).

1.1.1.5 Organ nadležan za mirenje

Postupak mirenja u kolektivnom sporu vodi se pred Odborom za mirenje, kojeg čine po jedan predstavnik strana u sporu i miritelj (čl. 20. ZMRRS).

1.1.1.6 Postupak mirenja

Miritelj je dužan da zakaže raspravu u roku od tri dana od dana prijema predloga i dokumentacije o predmetu spora i o tome obavestava strane u sporu.

Strane u sporu su dužne da odrede svog predstavnika u Odboru i o tome obaveste miritelja najkasnije do dana zakazane rasprave.

Ako strane u sporu ne odrede svog predstavnika u roku iz st. 2. ovog člana, postupak mirenja vodi miritelj neposrednim kontaktom sa stranama u sporu (čl. 21. ZMRRS).

Miritelj je predsedavajući Odbora.

Miritelj otvara i vodi raspravu.

Predstavnici strana u sporu na raspravi iznose svoje stavove i predloge (čl. 22. ZMRRS).

Miritelj ima pravo da odvojeno, van rasprave, prikuplja informacije i druge podatke od predstavnika strana u sporu (čl. 23. ZMRRS).

Po okončanju postupka mirenja, miritelj zaključuje raspravu i sa članovima Odbora donosi preporuku o načinu rešavanja spora (čl. 24. ZMRRS).

Odbor daje preporuku u pismenom obliku, sa obrazloženjem.

Za preporuku je potrebno da glasaju svi članovi Odbora.

Ako Odbor ne donese preporuku u roku od pet dana od dana zaključivanja rasprave, miritelj može strankama u sporu da predloži preporuku (čl. 25. ZMRRS).

Preporuka ne obavezuje strane u sporu.

Ako strane u sporu prihvate preporuku, zaključuju sporazumom o rešenju spora.

Ako je predmet spora kolektivni ugovor, sporazum postaje sastavni deo kolektivnog ugovora.

Ako predmet spora nije kolektivni ugovor, sporazum ima snagu sudskog poravnania (čl. 26. ZMRRS).

Strana u sporu koja ne prihvati preporuku dužna je da u roku od tri dana od dana dostavljanja preporuke navede razloge za neprihvatanje preporuke.

Na predlog miritelja Agencija može da objavi preporuku i razloge za ne-prihvatanje preporuke u sredstvima javnog informisanja (čl. 27. ZMRRS).

Postupak mirenja okončava se pred Odborom ako strane u sporu zakluče sporazum o rešenju spora u roku od 30 dana od dana otvaranja rasprave (čl. 28. ZMRRS).

Ako se postupak ne okonča u smislu čl. 28. ovog zakona miritelj raspušta Odbor i nastavlja postupak mirenja neposrednim kontaktom sa stranama u sporu.

U slučaju iz st. 1. ovog člana miritelj pruža pomoć stranama u sporu da se sastanu, raspravljaju o predmetu spora i zakluče sporazum o rešenju spora (čl. 29. ZMRRS).

1.1.1.7 Izbor miritelja i trajanje njegovog mandata

Izbor miritelja, trajanje njegovog mandata i sticanje svojstva miritelja uređeno je čl. 38-42 ZMRRS.

Za miritelja može da bude izabrano lice koje ispunjava sledeće uslove:
da je državljanin Srbije i Crne Gore;
da ima visoku stručnu spremu i najmanje pet godina radnog iskustva u oblasti radnih odnosa;
da nije osuđivano za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od naj-manje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje ovih poslova;
da je dostojno dužnosti miritelja (čl. 38. ZMRRS).

Izbor miritelja vrši se putem javnog oglasa koji objavljuje Agencija. Izbor između prijavljenih kandidata vrši Komisija za izbor miritelja. Komisiju čine dva predstavnika Vlade, dva predstavnika reprezentativnih sindikata osnovanih za teritoriju Republike Srbije i dva predstavnika reprezentativnih udruženja poslodavaca osnovanih za teritoriju Republike Srbije.

Predstavnike Vlade imenuje Vlada, a predstavnike sindikata i udruženja poslodavaca imenuje socijalno-ekonomski savet osnovan za teritoriju Republike Srbije, na predlog reprezentativnih sindikata i reprezentativnih udruženja poslodavaca – članova tog saveta.

Komisija bira predsednika iz reda svojih članova (čl. 39. ZMRRS).

Odluku o izboru miritelja Komisija donosi u roku od 15 dana od dana isteka roka za podnošenje prijave.

Odluka se smatra donetom ako za nju glasa dvotrećinska većina članova Komisije.

Odluka je konačna i protiv nje može da se pokrene upravni spor, u skladu sa zakonom (čl. 40. ZMRRS).

Miritelj se bira na četiri godine i može biti ponovo izabran.

Rok iz st. 1. ovog člana računa se od dana konačnosti odluke o izboru (čl. 41. ZMRRS).

Svojstvo miritelja stiče se danom upisa u Imenik.

Na osnovu odluke o izboru miritelja direktor Agencije donosi rešenje o upisu u Imenik.

Rešenje sadrži ime, prezime, adresu i stručnu spremu miritelja (čl. 42. ZMRRS).

1.1.1.8 Brisanje miritelja iz imenika

Svojstvo miritelja prestaje brisanjem iz Imenika. Miritelj se briše iz Imenika:

- ako se naknadno utvrdi da nisu bili ispunjeni uslovi iz čl. 38. ovog zakona;
- ako prestanu da postoje uslovi iz čl. 28. tač. 1), 3) i 4) ovog zakona;
- po isteku roka na koji je izabran, ako ne bude ponovo izabran;

ako odbije da se stručno usavršava;
ako nestručno i nesavesno obavlja dužnosti;
ako se neuredno odaziva na poziv Agencije;
ako neopravdano odugovlači postupak mirnog rešavanja radnog spora;
na lični zahtev;
usled gubitka poslovne sposobnosti;
usled smrti (čl. 45. ZMRRS).

Zahtev za brisanje iz Imenika može podneti socijalno -ekonomski savet osnovan za teritoriju Republike Srbije ili jedan od učesnika tog saveta.

Direktor Agencije donosi rešenje o brisanju iz Imenika u roku od 15 dana od dana podnošenja zahteva, odnosno od dana saznanja za okolnosti iz čl. 45. st. 2. ovog zakona.

U slučajevima iz čl. 45. st. 2. tač. 4)-7) ovog zakona direktor Agencije donosi rešenje o brisanju u saglasnosti sa socijalno-ekonomskim savetom osnovanim za teritoriju Republike Srbije, osim ako je zahtev za brisanje podneo taj savet.

Rešenje o brisanju iz Imenika je konačno i protiv njega se može voditi upravni spor, u skladu sa zakonom (čl. 46. ZMRRS).

Rešenje o upisu i brisanju iz Imenika objavljuje se u "Službenom glasniku Republike Srbije" (čl. 47. ZMRRS).

1.1.1.9 Izuzeće miritelja

Strana u sporu može direktoru Agencije da podnese zahtev za izuzeće miritelja i to:

ako zastupa neku od strana u sporu, ili je u poslednjih pet godina zastu-pao neku od strana u sporu;

ako je srodnik po krvi u pravoj liniji do bilo kog stepena, a u pobočnoj liniji do četvrtog stepena neke od strana u sporu, odnosno ako je bračni drug ili srodnik po tazbini do drugog stepena neke od strana u sporu;

ako je u radnom ili članskom odnosu sa nekom od strana u sporu ili je takav odnos postojao u poslednje dve godine;

ako je povezan sa stranama u sporu na bilo koji drugi način koji bi mogao da utiče na njegovu nepristrasnost.

Miritelj po službenoj dužnosti vodi računa o razlozima za izuzeće u toku postupka i dužan je da o njima obavesti direktora Agencije.

Direktor Agencije odlučuje o izuzeću miritelja po obaveštenju miritelja na zahtev strane u sporu, u roku od osam dana od saznanja za postojanje razloga za izuzeće.

U slučaju izuzeća postupak mirnog rešavanja radnog spora nastavlja se izborom novog miritelja u skladu sa ovim zakonom (čl. 48. ZMRRS).

1.1.1.10 Dužnost miritelja

Miritelj je dužan da postupa savesno i po svom najboljem znanju, u cilju rešavanja spora između strana u sporu (čl. 49. ZMRRS).

Miritelj je dužan da se stručno usavršava (čl. 50. ZMRRS).

Miritelj je dužan da redovno obaveštava agenciju o pokretanju, toku i okončanju postupka mirnog rešavanja radnog spora (čl. 51. ZMRRS).

1.1.1.11 Prava miritelja

Miritelj ima pravo na nagradu za rad i naknadu troškova koje je imao tokom postupka.

Aktom Vlade utvrđuju se uslovi za ostvarivanje prava na nagradu i naknadu troškova i njihova visina.

Sredstva iz st. 1. ovog člana obezbeđuju se u budžetu Republike Srbije (čl. 52. ZMRRS).

Miritelj ima pravo na odsustvo sa rada bez naknade zarade (neplaćeno odsustvo) za vreme dok vodi postupak mirnog rešavanja radnog spora u skladu sa ovim zakonom (čl. 53. ZMRRS).

2.1.2. Arbitražno rešavanje kolektivnih radnih sporova

Arbitražno rešavanje KRS propisano je čl. 265. Zakona o radu.

U skladu sa ovim članom sporna pitanja u primeni kolektivnih ugovora (pravni kolektivni radni spor) može da rešava arbitražna koju obrazuju učesnici kolektivnog ugovora u roku od 15 dana od dana nastanka spora (st. 1.).

Odluka arbitraže o spornom pitanju je obavezna za učesnike (st. 2.).

Sastav i način rada arbitraže se uređuje kolektivnim ugovorom (st. 3.).

Ako učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora ne reše spor pred arbitražom ili drugom metodom mirnog rešavanja, ili ako je bilo koji učesnik nezadovoljan mirnim rešenjem spora, isti mogu pred nadležnim sudom da ostvare zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom (st. 4.).

2.2. Metode direktne industrijske akcije

U našem radnom zakonodavstvu od metoda direktne industrijske akcije u rešavanju KRS priznat je jedino štrajk.

Pravo na štrajk, kao jedno od osnovnih socijalnih prava, priznato je eksplicitno Ustavom iz 2006.god. (čl. 61).

U skladu sa navedenim članom Ustava zaposleni imaju pravo na štrajk, u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom.

Pravo na štrajk može biti ograničeno samo zakonom, shodno prirodi ili vrsti delatnosti.

Pravo na štrajk i postupak njegovog ostvarivanja uređen je Zakonom o štrajku ("Službeni list SRJ", br. 29/1996.).

Štrajk kao metod rešavanja KRS se sastoji u privremenom kolektivnom prekidu rada kako bi se vršenjem ekonomskog pritiska osnažili zahtevi zaposlenih, odnosno sindikata (organizatore štrajka) i očuvali i osnažili interesi vezani za uslove rada. Štrajk je legitimno sredstvo sindikalne, radne borbe koje ima za cilj unapređivanje i zaštitu ekonomskih i profesionalnih interesa zaposlenih. Cilj štrajka je rešenje kolektivnog radnog spora i ponovno uspostavljanje ravnoteže socijalnih partnera.

Svaki zaposleni slobodno odlučuje da li će učestvovati u štrajku (čl. 1. Zakona o štrajku).

Štrajk se može organizovati: 1) kod poslodavca koji obavlja privrednu ili drugu delatnost; 2) u grani, i 3) kao generalni štrajk. Štrajk se može organizovati i kao štrajk upozorenja u trajanju od jednog sata (čl. 2. Zakona o štrajku).

Odluku o štrajku kod poslodavca donosi ovlašćeni sindikat ili većina zaposlenih, a o granskom i generalnom štrajku nadležni republički, odnosno savezni sindikat.

Odlukom o stupanju u štrajk utvrđuju se: 1) zahtevi zaposlenih; 2) vreme početka štrajka; 3) mesto okupljanja učesnika u štrajku; 4) štrajkački odbor – koji zastupa interese zaposlenih i u njihovo ime vodi štrajk. Odluka o stupanju u štrajk se dostavlja poslodavcu (čl. 3. – 5. Zakona o štrajku).

Zahtevi zaposlenih sadržani u odluci o stupanju u štrajk moraju biti u skladu sa njihovim profesionalnim i ekonomskim interesima i konkretno identifikovani.

Štrajk vodi štrajkački odbor koji je dužan da najavi štrajk poslodavcu dostavljanjem odluke o stupanju u štrajk. Najava štrajka mora biti najmanje pet dana pre dana određenog za početak štrajka, a kada se radi o štrajku upozorenja rok je 24 časa. Mesto okupljanja zaposlenih za vreme štrajka ne može biti van poslovnih – radnih prostorija, ako se štrajk ispoljava okupljanjem (čl. 5 i 6. Zakona o štrajku).

Štrajkački odbor i zaposleni koji učestvuju u štrajku, dužni su da štrajk organizuju i vode na način kojim se ne ugrožava bezbednost lica i imovine i zdravlje ljudi.

Štrajkački odbor i zaposleni, koji su u štrajku, ne smeju sprečavati rad zaposlenih, koji ne učestvuju u štrajku (čl. 7. Zakona o štrajku).

Štrajkački odbor je dužan da saraduje sa poslodavcem radi obezbeđenja minimuma procesa rada u toku štrajka (čl. 13. Zakona o štrajku).

Štrajk prestaje: 1) sporazumom strana u sporu; 2) odlukom sindikata; 3) odlukom većine zaposlenih (čl. 8. Zakona o štrajku).

Štrajk u delatnostima od javnog interesa mogu ostvariti zaposleni ako se ispunе posebni uslovi. Delatnosti od javnog interesa su: 1) elektroprivreda; 2) vodo-privreda; 3) saobraćaj; 4) informisanje (radio i TV); 5) PTT usluge; 6) komunalne delatnosti; 7) proizvodnja osnovnih prehrambenih proizvoda; 8) zdravstvena i

veterinarska zaštita; 9) prosveta; 10) društvena briga o deci; 11) socijalna zaštita; 12) hemijska industrija; 13) industrija čelika, crna i obojena metalurgija; 14) odbrana i bezbednost RS i 15) poslovi neophodni za izvršavanje međunarodnih obaveza za RS (čl. 9. Zakona o štrajku).

U delatnostima od javnog interesa zaposleni mogu ostvariti pravo na štrajk pod uslovom da prethodno obezbede minimum procesa rada kojim se obez-beđuju sigurnost ljudi i imovine, ili neophodni uslovi za život i rad građana ili preduzeća (čl. 10. Zakona o štrajku).

Štrajk u delatnostima od javnog interesa se mora najaviti najkasnije 10 dana pre dana početka štrajka poslodavcu, osnivaču, nadležnom državnom organu i organu lokalne samouprave (čl. 11. Zakona o štrajku).

Direktor kod poslodavca ima ovlašćenja da odredi zaposleni koji su dužni da rade za vreme štrajka radi obezbeđenja minimuma procesa rada i to najkasnije pet dana pre početka štrajka. Pre donošenja odluke o tome direktor pribavlja mišljenje štrajkačkog odbora (čl. 10. st. 5. Zakona o štrajku).

Poslodavac ne sme sprečavati zaposlenog da učestvuje u štrajku, niti da upotrebljava mere prinude radi okončanja štrajka, niti predvideti povoljniju zaradu, ili druge povoljnije uslove rada za zaposlene koji ne učestvuju u štrajku (čl. 15. st. 2. Zakona o štrajku).

Zaposleni koji učestvuju u štrajku u skladu sa zakonom uživaju zaštitu, tj. ne mogu biti podvrgnuti odgovornosti i sankcijama. Učešće u štrajku, dakle, ne može biti osnov za pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske odgovornosti, niti može imati za posledicu prestanak radnog odnosa (čl. 14. Zakona o štrajku).

Protiv učesnika štrajka koji je organizovan i vođen suprotno zakonu (nezakonit štrajk) može se voditi disciplinski postupak i izreći mera prestanka radnog odnosa, kao i postupak za naknadu štete (čl. 14. st. 3. Zakona o štrajku).

Zaposlenom u državnom organu, profesionalnom pripadniku Vojske Srbije i pripadniku policije prestaje radni odnos, kada se utvrdi da je organizovao štrajk ili učestvovao u štrajku (čl. 18. Zakona o štrajku).

3. Sudsko rešavanje kolektivnih radnih sporova

3.1. Uopšte o pravu na sudsko rešavanje kolektivnih radnih sporova

Pravo na sudsko rešavanje KRS je pravo koje je propisano čl. 265. st. 4. Zakona o radu. Ovim stavom je određeno da učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora mogu pred nadležnim sudom da ostvare zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom. Iz ove odredbe proizlazi da sudovi sude pravne a ne i interesne KRS.

Sudovi nisu ovlašćeni da stvaraju nove pravne norme nego da primenjuju postojeće.

Ovakav stav je zastupljen i u našoj pravnoj teoriji.²

3.2. Nadležnost

Za odlučivanje o kolektivnim radnim sporovima nadležni su sudovi opšte nadležnosti. U kolektivnim radnim sporovima se primenjuju odredbe ZPP. U ovim sporovima sudovi opšte nadležnosti primenjuju posebne odredbe sadržane u glavi tridesetoj - Postupak u parnicama povodom kolektivnih ugovora ZPP (čl. 440 – 445.) a ako posebne odredbe ne postoje primenjivaće se ostale odredbe ZPP (čl. 440. ZPP).

Prvostepeni sud u KRS je orkužni sud koji na osnovu čl. 22. st. 1. t. 6. Zakona o uređenju sudova sudi u sporovima povodom štrajka i povodom kolektivnih ugovora ako spor nije rešen pred arbitražom.

Drugostepeni sud u KRS na osnovu čl. 23. Zakona o uređenju sudova je Apelacioni sud.

Trećestepeni sud u KRS na osnovu čl. 27. Zakona o uređenju sudova je Vrhovni sud Srbije.

Na osnovu čl. 36. Zakona o uređenju sudova u okružnim sudovima i u Apelacionom sudu postoje odeljenja za radne sporove. U Apelacionom sudu postoji i odeljenje za hitno postupanje u stvarima u kojima zakon određuje da je postupak po žalbi hitan, što je slučaj sa KRS.

3.3. Prvostepeni postupak

Za prvostepeni postupak u KRS važe ista pravila kao i kod IRS, sem posebnih pravila sadržanih u čl. 441 - 443. ZPP.

U postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora ostvaruju zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom kad nastane spor u postupku zaključivanja, odnosno izmena i dopuna kolektivnog ugovora ukoliko spor nije rešen mirnim putem ili putem arbitraže koju su obrazovali učesnici kolektivnog ugovora u skladu sa odredbama posebnog zakona (čl. 441. st. 1. ZPP).

Po pravilima postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora sud postupa i u slučaju spora a reprezentativnosti sindikata, odnosno udruženja poslodavaca u smislu odredaba posebnog zakona (čl. 441. st. 2. ZPP).

Lubarda, Branko, Op. cit., str. 245.; Kulić, Živko, Ostvarivanje i zaštita prava zaposlenih, Radno i socijalno pravo, br. 7-9/98., str. 277.

U postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora jedna od stranaka je reprezentativni sindikat (čl. 441. st. 3. ZPP).

Iz sadržine navedenih odredbi proizlazi:

da su subjekti u KRS učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora o radu tj. poslodavac odnosno organizacije poslodavaca i organizacije reprezentativnog (reprezentativnih) sindikata i njihova udruženja (st. 1. i 3.);

da su predmet KRS pravni kolektivni radni sporovi (st. 1.);

da predmet KRS može biti i reprezentativnost sindikata odnosno reprezentativnost udruženja poslodavaca, u kom slučaju su stranke ili sindikati i njihova udruženja odnosno poslodavci i njihova udruženja (st. 2.).

U KRS povodom kolektivnih ugovora sud će uvek prilikom određivanja rokova i ročišta obraćati naročitu pažnju na potrebu hitnog rešavanja ovih sporova (čl. 442. ZPP). Načelo hitnog rešavanja sporova važi i za IRS.

U KRS sud će u presudi kojom nalaže izvršenje neke činidbe odrediti rok za njeno izvršenje (čl. 443. ZPP). Ovde je bilo bolje da je određen ili najkraći ili najduži rok za izvršenje vodeći računa o načelu hitnosti iz čl. 442. ZPP.

Prvostepeni postupak i u KRS se okončava donošenjem presude ili rešenja. Za presudu važe odredbe čl. 330 – 349. ZPP a za rešenje odredbe čl. 350 – 354. ZPP.

3.4. Drugostepeni postupak (postupak po žalbi)

Prvostepena presuda i prvostepeno rešenje doneti u KRS se mogu pobijati redovnim pravnim lekovima - žalbom protiv presude odnosno žalbom protiv rešenja.

Žalba protiv presude i žalba protiv rešenja se mogu izjaviti u roku od osam dana (čl. 444. ZPP). Za žalbu protiv presude, sem roka za njeno izjavljivanje, važe odredbe čl. 355 - 384. ZPP. Za žalbu protiv rešenja važe odredbe čl. 385 - 388. i čl. 444. ZPP.

3.5. Postupak po vanrednim pravnim lekovima

U KRS kao i u IRS dozvoljeni su svi vanredni pravni lekovi propisani ZPP: žalba sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje, odnosno tzv. direktna revizija (čl. 389 - 393. ZPP);

revizija (čl. 394 - 412. ZPP) za koju je izričito propisano da je u parnicama povodom kolektivnih ugovora uvek dozvoljena (čl. 445. ZPP);

zahtev za zaštitu zakonitosti (čl. 413 - 421. ZPP) i

ponavljanje postupka (422 - 433. ZPP)

LITERATURA

- Lubarda A., Branko: *Rešavanje kolektivnih radnih sporova*, Pravni fakultet, Beograd, 1999.
- Novak, Janez: *Delovni spori*, GV Založba Ljubljana, 2004.
- Kulić, Živko: *Kolektivni radni sporovi*, Radnička štampa, Beograd, 2001.
- Stojanović, Mijal: *Radni sporovi – SR Nemačka, Austrija, Republika Italija, Repu-blika Slovenija, Republika Srbija*, Kragujevac, 2007.
- Zakon o parničnom postupku Republike Srbije
- Zakon o radu Republike Srbije
- Zakon o Agenciji za mirno rešavanje radnih sporova
- Zakon o štrajku republike Srbije

Др Слободанка Перић, доцент

ДИСЦИПЛИНСКА ОДГОВОРНОСТ ЗАПОСЛЕНИХ

Апстракт: Дисциплинска одговорност је одговорност за утврђене повреде радне обавезе и друге повреде радне дисциплине, за које се од овлашћених органа у законом прописаном поступку изричу прописане дисциплинске казне.

Аутор у раду анализира дисциплинску одговорност запослених као специфичан вид правне одговорности, јер је применљива само против физичких особа (радника и службеника), односно лица у радном односу. Традиционално, против свих особа у односу субординације (подређености).

Кључне речи: одговорност, дисциплинска одговорност, субординација.

Уводна разматрања

Принцип одговорности је новијег датума. Она је историјска категорија, која се јавља са демократским грађанским друштвом, са формирањем првих држава у савременом смислу (посебно период XIX века на овамо). Одговорност је у стварности најпре била “слободна”, тј. рат “свих према свима”, органска, а затим постепено вазална, друштвено-уговорна, политичко-институционална, правна и дезинтеграциона, и затим се креће уназад, понавља у обратном смеру и новим облицима. С тим у вези, теорија одговорности која је крајем XVIII и у XIX веку постигла свој идејни процват и политички смисао, доживљава у савременом друштву свој идејни пад и сиромаштво, али и обнову.¹ Одговорност је, несумњиво, стожерна вредност сваког организованог друштва. Постулат је савремених цивилизацијских принципа који су оличени у правди и правичности, и људски квалитет који се огледа у ограничавању сопствених слобода, зарад слобода и права других лица, али није и супротна њој, јер је управо гаранција и истовремени израз слободе. У суштини, одговорност је усаглашавање делатности слободних људи, кроз спознају потребе и сврхе ограничавања самог себе, где је свако одговоран за последице свог деловања у смислу омогућавања слободе другом у сваком друштвеном односу у који ступа – „[...] нема довољне и праве одговорности ако она није првенствено у основи људска; одговорност човека према себи и другоме; другом човеку не само као људској индивидуалности већ као изразу мене, услову моје људске егзистенције и реалности. У смислу претходно

1. Ђорђевић, О самоуправном и одговорном друштву, Службени лист СФРЈ, Београд, 1971, стр.70-95.

реченог – одговорност јеу крајњој линији индивидуално одређена. “Ако одговорност има икакво реално значење, она претпоставља однос према мерилима која су више него обично “ја”; она моју индивидуалност изједначава са људском мером, мојом хуманом личношћу. У томе је суштина личне одговорности која је људска, интимна, етичка и све то и нешто више од тога. Она остаје када све друге одговорности затаје, јер су све друге регулисане, а она је једина што човек има или нема – поред и изван свих институција

спољних норми”.² Према томе, права лична људска одговорност је она према човеку у мени и у другом и према људском и конкретном услову заједничког живота људи. То је основна премиса одговорности и супстрат личне одговорности као моралне и више од тога – људске”.³ Одговорност је у основи хумана јер је при акт у њеном остваривању сама свест човека о сопственим слободама, правима и превасходно самосвест (као осећај) о ограничењу истих, зарад респектовање туђих слобода и права. У том сми-слу, она је супститут моралних вредности који оплемењује, обезбеђује, и у коме се рефлектује друштвено, политичко и морално стање земље и *vice versa*. Наиме, одговорност је историјски променљива категорија јер је објек-тивно и субјективно одређена друштвом и односима у њему (социјалним, економским, политичким, културним, итд.), што је имало за последицу да се у различитим друштвеним системима различито теоријски третира проблем одговорности. Сваки друштвени систем имао је своју концепцију одговорности, институције, поступке, средства за њено остваривање. Управо у тој динамици и различитости лежи одговор зашто у науци није остварено јединствено мишљење о овом друштвеном императиву. Слободно се може рећи да има толико значења и дефиниција одговорности колико и писаца

теоријских извора који су се бавили овим проблемом. Међутим, поред наведених разлога који утичу на дефинисање концепта одговорности, она је донекле концептуално „неухватљива“ јер есенција одговорности често превазилази правне оквире и задире у област морала, обичаја, традиције, итд. Према професору Н. Тинтићу, одговорност етимолошки потиче од сакраменталних формула римске стипулације: *respondense ? - spondeo*, а претпоставља овлаштење и обавезу да се властито понашање уреди према правилима и схватањима која по општем суду воде ка правилном понашању (извршавању дужности), и коначно одговорност укључује кршење такве обвезе и због тога подвргавање одређеним санкцијама. Утолико је одговорност нужна супутница и “последница” овлаштења у значењу реакције друштвене заједнице у смислу (правно, морално, политички итд.) изражене осуде скривљеног понашања и примене одговарајућих санкција. Отуд и генерична

Ј. Ђорђевић, нав. дело, стр. 159.

Ibid, стр. 160.

дефиниција одговорности у смислу, везе да се поднесу последице које су правно утврђене за властито каузално извршени чин - односно пропуст.⁴

У одговорности је стално присутно ”филтрирање“ кроз истовремено испитивање и потврда савести, разликовање оног шта треба чинити, шта је праведно, морално и оног што би било зло, штетно и нехумано чинити. Другим речима, бити одговоран у друштву значи водити рачуна о томе да у природи постоји нека одређена равнотежа, однос координације између људи који чине друштвену заједницу.⁵ Тиме је одговорност параметар и мерило еманципације одређеног друштва – његове цивилизованости, владавине права, у крајњој мери и његове моралности. Без праве моралности у чисто људском смислу и друштвеном значењу ни једна људска заједница не може се назвати људском, а још мање се као таква може одржати. Тиме је она, у одређеној мери и принудна, односно подређена друштвеним нормама и захтевима колективитета. Одговорног, хуманог појединца нема без хумане заједнице и *vice versa*. Дакле, одговорност претпоставља одговорно друштво у коме су лична права, слободе, елементарна приватност, неприкосновена и неотуђива вредност. Одговорно друштво није тоталитарно друштво у коме је појединац потпуно подређен колективној контроли и колективној психози, без обзира да ли то остварује државна власт или друга сила која се намеће човеку. Тоталитарна одговорност је у ствари апсолутни израз, али и негација одговорности. То је негативна одговорност или послушност. Друштво је одго-ворно ако је самоинституционално, аутоконтролно и неотуђено од човека.⁶ А да би било такво човек мора уживати призната и гарантована фундаментална људска права и слободе тј. да се свако право веже за одговарајуће дужности.

1. Основна обележја дисциплинске одговорности

У свету преовлађује број радно способних лица која средства за егзистенцију себи и породици обезбеђују радом из радног односа. Уколико пођемо од чињенице да је рад основ опстанка човека и друштвене заједнице онда је дисциплинска одговорност један од најзначајнијих облика правне одговорности. За разлику од ситуације у којој они иступају као грађани, у свом приватном животу, ван предузећа и установе, наше позитивно право (као и упоредно) предвиђа посебну дисциплинску, материјалну и кривичну

Н. Тинтић, Радно и социјално право, књига прва: радни односи (II), Народне новине, Загреб, 1972, стр. 577.

Д. Стојановић, Основ одговорности, општа начела, “Правни живот”, Београд, 1-2/93, стр. 36.

Ј. Ђорђевић, Политички систем, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 331, 332.

одговорност, које произилазе по основу радног односа, из својства радника њиховог положаја.⁷ Дисциплинска одговорност има свој правни основ у радном односу, јер се примењује према запосленом, од момента његовог ступања на рад, тј. од почетка рада па све до његовог престанка. Она је посебан облик одговорности јер се односи на повреду посебних правила понашања, која су резултат потребе радне дисциплине које се запослени морају придржавати на раду и у вези са радом, а у циљу бољих и успешнијих резултата рада, веће продуктивности итд. Одговоран однос запослених према својим правима и обавезама на раду и у вези са радом, савесно извршавање радних дужности, придржавање одлука донетих у предузећу есенцијалне су претпоставке несметаног процеса рада, успешног остваривања радних, пословних задатака. Поштовање правила унутрашњег радног реда нарочито у условима тржишног привређивања, прворазредни је чинилац успешности

већој конкурентности на чему сваки послодавац инсистира. У принципу, ма који организовани процес рада који претендује озбиљном успеху мора се обављати дисциплиновано. Одговорност радника за повреде радних обавеза (радне дисциплине), је одговорност коју карактерише ослобађање радника од сваке самовоље и произвољности али безусловно захтева одговорност радника за повреде прописа, односно за повреде сопствених обавеза или права других радника.⁸ Таква аналогија није израз само једног од основних обележја радног односа субординације радника радном реду како правне тако и економске, већ и динамичког јединства које проистиче из корелативности права, обавеза и одговорности странака у том односу.

Дисциплинска одговорност је одговорност за утврђене повреде радне обавезе и друге повреде радне дисциплине, за које се од овлашћених органа у законом прописаном поступку изричу прописане дисциплинске казне.

Она се јавља као последица несавесности и непридржавања утврђених правила понашања. Запослени одговара за повреде прописаних радних обавеза, али исто тако и за друге повреде радне дисциплине, при чему се дисциплинска разликује битно од других одговорности, које се могу применити према запосленом и према сваком другом грађанину. Дисциплинска одговорност, као и сваки облик одговорности, увек је индивидуална

конкретна, а интервенција правног поретка јавља се у три стадијума: 1) у одређивању одговорности, дела и казни (санкција, мера) за случај повреде радне дисциплине; 2) у одређивању органа и правила поступка; 3) у правилима и мерама извршења изречених санкција.⁹

А. Балтић, М. Деспотовић, Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада, Савремена администрација, Београд, 1968, стр. 253.

В. Брајић, Радно право, Савремена администрација, Београд, 1991, стр. 342.

Н. Тинтић, нав. дело, стр. 588.

Питање паралелне одговорности запосленог није ближе регулисано у радном законодавству. Сходно судској пракси може се рећи да се поступак утврђивања дисциплинске одговорности, као независан и самосталан, води и наставља без обзира на друге поступке, који се воде против запосленог – упоредна одговорност. Тако, нпр., запослени може да одговара и за причињену штету (имовинску и неимовинску), уколико је повредом радне обавезе причињена штета. Када би се одступило од принципа упоредне одговорности не би се могла постићи потребна заштита радне дисциплине.¹⁰ Дисциплинска одговорност не искључује ни остале облике одговорности: кривичну одговорност, одговорност за привредни преступ, или прекршајну, уколико радња повреде радне обавезе има обележје кривичног дела, привредног преступа или прекршаја (она може бити паралелна са кривичном, прекршајном и другим врстама одговорности).¹¹ Може се закључити да постоје различите врсте одговорности у радном односу. Оне се могу преплитати или додиривати, али свака од њих има свој основ, своју сврху и поступак одлучивања о одговорности.¹² То указује да је дисциплинска одговорност самостална и независна од осталих облика правне одговорности. Одређивање односа између дисциплинске и других облика одговорности од значаја је за раз-граничење дисциплинске одговорности од осталих облика одговорности (најпре од кривичне одговорности, затим од одговорности за привредни преступ, од одговорности за прекршај, одговорности за штету), као и за боље разумевање суштине дисциплинске одговорности у циљу одређивања њеног места у правном систему. Дисциплинска одговорност је специфичан вид правне одговорности, јер је применљива само против физичких особа – запослених радника и службеника, односно лица у радном односу. Традиционално, против свих особа у односу субординације.¹³

“Материјална и дисциплинска одговорност не искључује једна другу већ се паралелно конституишу као самостални и међусобно независни облици одговорности. Одговорност за штету коју радник узрокује организацији на раду и у вези са радом, не заснива се на дисциплинској одговорности али може имати исти чињенични основ”. (Одлука Суда удруженог рада Црне Горе, Ж-1183/84, од 27.12.1984. год.).

“Дисциплинска и кривична одговорност су независне правне одговорности, па одустанак јавног тужиоца од гоњења нема значај за валидност одлуке о изреченој дисциплинској мери за радњу због које је био покренут и кривични поступак”. (Врх.суд Србије, Рев. 4532/93 од 09. 03. 1994. год.).

За свако кажњиво дело је општим прописима утврђено биће тог дела, па у случају да радња повреде радне обавезе представља и обележје неког кажњивог дела (нпр. кривичног дела, прекршаја, привредног преступа) запослени ће одговарати кумулативно и дисциплински и кривично, прекршајно и за привредни преступ.

В. Брајић, Радно право, нав. дело, стр. 341.

Н. Тинтић, Радно и социјално право, књига прва: радни односи (II), нав. дело, стр. 588.

Подређивање (субординација) ОСНОВ
дисциплинске власти послодавца

Појам „субординација“ води порекло из средњовековног латинског језика и речи *subordinatio*, која означава потчињеност, односно подређеност нечијем ауторитету или зависност од другог (од *subordinare* – ставити под контролу, подредити, подрђивати, потчинити, потчињавати).¹⁴ Овај израз прешао је из текстова на новолатинском језику у језике појединих народа и постао њихов појам, уз модификацију својствене духу сваког језике (енг. *subordination*, фр. *subordination*, нем. *Unterordnung*, рус. *подчинение*). То је случај и са српским језиком, где се речју „субординација“ означава строго потчињавање млађег старијему, нижега у служби вишем; потчињеност, подређеност.¹⁵

Субординација представља једно од најважнијих и увек актуелних питања радног права. О томе живо сведоче историчари радног права, када пишу да је радно право „право субординације“ (*droit de la subordination*), које претпоставља да су на једној страни они који издају налоге, а на другој они који се тим налозима потчињавају, који прихватају да, за зараду, раде за рачун и под влашћу другог.¹⁶ Радно право се не дефинише на овај начин само у класичној радноправној литератури, већ и у савременој радноправној литератури субординација је централна одредница у дефинисању радног права. У смислу реченог, могу се прочитати дефиниције према којима се „радно право може назвати радно право подређеног рада или право подређеног рада“; као „скуп правних норми које се односе на подређени рад“;¹⁷ односно као „права зависног рада“;¹⁸ затим „право заштите запослених због њиховог стања субординације“,¹⁹ „за радно право релевантан је само рад за другог – несамосталан, подређени рад, али рад слободно успостављен (вољом радника), друштвено користан рад“ и слично.²⁰ Са становишта савремене теорије и упоредног права подређеност је битно обележје и својство запосленог, мерило које раздваја радноправни положај запосленог (радника, јавног, државног службеника) од правног положаја неких других лица које анга-жује послодавац ради извршења одређених послова за потребе послодавца

И. Клајн, М. Шипка, Велики речник страних речи и израза, Прометеј, Нови Сад, 2007, стр. 1184.

Цитирано према: Љ. Ковачевић, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2013, стр. 19.

Љ. Ковачевић, нав. дело, стр. 28, 29.

J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, 21^e édition, Dalloz, Paris, 2002, стр. 7.

S. Deakin, G. S. Morris, *Labour Law*, 4th édition, Hart Publishing, Oxford, 2005, стр. 239.

A. Mazeaud, *Droit du travail*, 5^e édition, Montchrestien, Paris, 2006, стр. 11-20.

Б. А. Лубарда, Радно право (расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу), Правни факултет у Београду, Београд, 2012, стр. 10-12.

– директора, samozапослених лица и подуговорника. Зато се и каже да је субординација – подређеност „правна вододелница“ помоћу које се одређује да ли се једно лице налази у правном положају запосленог или не.²¹ Субординацији је и у савременом развоју признато обележје „централног појма радног права и стожера око којег је распоређена целина радног права као критеријум примене радног права јер указује на једну од важних улога радног права – улогу организовања приватне власти, тј. власти једног приватног лица над другим“. У њеном средишту налази се послодавчево овлашћење да издаје налоге и упутства запосленом, другим речима, „да доноси одлуке, да уређује односе (прописује понашање) и да изриче дисциплинске санкције“. То послодавцу даје овлашћења господара посла; право да бдије и надзире активност радника у погледу начина извршења посла; право да примењује дисциплинску овлашћења; право да издаје правила у погледу организовања посла итд. Из наведеног се уочавају *три основне врсте овлашћења, тј. функ-ције које проистичу из власти послодавца: управљачка власт, нормативна власт и дисциплинска власт*. Дисциплинска овлашћења обухватају: а) овлашћења да се стварају правила понашања радника на раду, и б) овлашћења за примењивање дисциплинске санкције, или се редуцира/своди само на примену санкције. Када таква овлашћења постоје на једној страни, на другој страни се аутоматски јавља стање подређености.

Субординација прожима суштину и циљ правних норми. Како наводи проф. Божићар С. Марковић „суштина права су неједнакости“.²² Правни однос се може успоставити само између два субјекта која су различитог правног положаја – радник и послодавац, дужник и поверилац; купац и продавац; налогодавац и налогопримац, и др. Одступање од начела правне једнакости најизразитије је у области радних односа. Управо та околност – правна неједнакост чини уговор о раду јединственим у породици уговора, јер је уговор о раду инструмент којим се успоставља правна неједнакост између запосленог и послодавца – стављање запосленог у положај зависности наспрам послодавца. Може се рећи да је „зависност“ радника према послодавцу у процесу рада типична и карактеристична за радноправни однос. Положај „послодавца“ и „послопримца“ одређен је њиховим друштвено-економским и правним положајем, приликом ступања у такав правни однос. На то нас упућује историјски развој радног права и настанак радног односа. Нужна претпоставка настанка и разуме се постојања радног односа јесте подела грађана једног друштва на оне који имају власништво над средствима рада

Ibid, стр. 25, 28.

Б. С. Марковић, Оглед о односима између појма правде и развитка позитивног приватног права, Београд, 1995, стр. 21, 22.

на оне који то власништво немају.²³ Неједнакост уговорних страна има за последицу овлашћење једне стране да издаје наређења другој, при чему је такво овлашћење, у правном смислу – *essentialia negoti* која оправдава вршење послодавчеве власти, а у економском смислу услов за обављање одређене делатности. Отуда је правна подређеност сама душа уговора о раду.²⁴ Правна неједнакост у радном односу последица је економске неједнакости уговорних страна – радника и послодавца. Економска зависност (*dépendence éconoimique*) се огледа у потреби радника да осигура економску сигурност (средства за достојанствен живот од рада), коју му омогућује послодавац обезбеђивањем посла. Наведена неједнакост уговорних страна има за последицу овлашћење једне стране да издаје наређења другој, при чему је такво овлашћење, у правном смислу – *essentialia negoti* која оправдава вршење послодавчеве власти, а у економском смислу услов за обављање одређене делатности. То се, последично одражава у дијаметрално супротном положају између послодавца и радника а у вези: а) с неодвојивошћу обавезе рада од особе радника; б) зависности и подвргавањем радника вољи послодавца у погледу распореда на рад и обављање рада; в) овлашћењима послодавца да самостално одлучује о врсти рада, о управљању, о техничкој

комерцијалној организације, о финансијском пословању предузећа (јер је његов власник), у зависности радника да се понаша и управља у складу с тим; г) с иницијативом послодавца у питањима процеса рада; д) с правом послодавца на контролу; ђ) с овлашћењима да покреће и одлучује о питању одговорности (дисциплинске) у случају повреде радних дужности од стране радника; е) везаношћу радника у обављању рада ако се ради о природи посла у обављању кога је радник стручно самосталан (јер ради *lege artis*), правним нормама које уређују његову делатност (овлашћења, права и обавезе, па и одговорност дисциплинску у случају прекршаја тих правила).²⁵ Подређеност није пука економска зависност запосленог од послодавца, већ је лична (енгл. *personal subordination*) и правна подређеност (фр. *subordination juridique*) која се огледа у подређености запосленог власти послодавца у погледу извршења рада – опште оријентације и циља рада, што укључује и право послодавца на контролу – проверавање начина извршења рада (дисциплинска власт послодавца) и контролу квалитета и квантитета резултата рада.²⁶ Уколико не поштује постојећа правила понашања у предузећу он ће, сходно законо-давству, одговорати дисциплински и материјално.

Б. Шундерић, Демократизација радног односа, "Гласник", Правног факултета у Крагујевцу, 1991, стр.64.

J. de Maillard, Scolie sur le rapport de subordination, Droit social, N.1/1982, стр. 21.

Н. Тинтић, Радно и социјално право, књ. прва: радни односи (I), цит. дело, стр. 360.

Б. А. Лубарда, Радно право (расправа о достојанству на раду ...), нав. дело, стр. 17-19.

Савремени цивилизацијски развој карактерише ширење људских права у свим доменима што се последично одразило на област људских права у радном односу. У радном односу све је више јавно-правних елемената. Конституисање квантификацијом признатих права радницима, пружа се раднику, као економски слабијем субјекту нешто јача заштита, у поређењу са послодавцем, што је у складу са начелом *in favor laboratoris*.

Рад у радном односу је за милионску армију радно способних лица основни извор материјалних средстава и егзистенције, како њихове тако и њихових породица. Егзистенцијална нужност рада је основна друштве-но-економска претпоставка настајања и постојања радног односа.²⁷ И док такве нужности има биће и радних односа,²⁸ самим тим и одговорности за поштовање радних обавеза и дисциплине на раду и поводом рада.

Slobodanka Kovačević-Perić, LL.D

Docent

DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF THE EMPLOYEES

Summary

Discipline at work is not just the result of corrective action taken when an employee does not do what is expected of him/her or if he or she does something that goes against company policy. Discipline at work is an effective management tool with which one can achieve a better and more efficient workplace. Disciplinary responsibility has its legal basis in employment, as applicable to the employee, from the moment of its coming into work place, i.e., since the beginning, until its termination. Persons who have violated labour legislation and other normative acts containing labour law provisions are held responsible according to the disciplinary provisions contained in the Labor Law.

Појаву радног односа као посебног правног облика у вршењу рада у капитализму условиле су четири основне друштвено-економске и правне детерминанте: а) слобода рад; б) егзистенцијална нужност рада; в) захтеви оплодње и акумулације капитала; г) тржиште радне снаге и капитала. О томе: П. Јовановић, Радно право, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2012, стр. 21, 22. Ibid, стр. 158.

Др Дејан Мирковић, доцент

МЕЂУНАРОДНИ ПОЛОЖАЈ СРБИЈЕ 1878-2013.

Апстракт: Србија је контексту међународног јавног права након 2008. године уступила значајан део суверенитета ЕУ. То је нова међународно правна ситуација у односу на ону у којој се Србија налазила у периоду од 1878. до 2000. године. У ЕУ су се такође дешавале значајне промене, посебно након пропасти Устава за Европу 2005. године. Примарно право ЕУ и јединствени интегративни процеси су након периода који је симболизовао Уговор из Мадрихта 1992, замењени са два различита степена интеграција, изван и унутар еврозоне. Међутим, Србија је у том процесу интеграција *sui generis*.

Кључне речи: ЕУ, Србија, примарно право, међународно јавно право, *sui generis*

Увод

Србија је стара европска држава. На Берлинском конгресу 1878. године (иако њеним представницима није било дозвољено да присуствују заседањима) Србија је заједно са Црном Гором и Румунијом призната као независна држава. На тај начин су две српске државе, упркос рестриктивним условима које је захтевала Аустрија¹ признате као државе које су улазиле у ексклузивни круг првих 30 држава на свету (на пример, Србија и Црна Гора су међународно признате пре данашњих чланица ЕУ, Хрватске, Словеније, Бугарске, Чешке, Словачке, Кипра, Пољске, балтичких држава). Дакле, у контексту универзалне међународне заједнице (која је према владајућој правној доктрини синоним за УН)², Србија је стекла државност много пре већине од око 200 садашњих чланица УН. Наравно, за Србију и Црну Гору се сматрало и да су пре 1878. биле фактички независне државе са бројним одликама суверености. Сама чињеница да су ове две кнежевине 1876. године повеле рат против Турске то убедљиво доказује (То признаје и чувени француски професор међународног јавног права Луј ле Фир).³

Услови су се односили на луку у Бару, враћање Улциња, држање ратне морнарице, трговинске везе Кнежевине Србије са другим земљама, преузимање обавеза Турске према Аустрији. Више о томе Крећа М. Пауновић М, "Практикум за међународно јавно право" Досије, Београд, 2002 стр.75.

Више о томе Ђорђевић С.; "Увод у међународно право", Правни факултет, Београд, 2007, стр.77.

Ле Фир пише: "На Берлинском конгресу три балканске кнежевине признате су за независне: Црна Гора (која је у ствари то увек и била) Румунија и Србија, али ова последња без икаквог излаза на море. Бугарска је створена али још не као потпуно

Након успешног завршетка Балканских ратова 1912-1913. потписивања Лондонског и Букурештанског уговора и учествовања на победничкој страни у Првом светском рату, као и закључења Версајског мира, створена је Краљевина СХС. Краљевина СХС (касније Краљевина Југославија) је била део версајског мировног система и оснивач Друштва народа. Краљевина је у контексту међународног јавног права део суверенитета уступила међународној организацији, Друштву народа (посебно када се ради о заштити мањина). Међутим, *de facto* и *de iure*, прва Југославија је била самостална и суверена држава која је своје националне интересе стављала изнад воље међународних организација или одлука међународних судова (исто као и Краљевина Србија пре ње). Најбољи пример за то је одбијање се изврши пресуда Сталног суда међународне правде (ССМП) у случају српских дугова Француској 1932. године или фактичко игнорисање саветодавног мишљења ССМП из 1924. године у случају манастира Свети Наум.⁴

Слично се може рећи и за другу Југославију или СФРЈ, посебно од 1961. године када се дефинитивно раскида са блоковском политиком и када Београд почиње са такозваном политиком несврставања (која је свакако, имала елементе авантуризма и личне промоције тадашњег комунистичког диктатора Јосипа Броза). У контексту међународног јавног права Београдска конференција 1961. је била без сумње облик мултиратералне дипломатије који је довео до оснивања међудржавне организације.⁵

самостална““, према репринту његове књиге из 1934 :“Међународно јавно право““Правни факултет, Београд, 2010.стр 55.

Више о томе у научном раду Станислава Сретеновића са Института за савремену историју у Београду под називом ,‘Репарације побеђених дугови победника:Случај Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца /Југославије“, Филозофија и друштво, 2009/1 доступан

у електронској форми на <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0353-5738/2009/0353-57380901223S.pdf> О саветодавном мишљењу о манастиру Свети Наум види Царић С.“Саветодавна мишљења у међународном правосуђу“,Службени гласник, Београд, 2009. стр. Иначе, Краљевина СХС се обратила Друштву народа са молбом за ревизију одлуке Конференције амбасадора из 1922. по којој је манастир Свети Наум припао Албанији..Савет Друштва народа се одлучио да тај спор око манастира Свети Наум упути ССМП-у ради давања саветодавног мишљења. (Манастир се иначе, налази у данашњој БЈР Македонији, на југу Охридског језера близу границе са Албанијом,у манастиру старом око 1.000 година се налазе мошти светитеља Наума ученика Ћирила

Методија). Аргументи Краљевине СХС су били да манастир као православни верски објекат треба да припадне православној а не муслиманској држави. Такође, правни аргумент Београда је био да је Конференција амбасадора 1922. донела супротну одлуку у односу на ону коју је донела Комисија за разграничење из 1913. (која је формирна на основу Лондонске конференција којом је окончан Други балакснски рат). Покрет несврстаних су основале државе (25 оснивача 1961. сада око 120) и има своје самосталне органе са седиштем у Њујорку, види детаљније на <http://csstc.org/> Србија иако основ СФРЈ у време оснивања Покрета несврстаних у Београду, сада је само посматрач.

Али, 1961. у Београду донета је Декларација шефова држава и влада ванблоковских земаља. Или, уговор који је био доказ да се радило о међународном удруживању независном од тадашња (два доминатна) политичка блока у свету. Зато је јасно да је СФРЈ била самостална у вођењу спољне политике.

Такође, може се тврдити и да је такозвана трећа Југославија или СРЈ (основна у априлу 1992. године) била самостална и суверена држава у односу на међународне организације у периоду од свог оснивања 1992. до 2000. године (упркос тешкој економској ситуацији изазваној међународним санкцијама и агресијом НАТО). Доказ за то је у правном смислу је и процес пред Међународним судом правде против десет (касније због процедуралних разлога осам) НАТО и ЕУ држава започет 1999. године.⁶

Од краја 2000. СРЈ (касније СЦГ) се опредељује за безусловно чланство у једној међудржавној међународној организацији (ЕУ). То постаје приоритетни правац спољне и унутрашње политике. Наследница СЦГ,⁷ Република Србија је од 2006. године наставила такав курс у спољној и унутрашњој политици. Опредељење за безусловну сарадњу са Бриселом је резултирало потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању 2008. године и добијањем статуса кандидата за чланство 2012. године. Или, Србија преноси значајан део свог сувернитета на ЕУ и то резултира потписивањем ССП и добијањем повољног мишљења за кандидатуру (који је Република Србија добила од Европске комисије у октобру 2011. године). Европски савет тај статус Србије потврђује 1.3.2012.⁸

СРЈ је поднела тужбе за време бомбардовања 29. априла 1999. против 10 НАТО држава (САД, Немачке, Канаде, Француске, Велике Британије, Италије, Шпаније, Португалије, Холандије и Белгије). Из процедуралних разлога МСП је одмах одбацио тужбе против Шпаније и САД (Вашингтон се после неповољне одлуке МСП у спору са Никарагвом 1986. године повукао свој потпис којим прихвата члан 36 Статута). СРЈ је од МСП тражила и да се увуде привремене мере ради спречавања даљег поговоршавања ситуације, тачније, да суд макар формално позове на прекид бомбардовања. Међутим, МСП одбија да чак и формално позове на прекид бомбардовања и убијања. Ад хок судија из СРЈ Миленко Крећа је у свом издвојеном мишљењу поводом ове скандалозне одлуке истакао да је МСП поставио процедурално право изнад хуманитарног више Крећа М. Пауновић М. "Практикум за међународно јавно право", Досије, Београд, 2002. стр.477-485. Крећа поставља питање зашто МСП не користи званичан назив Косово и Метохија и зашто тврди да хуманитарна катастрофа само у једном делу СРЈ

О распаду СЦГ види Кнежевић М. "Изневерена држава" Институт за политичке студије, Београд, 2007.

COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL/Commission Opinion on Serbia's application for membership of the European Union, Brussels, 12. 10. 2011... Овај документ је пратило и Аналитички извештај Европске комисије од 138 страна који је, у суштини, скуп извештаја ЕК о напретку Србије. На такав закључак указује и задњи део Аналитичког извештаја у којем се наводе општи статистички подаци о Србији. Такође, Мишљење Комисије је само део ширег

Коначно, Србија одлуком Савета министара ЕУ од 18. 12. 2013. добија датум за отпочињање преговора о чланству.

претходно наведеном периоду, усвајање европског права постаје једно од најважнијих питања за Републику Србију у правном, политичком економском смислу. О каквом се великом процесу ради, можда најбоље показују подаци из Националног програма за интеграцију Републике Србије у ЕУ (НПИ). Они показују да је Република Србија преузела обавезу после потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом у априлу 2008. године, да усвоји неколико стотина закона, уредби, стратегија, одлука, правилника, акционих планова, наредби и других прописа, укључујући и правне акте секундарног права ЕУ. Дакле, без сумње, ради се о веома великом правном и друштвеном процесу, не-забележеном у савременој српској правној и политичкој историји.

Зато се може тврдити (у правном и политичком смислу) да је Србија први пут од 1878 . године пренела значајан део свог сувернитета и надлежности на једну наднационалну, међународну и међудржавну организацију.⁹ Када се ова чињеница има у виду, јасно је да постоји велика међузависност између развоја основног или примарног права ЕУ и правног и друштвеног система у Србији. Даљи развој ЕУ ће одредити и основне облике правног друштвеног система у Србији. Тачније, ако интегративни процеси у ЕУ који се формално дефинишу правним актима примарног права буду јачали, смањиваће се зависност Србије од њих (и обрнуто).

Примарно право ЕУ

Проф. др Бранко Ракић износи следећу дефиницију примарног права ЕУ: “Основни извор права Европске уније су тзв. примарни извори, међу којима посебан значај имају тзв. конститутивни или основни уговори, који-ма је постављен темељ европског права. У основне уговоре спадају Уговор о оснивању Европске заједнице за угал и челик, затим Уговор о оснивању Европске економске заједнице и Уговор о оснивању Европске заједнице за атомску енергију, оба закључена у Риму 25. марта 1957. године, затим Јединствени европски акт, закључен у Луксембургу 17. фебруара и у Хагу 28. фебруара 1986. године, и коначно, Уговор о Европској унији, познатији као Уговор из Мастрихта, од 7. фебруара 1992. године. Поред наведених уговора, и одређени број других, мање значајних аката, којима се модификују основни уговори, спада у категорију примарних извора права Европске

документа о проширењу ЕУ под називом *Enlargement Strategy and Main Challenges 2011/2012*. У том контексту Србија добија и статус кандидата за ЕУ 1.марта 2012. ЕУ као међудржавну организацију дефинише међународно јавно право види Крећа М, “Међународно јавно право“ Правни факултет, Београд, 2012, стр

уније".¹⁰ Дакле, када се узму у обзир претходно наведене дефиниције примарног права, може се тврдити да су најважнији извори примарног права који утичу на усвајање европског права у Републици Србији:

Уговор о оснивању Европске економске заједнице - 1957. или Рим-ски уговор;

Уговор из Мастрихта 1992. или Уговор о Европској унији; и Лисабонски уговор из 2007 године.

Може се рећи да ова три уговора симболизују и три фазе у развоју комунитарног права ЕЗ и ЕУ.

Хронологија примарног права

У контексту претходно изнетог, следећа табела показује најважније уговоре примарног права у периоду од 1951. до 2007. године.

Табела бр. 1: Најважнији уговори примарног права у периоду од 1951. до 2007. године:

Р.бр.	Назив уговора	Место и година
1.	Уговор о оснивању Европске заједнице за угљ и челик (Париски уговор)	Париз, 1951.
2.	Уговор о оснивању Европске економске заједнице (Римски уговор)	Рим, 1957.
3.	Уговор о Европској атомској агенцији (Римски уговор)	Рим, 1957.
4.	Уговор о обједињавању ЕЕЗ, ЕУРОТОМА и Европске заједнице за угљ и челик у Европске заједнице - ЕЗ	Брисел, 1965.
5.	Јединствени европски акт	Луксембург, 1985.
6.	Уговор о Европској унији (Уговор из Мастрихта) ЕЗ и три заједнице и даље наставиле паралелно да постоје, ЕУ основана али није постала јединствено правно лице. Дефинисана "три стуба" сарадње; а) три заједнице, б) спољна и безбедоносна политика, ц) правосуђе и унутрашњи послови	Мастрихт, 1992.
7.	Уговор из Амстердама	Амстердам, 1997.
8.	Уговор из Нице	Ница, 2001.
9.	Устав за Европу	Брисел, 2004.
10.	Лисабонски уговор ЕУ постала јединствено правно лице	Лисабон, 2007.

Ракић Б., "Хармонизација југословенског права са правом Европске уније", Правни факултет, Београд, 1997. ,стр. 39.

Фазе у развоју примарног права ЕУ

Може се тврдити да постоји неколико фаза у развоју примарног ЕУ права. Прва фаза почиње 50-тих година XX века. Она је трајала све до пада Берлинског зида и уједињења Немачке. Ову фазу карактерише правни и интегративни полет (који је посебно постојао у првих неколико година у време и након оснивање ЕЕЗ). Међутим, ова фаза се завршила стагнацијом или "евросклерозом". Може се рећи да је та прва фаза најлакша за проучавање због разумљивости Римских уговора, што се не може рећи за Уговор из Мастрихта и Устав за Европу. Условно се може рећи да је следећа, друга фаза у развоју комунитарног права трајала скоро 15 година. Она је почела након (и уочи) пада Берлинског зида 1989. године. Ту другу фазу у развоју комунитарног права карактерише изузетан замах у развоју комунитарног права али и европских институција у целини. У том периоду (такозваног "златног доба" у развоју комунитарног права и Европске уније) чинило се да се границе Европске уније поклапају, ни мање ни више, него са границама Савета Европе (изузимајући Руску Федерацију). Тачније, након пада Берлинског зида и усвајања Уговора из Мастрихта изгледало је да је само питање времена када ће се то поклапање граница између Савета Европе и Европске уније формализовати у правном и политичком смислу. Philippe de Schouteete, бивши представник Белгије при ЕУ, чак је после усвајања Уговора из Амстер-дама 1997. године поставио питање: "Како припремити проширење Уније до граница некадашњег СССР-а и чак нешто мало даље?"¹¹ У том контексту је и донет Устав за Европу као задња фаза у унификацији комунитарног права.

Трећа фаза у развоју примарног права (и ЕУ) почиње крахом референдума у Француској 2005. године, када су француски грађани одбацили Устав за Европу. Од тада почиње видљив застој (и пад) у европским интеграцијама. Тачније, правни пројекти су мање претенциозни, а сама Европска унија је приморана да се прилагоди суморној економској стварности (која је кулминирала кризом заједничке валуте евра и фактичким банкротом Грчке 2011. године). Како ће се та трећа фаза у развоју комунитарног права завршити, веома је тешко предвидети. Једна од варијанти расплета је она коју пружа Лисабонски уговор. Наиме, могуће је да ће постојати више такозваних кругова (или "брзина") у Европској унији. Постојаће чвршћа повезаност више држава земаља у Европској унији коју ће остварити преко Ближе сарадње која је први пут у аки комунитер уведена преко Уговора из Амстердама (коју омогућава и Лисабонски уговор). Уосталом, такву могућност је најавио у својој познатој изјави (од 8. 11. 2011. године) и бивши француски председник Саркози (о "две европске брзине").

¹¹ Исто, стр. 346.

Ближа сарадња

Бивши представник СРЈ при ЕУ, др Душан Лопандић, пише о Ближој сарадњи или "флексибилности" и истиче да је она први пут уведена Уговором из Амстердама: "За будући развој ЕУ, посебно је битно да је у Амстердаму по први пут предвиђена могућност продубљене интеграције само једног дела чланица ЕУ (такозвана "флексибилност" или ближа сарадња) што би функционисало у оквиру институционалног система Уније. Уговор предвиђа низ предуслова (осам) за отпочињање те сарадње, за коју је потребна претходна одлука Савета ЕУ... Овим се и формално ствара могућност развоја 'Европе у више брзина', која је и до сада била фактичка реалност, али углавном изван формалних оквира ЕУ... Уговор из Амстердама ипак представља новину, јер је њиме сада и формално призната и правно кодификована чињеница да органи и политике ЕУ могу бити коришћени за реализацију политика у које нису укључене све чланице Уније".¹² Лисабонски уговор такође дозвољава такав вишестепени развој комунитарног права. У члану 20. Уговора о Европској унији (који је фактички први део Лисабонског уговора) наводи се, испод наслова "Одредбе о ближој сарадњи" следеће:

- "1. Државе чланице које желе међусобно да успоставе ближу сарадњу у оквиру надлежности које нису резервисане за Унију могу користити институције Уније и спроводити ту сарадњу применом одговарајућих одредби уговора, у границама и на начин предвиђеним овим чланом, као и члановима 326-334. Уговора о функционисању Европске уније. Ближе сарадње су усмерене на фаворизовање остварења циљева Уније, заштиту њених интереса и јачање процеса интеграције. Оне су отворене у сваком тренутку за све државе чланице, у складу са чланом 328. Уговора о функционисању Европске уније";

- Затим се у Лисабонском уговору наводи и следеће: "2. Одлуку о одобрењу ближе сарадње, под условом да у њој учествује најмање девет држава чланица, доноси Савет, као последња инстанца, пошто је утврдио да се циљеви постављени у оквиру ове сарадње, у разумном року, не могу остварити у оквиру Уније као целине. Савет доноси одлуку у складу са процедуром предвиђеном у члану 329. Уговора о функционисању Европске уније";

- Такође, у Лисабонском уговору се предвиђа да о одређеним питањима фактички одлучују само оне државе које су се договориле о такозваној Ближој сарадњи: "3. Сви чланови Савета могу учествовати у договарању, али могу гласати само чланови Савета који представљају државе чланице

¹² Исто, стр. 25-26.

које учествују у Ближој сарадњи. Начин гласања је предвиђен чланом 330. Уговора о функционисању Уније".¹³

Дакле, надлежни органи Републике Србије морају имати у виду ову могућност (ближе сарадње) која отвара нове поделе у правном и политичком систему Европске уније (без обзира што Република Србија није чланица Европске уније већ само кандидат који чека добијање датума за почетак преговора о чланству). Такав развој комунитарног права је веома изванредан после пропасти Устава за Европу и изјаве бившег француског председника од 8. новембра 2011. изречене у Стразбуру о "две европске брзине".¹⁴ Та-козвана Ближа сарадња ће омогућити да поједине државе чланице имају већу сарадњу (у унификацији у правном смислу). Другим речима, ЕУ као организација држава подељених у неколико ниво интеграције је реалност. Најпознатији пример за функционисање Ближе сарадње је свакако, евро-зона, формално формирана 1. јануара 1999. године, а фактички 1. јануара 2002, када евро постаје званична валута у земљама чланицама те зоне.

Ближа сарадња и Србија или трећи круг интеграција

Дакле, развој неколико кругова Ближе сарадње у ЕУ је правна чињеница. Најбољи пример за дефинисање те поделе је еврозона или зона држава које користе евро као званичну валуту. То зону сачињава 17 држава чланица ЕУ или око 330 милиона становника. Осталих 11 држава ЕУ су изван еврозоне. Такође, у дванест од тих 17 земљаља примењује се и Уговор о стабилности, координацији и управљању од 1. јануара 2013. или такозвани Фискални пакт који је у суштини нови и виши, степен интеграције (Европска централна банка са седиштем у Немачкој координира

Јањевић М. "Консолидовани Уговор о Европској унији; и Уговор о функционисању Европске уније (2008/С 115/01) са Повељом о основним правима Европске уније", Службени гласник, Београд, 2009., стр. 39. Треба истаћи да се не ради само о старим члановима Споразума из Мадрида 27А-Е, 40-40 Б и 43-45, већ и да се члан 20 односи и на 11 и 11 А Уговора о оснивању Европске заједнице. Дакле, и сама та чињеница показује колико је значајан члан 20. Уговора о Европској унији који чини први део Лисабонског уговора. Може се рећи и да је то признање чињенице да постоји неколико кругова у Европској унији, и то не само оних држава чланица које припадају евро зони већ да су поделе много дубље, почевши од старих и нових чланица, јужних и северних итд.

На предавању у Стразбуру 8. 11. 2011. Саркози је изјавио: "Сада нас има 27. Очигледно је да ћемо морати да се отворимо према Балкану. Биће нас 32, 33 или 34. Верујем да нико не мисли да је федерализам – тотална интеграција – могућ са 33, 34, 35 земаља...

Не. Апсолутно не. На крају, јасно је, постојаће две европске брзине: једна брзина ка већој интеграцији у евро зони и брзина која је конфедерална у ЕУ". Према сајту www.economist.com (The Economist, Лондон, 10. новембар 2011.).

монетарну политику у тим земљама). Та подела на чланице еврозоне и оне државе ван ње се условно може назвати првим и другим кругом валутне и политичке интеграције.

Што се тиче чланица еврозоне, може се претпоставити да ће те државе бити принуђене да наставе са економским и политичким интеграцијама пре свега, због захтева који долазе из Немачке као средишње земље овог економског и политичког савеза .

На пример, према часопису *Der Spiegel* након избора одржаних у септембру 2013. власт у Немачкој на челу са Ангелом Меркел планира нову агенду за ЕУ.¹⁵ Пре свега, веће надлежности ће постојати у контроли и одређивању националних буџета. Доћи ће и до нове фискалне интеграције или до увођења заједничких стопа пореза. Другим речима до убрзаног сједињавања на основама које годинама критикује бивши председник Чешке Клаус:” Европа је ‘јединство у мноштву’ и покушај њеног вештачког сједињавања могао би јој донети више штете него користи” сматра он.¹⁶

Затим ће доћи до велике реконструкције еврозоне и важном кораку ка новој и моћној економској влади, наводи *Der Spiegel*.¹⁷ Овај процес ће

<http://www.spiegel.de/international/germany/merkel-wants-to-reform-eu-with-more-powers-for-brussels-a-928988>. група аутора

Клаус В., "Европа и ЕУ: поглед политичара и поглед економисте", Службени гласник, Београд, 2010. стр. 12, 37.

Види одељак под насловом ; Big Plans for Europe -In the past, Merkel has treated governing primarily as repair work. The major issues of her first two terms in office, the financial crisis and the fight to save the euro, were suitable for that approach. Will that change, now that she has the necessary power and means? Hardly at all, when it comes to Germany. There are no major reforms in the works at government ministries, and the grand coalition will focus on increasing spending to fulfil some of the parties' campaign promises. In contrast, officials at the Chancellery are forging plans for Europe that are practically visionary for someone like Merkel. If she prevails, they will fundamentally change the European Union. The goal is to achieve extensive, communal control of national budgets, of public borrowing in the 28 EU capitals and of national plans to boost competitiveness and implement social reforms. The hope is that these measures will ensure the long-term stability of the euro and steer member states onto a common economic and fiscal path. This would be the oft-invoked and ambitious political completion of Europe's monetary union -- a huge achievement.

It isn't a new goal, but what is new is the thumbscrews Brussels will be allowed to apply if Merkel has her way, including sooner and sharper controls and veto rights, as well as contractually binding agreements and requirements. In short, this would amount to a true reconstruction of the euro zone and a major step in the direction of an "economic government" of the sort the SPD too would like to see put in place.

Germany's current economic strength helps to explain these visions for Europe, since stricter budget controls wouldn't pose a threat to Berlin at the moment. Jobless levels are so low that the country has almost reached full employment, and the budget is in good shape, at least at the national government level. In fact, public coffers are so full that the government can afford to boost domestic spending.

несумњиво пратити и измена примарног права ЕУ, пре свега Лисабонског уговора (Не треба искључити и могућност да се донесе нови највиши правни акт ЕУ). Да ли ће се Немачка одредити за амадмане на Лиса-бонски уговор или доношење новог уговора , питање је које ће одредити само формални правац примарног права ЕУ. Фактички, еврозона ће ићи све већој интеграцији.

Тачније, еврозона се може већ сада, са аспекта међународног јавног права упоређивати са државним савезима из прошлости у којима су временом преовладале федеративне и интеграционе тенденције. Ти др-жавни савези су према дефиницији Луј ле Фира увек били засновани на доминацији најјаче или средишње државе.¹⁸ Примери за то су свакако, Немачка конфедерација, Царински савез и Севернонемачки савез (који су претходили стварању Немачког царства 1871. године). Средишња држава је тада била Пруска. Какав положај може очекивати Србију у ЕУ када се претходно има у виду?

Србија сигурно неће бити у првом кругу интеграције јер нереално је очекивати да је могуће брзо увођење евра у Србији као званичне валуте.¹⁹ Међутим, Србија неће бити ни у другом кругу интеграције ЕУ, тј. међу оним државама које су данас у ЕУ, али су задржале своје националне валуте. Тај други круг интеграција сачињавају данас државе које не користе евро а чланице су ЕУ. Њихов савез са средишњом државом ЕУ, СР Немачком, се може де-финисати као функционалан. Ради се иначе о тржишту од око 170 милиона људи и најразвијена земља те групације је Велика Британија. У контексту међународног јавног права, однос између Велике Британије и Немачке као водеће две земље различитих кругова интеграције у ЕУ, подсећа и на пер-соналне уније из прошлости попут оних између Хановера и Енеглеске или Луксембурга и Холандије (наравно, без монархистичких елемената). Постоји потуна државна самосталност Берлина и Лондона, која се манифестује у одвојеним спољним политикама (задњи пример Сирија и криза 2013.), раз-личитим валутама, одвојеним порезима и буџетима, сопственим армијама и посебним визним режимима (Британија није део Шенгенског споразума) .

Са друге стране , постоји формални заједнички суверен или председ-ник без реалне власти, попут Хермана ван Ромпеја, председника Европског

Ле Фир: “Међународно јавно право“ Правни факултет , Београд, 2010, стр.83-85. Овде не треба мешати коришћење евра као незваничне друге валуте у Србији, или двовалутни систем који постоји у Србији. То је питање које има и шири контекст посебно када се има у виду да Андора, такозвано Косово и Црна Гора без службеног споразума користе евро као званичну валуту на својим територијама. Такође, Мона-ко, Сан Марино и Ватикан имају службене споразуме о коришћењу евра а Бугарска , БиХ и неке ваневропеске територије су везале курс своје валуте за евро.

савета. Тачније, те две чланице ЕУ имају мање заједничких елемената него некадашња Аустро -Угарска након 1867. (јер ова реална унија је имала заједничку спољну политику, одбрану и финансијску политику).

Међутим, Србија неће бити ни у том другом кругу интеграција (коју симболизује положај В. Британија) јер нема гаранција да ће се поштовати њен територијални интегритет у ЕУ и да се неће тражити додатни услови за потписивање Уговора о приступању.

До таквог закључка се долази када се има у виду да се од Србије траже не само економски и монетарни уступци већ и потписивање међународних правно обавезујућих уговора са Приштином . Пре свега, 24 државе ЕУ су признале такозвано Косово. (Вероватно ће и 25 Румунија од 2015. према речима њеног премијера)²⁰ Преговори са ЕУ се отворено условљавају даљим потписивање и уважавањем правно обавезујућих међународних уговора у којима је једна од страна Приштина. Најпознатији пример је свакако Бриселски споразум из 2013. године (али и обавеза поштовања за Србију Студије о изводљивости за такозвано Косово).²¹

Сличан однос према Србији се може очекивати и у наредном периоду.²² Тачније, питање потписивања међународних уговора са Приштином ће бити део преговора Србије и ЕУ у вези са поглављем 35 (а није искључено да ће бити тема преговора и када се ради о другим поглављима) навела је, шеф преговарачког тима Србије за преговоре са ЕУ.²³

У том контексту, међународни положај Србије у однос са ЕУ је *sui generis*. Од Србије се тражи да потписује међународне уговором са Приштином иако се према Уставу Републике Србије ради о материји коју регулише унутрашње право. То је без сумње, основни услов за даље интеграције и чланство у ЕУ. (Да би ситуација за Београд била још компликованија ЕУ,

<http://www.nspm.rs/hronika/viktor-ponta-rumunija-bi-2015-godine-mogla-da-prizna-kosovo.html> 23. 10. 2013

Европска комисија је 10. октобра 2012. објавила документ под називом „Feasibility Study on a Stabilisation and Association Agreement between the EU and Kosovo*“, Немачки амбасадор у Београду је 22. октобра 2013. изјавио чак да се не може искључити формално признање такозваног Косово од стране Србије као услов за даље преговоре и потписивање Уговора о приступању: „Препознајемо и да Србија није спремна да призна Косово, али ценимо што тежи да нормализује односе. То ће довести до почетка преговора са ЕУ у јануару. Односи са Приштином ће такође бити посматрани током преговора, али не треба спекулисати о томе шта ће бити захтев ЕУ на крају тих преговора, пред приступ Србије Унији. Не тражимо да Србија данас призна Косово, а да ли ће се то десити касније – сада се не може рећи.“ <http://www.nspm.rs/hronika/hajnc-vilhelm-ne-trazimo-da-srbija-danas-prizna-kosovo-a-da-li-ce-se-to-desiti-kasnije-sada-se-ne-moze>

<http://www.politika.rs/rubrike/tema-dana/Miscevic-O-Kosovu-u-poglavlju-35-vec-22-januara.sr.html>

не даје никакве гаранције за даљи територијални интегритет Србије).²⁴ Зато се може тврдити да ће Србија у будућој ЕУ бити третирана у правном смислу као *suī generis* или држава која ће припадати трећем, посебном кругу интеграција. У том смислу ће је тако и третирати примарно право ЕУ које се тренутно развија само у такозване” две брзине”.

Закључак

У научном, друштвеном и правном смислу, процес приступања Србије ЕУ је јединствен. Тај процес се не може упоредити са периодом од 1878. до 2000. када је Србија (или Југославија у смислу правног континуитета) била суверена држава. Тај процес сарадње са ЕУ се не може упоредити ни са ратификацијом међународних уговора и конвенција од стране Републике Србије. Дакле, ради се у научном и друштвеном смислу, о потпуно новој правној и друштвеној појави и преношењу значајног дела суверенитета Србије ЕУ. То је постала правна обавеза Републике Србије након потписи-вања Споразума о стабилизацији и придруживању у априлу 2008. године и стицања статуса кандидата 2012.

Истовремено, док је Србија од 2000. године уступала свој суверенитет ЕУ мењало се и примарно право ЕУ. После такваног златног периода европских интеграција, када се чинило да ће се границе ЕУ и Савета Европе покlopити (изузимајући Руску Федерацију) и који је трајао од Уговора из Мастрихта 1992 до пропасти Устава за Европу 2005. године, долази период који карактерише мањи полет али и више различитих кругова интегрисања унутар ЕУ. Правни институт Ближе сарадње омогућава легализовање тог фактичког стања у ЕУ.

Дакле, актуелно стање у ЕУ показује да постоје два различита круга интегрисања (О томе је први јавно говорио и бивши француски председник Саркози на једном предавању из 2011. године). Први круг интегрисања је унутар евро зоне (17 држава) а други ван ње (11 држава). Први круг држава се постепено трансформише ка потпуној фискалној и монетарној унији са федеративним политичким елементима. Средишња држава те зоне ће бити СР Немачка. Други круг се у контексту међународног јавног права, може дефинисати као нека врста лабаве персоналне уније (без монархистичких елемената). Примери за ту дефиницију су положај Велике Британије у ЕУ и церемонијални положај председника Европског савета Хермана ван Ромпеја. Наравно, тај нови облик персоналне уније неће бити раскинут (због политичких разлога и међународног престижа)

Више о томе види Кнежевић М. “Отмица Косова“, Институт за политичке студије, Београд, 2006. и од истог аутора, “Косово –дан после“ Ривел ко, Београд, 2007.

иако фактички не постоји константна заједничка спољна, монетарна и фискална политика између та два круга интеграција. Међутим, Србија као кандидат за чланство у ЕУ (и потенцијална чланица) не може бити сврстана у ниједну од ових категорија. Она је *sui generis*. Тачније, основни услов за улазак у ЕУ није прилагођавање еврозони и њеним правилима, већ захтеви у вези са потписивањем међународних уговора дефинисани у поглављу 35 преговора са ЕУ. Србија као чланица ЕУ ће зато бити у трећем, посебном кругу интеграција. Испуњавање захтева из поглавља 35 ће бити основни услов за потписивање међународног вишестраног уговора или Уговора о приступању ЕУ.

Dejan Mirović, LL.D
Docent

INTERNATIONAL STATUS OF SERBIA 1878-2013

Summary

Serbia has transferred significant part of its sovereignty to the EU after the 2008. This is a different international legal situation from the one in which Serbia was in the period from 1878. through 2000. However, significant changes have occurred in the EU as well, especially after the failure of the European Constitution in 2005. The EU primary law, and unique integrative processes were, after the phase of rapid development that began with the Treaty of Maastricht in 1992, replaced with two different degrees of integration, inside and outside the Euro zone. In the process of integration, Serbia is *sui generis*..Serbia will therefore be in the third round of integration as a member of the EU.

The process of Serbia's accession to the EU cannot be compared to the period from 1878. through 2000, when Serbia (or Yugoslavia, in terms of legal continuity) was a sovereign state. The process of cooperation with the EU cannot be compared with the ratification of international treaties and conventions. At the same time, while Serbia has been passing its sovereignty to the EU since 2000, the EU primary law was also changing. Following so-called golden age of the European integrations, when it seemed that the borders of the EU and the Council of Europe would overlap (excluding the Russian Federation), that lasted from the Treaty of Maastricht in 1992. to the failing of the Constitution for Europe in 2005. comes a period characterized by lower zest and multiple circles of integration within the EU. The current situation in the EU shows that there are two different circles of integration. The first circle of integration within the Euro zone (17 countries) and the second one is outside it (11 states). The first circle of states is undergoing transformation toward the full fiscal and

monetary union with federal political elements. The central state of that zone will be FR Germany. The second circle can be defined as a kind of personal union without monarchist elements. An example for this is the relationship between the Federal Republic of Germany and the United Kingdom in the EU and the ceremonial position of President of the European Council, Herman Van Rompuy. Serbia, as a candidate for EU membership and a potential member, cannot be classified into either of these two categories. It is *sui generis*. The main requirement for entry into the EU is not adapting to the Euro zone and its rules, but so-called normalization of relations with a quasi-state creation in its territory, which is not recognized by the UN, Kosovo. Or its position will be similar to the position of Czechoslovakia before and during the signing of the Munich Agreement with four Western powers in 1938.

Мр Бојан Бојанић, асистент

КРАТАК ОСВРТ НА НАСТАНАК ИДЕЈЕ РЕГИОНАЛИЗАЦИЈЕ У ВРЕМЕ СТВАРАЊА ПРВЕ ЈУГОСЛОВЕНСКЕ ДРЖАВЕ

Апстракт: Идеја регионалне државе први пут се јавља на нашем простору у време стварања прве југословенске државе. Питање државног уређења било је једна од централних и најспорнијих тема, а предлози су се кретали од снажно централизоване унитарне државе, на једној, до конфедералног концепта, на другој страни. У раду ће бити изложена четири модела која су представљала средње решење, а то је облик државног уређења који се у нашој савременој теорији углавном назива регионалном државом. Реч је предлозима Народног клуба, Југословенског клуба, др Јосипа Смодлаке и предлогу Стојана Протића.

Кључне речи: Државно уређење, Регионална држава, Аутономне покрајине, Расподела надлежности.

I

Концепт регионалне државе у историји модерне српске државе није имао своју примену у пракси. Заправо, ни сама идеја није била присутна изузев у периоду који је претходио стварању прве југословенске државе и у једном кратком периоду њеног постојања. Ово је сасвим разумљиво ако се има на уму да је Србија почетком XX века била национално хомогена држава и да је њен главни циљ ослобођење Срба од турске власти. Требало је, дакле, извршити уједињење свих српских земаља – Старе Србије и Македоније и Босне и Херцеговине са матицом. Остварење овог циља било је отежано анексијом Босне и Херцеговине од стране Аустроугарске, а планови везани за њене јужне крајеве успешно су реализовани након балканских ратова.

Упоредо с тим, јављају се и прве идеје о могућем уједињењу југословенских народа. Иако су оне егзистирале у извесној мери и пре Првог светског рата, оне добијају на значају након што је Аустроугарска објавила рат Србији. Ово је створило могућност да се југословенски народи са територије Аустроугарске уједине са већ постојећим државама југословенских народа, Србијом и Црном Гором, и тако створе заједничку државу.¹

¹ Ратко Марковић, *Уставно право*, Београд 2011, 102–103.

Први корак на том путу била је Нишка декларација (7. децембра 1914) у којој се као главни циљ Владе Краљевине истиче успешно окончање започетог рата, који се у исто време претворио у борбу за ослобођење и уједињење неслободне браће Срба, Хрвата и Словенаца.² Након тога, 1. маја 1915, уследило је образовање Југословенског одбора у чији су састав ушли српски, хрватски и словеначки политичари који су се као емигран-ти налазили у Паризу. Неколико дана након тога отпочео је с радом у Лондону. Након две године у Паризу основан је и Црногорски одбор за народно уједињење.

Радикална странка је рат дочекала као владајућа, те је била у прилици да усмерава главне токове овог подухвата. Како је Србија једини званични чинилац који је у томе учествовао, то је био аргумент радикала за њихов став да једино Влада Србије има легитимитет да одлучује о свим битним стварима везаним за уједињење. Но, то није био једини аргумент. Како је у центру ове идеје став о националном јединству Срба, Хрвата и Словенаца, по основу тога је изведен закључак да је Србија истовремено и представник свих Југословена из Аустроугарске.³ С друге стране, Југословенски одбор је себи придавао превелики значај. Он јесте био важан, али свакако не и одлучујући фактор. Зато је између српске Владе и Југословенског одбора владала стална напетост, а она је, осим борбе за првенство, у знатном делу и последица различитог виђења државе. Ово питање стављено је по страни средином 1916. године, када Фрањо Супило као најважнији и најконфликтнији члан напушта Од-бор, а на дневни ред поново долази средином 1917. године. Те године је Стојан Протић постао члан Југословенског одбора, као представник српске Владе. Он се својим ставом по овом питању разликовао од ос-татка странке. На ово, свакако, није без утицаја чињеница да је он 1914. године избачен из Владе, што је био услов самосталаца и напредњака, а да га Пашић о томе није претходно обавестио.⁴ Протићева визија др-жавног уређења, коју је у Нишу излагао Вошњаку, била је исказана као нешто што се на лествици децентрализације налази између унитарне и федералне државе, а управо је то облик који данас уобичајено називамо регионалним државама.

Крфска конференција, која је почела 15. јуна 1917. године и трајала нешто више од месец дана, била је сазвана у намери да се расправе најзначајнија политичка и државно-правна питања будуће заједнице.

Павле Николић, *Уставно право*, Београд 1993, 96.

Олга Поповић, *Стојан Протић и уставно решење националног питања у Краљевини СХС*, Београд 1988, 13.

Исто, 14.

У Декларацији су место нашли само они ставови о којима је постигнута пуна сагласност двеју страна. Питање будућег државног уређења остало је отворено. Само је речено да ће самоуправне јединице бити обележене природним, социјалним и економским приликама без ближег одређења њихове величине и степена децентрализације. Ову декларацију, која није имала обавезујући карактер, прихватио је и Црногорски одбор.

току 1918. године формирано је Народно вијеће Словенаца, Хрвата Срба, као представништво југословенских народа на простору Аустро-угарске. Ово, до тада политичко представништво, које није имало карактер званичног органа, након понуђене капитулације Монархије постаје највиши орган власти на тој територији.

Конференција у Женеви резултирала је усвајањем декларације, 9. новембра 1918, од стране представника Србије, Југословенског одбора и Народног вијећа, којом се предвиђа стварање нове државе Срба, Хрвата

Словенаца. Поред постојећих органа власти Србије и југословенских народа на простору Аустроугарске, основано је и заједничко тело са задатком да припреми рад уставотворне скупштине, а имало је и надлежности у области спољне политике, војске и поморства. Ова декларација брзо је суспендована, тако да у ствари није ни заживела.

Народно вијеће СХС је 24. новембра прогласило уједињење Срба, Хрвата и Словенаца са Краљевином Србијом и Црном Гором у једну државу. Војводина и Црна Гора 25, односно 26. новембра прогласиле су уједињење са Србијом и тиме ојачале њену позицију, како би бар једним малим делом ублажиле штету нанету јој Женевским споразумом.

Коначан чин уједињења уследио је 1. децембра 1918. године такозваним „Прводецембарским актом“, када су престолонаследник Александар Карађорђевић и представници средишњег одбора Народног вијећа разменили писане изјаве које су биле унапред договорене, чиме је настала јединствена држава Срба, Хрвата и Словенаца.

Убрзо је формирана Влада на чијем је челу био Стојан Протић, пошто је регент зазирао од Пашића, коме је по договору са представницима Народног вијећа требало да припадне положај премијера. Осим Владе, формирано је и Привремено народно представништво, а главни задатак био му је да организује и спроведе изборе за уставотворну скупштину. Она је сазвана децембра 1920, чиме је престао мандат Привременог народног представништва. Готово три године од настанка државе, 28. јуна 1921, донет је њен први устав, познат као Видовдански устав, чиме се из ванредног (привременог) прешло у редовно (трајно) уставно стање.

Доношењу Устава у читавом периоду претходила је жива расправа, а главна тема била је облик државног уређења. Како примећује М. Јовичић,

посебну карактеристику ових расправа чинило је како непознавање теоријских ставова, тако и праксе у свету. Појмови конфедерације, аутономије, децентрализације, деконцентрације употребљавани су прилично конфузно и то не само у српској науци и јавности, већ и у западним крајевима који су имали извесна искуства са Аустроугарском, где су одређена подручја уживала различит статус.⁵ Уставом је, у складу са ставовима најјачих по-литичких фактора у Србији – Радикалне и Демократске странке, уведено унитарно уређење. Административном поделом предвиђено је постојање области, округа, срезова и општина. У свим овим јединицама, уз изузетак округа, била је успостављена локална самоуправа. Области, као највиша категорија јединица, образоване уз поштовање природних, социјалних и економских особености, нису могле имати више од 800.000 становника, а било их је укупно 33.

Нама су у оквиру теме овог рада много занимљивији они други пред-лози који и нису изнети пред конституанту.⁶ Дакле, нећемо се детаљније освртати на Видовдански устав, а ни на онај предлог за који се залагала Хрватска сељачка странка, са дијаметрално супротним идејама о обли-ковању државе на конфедералној основи.

Пажњу ћемо, дакле, усмерити на четири предлога који се налазе између ове две крајности, а то су предлози Народног клуба (Хрватске заједнице), Југословенског клуба, др Јосипа Смодлаке и Стојана Протића.

II

Нацрт Народног клуба предвиђа поделу државе на шест покрајина, при чему свака за себе представља историјско-политичку целину од којих су две – Србија, у чији је састав требало да уђу и Стара Србија и Македонија, и Црна Гора, егзистирале као самосталне државе. Остале четири покрајине по овом предлогу биле би: Хрватска, Славонија и Далмација са Међумурјем, Истром и отоцима; Босна и Херцеговина; Војводина коју чине Бачка, Банат и Барања и четврта, Словенија. У односу на затечено стање, када је постојало седам историјско-политичких целина, овим на-цртом предвиђена је била само једна измена, а састојала се у припајању Далмације, тада засебне целине, Хрватској. Хрвати су према њој још док су били у саставу Аустроугарске имали претензије. Сматрали су да на то имају „историјско државно право“.

Миодраг Јовичић, *Регионална држава – уставноправна студија*, Београд 1996, 20.

Пословником је било предвиђено да, осим Владе, предлог може поднети 20 посланика, али ће он на Уставном одбору бити разматран једино ако се одбор не сложи са Владиним предлогом у начелу.

Као аргумент у прилог оваквој подели, истицане су чињенице да су у прошлости све оне имале различит историјски развој – једне су биле под Отоманским царством, друге под Двојном монархијом, једне су уједињене као самосталне, а друге не. Све је то утицало на различите услове живота, посебност менталитета и културу „па је природно да те специфичности подржавају и убудуће“. Осим тога, позивали су се и на природно-географске разлоге које су као принцип прихватили још у Крфској декларацији, тврдећи да су предложене јединице већ уобличене природно-географске целине. У исто време, они су негирали утицај националног критеријума у целој ствари. Ова њихова тврдња је недовољно убедљива. Не само што је национални моменат био присутан већ је представљао и основни критеријум при уношењу измена које су предлагане у односу на затечене границе. Ово је, свакако, израз њиховог схватања о различитости три јужнословенска народа, за разлику од оног да је реч о једном троплеменом народу, како је то формулисано у Крфској декларацији, коју су прихватиле обе заинтересоване стране.

Овако утврђене границе покрајина по предлогу Народног клуба могле су се мењати, како по броју, тако и по обиму. До промене је могуће доћи само уз сагласност становништва на које се промене односе, а сагласност дају и заинтересована покрајинска представничка тела.

Највиши орган власти покрајине је Народно представништво, а бирају га грађани на општим, тајним и непосредним изборима. Законодавну власт овај орган врши заједно са краљем. Извршну власт у покрајинама врши покрајинска влада коју бира представничко тело. Њихов однос уређен је на принципу парламентарне владе. Централна Влада има свог представника покрајини, а то је, по предлогу Народног клуба, покрајински намесник.

оквиру ове проблематике, по предлогу Народног клуба, централно питање представља законодавна функција, тј. начин разврставања материје на ону која спада у делокруг централне, односно покрајинске власти. Предлагач се определио за методу енумерације када је у питању надлежност државе, те у корист покрајина установљава пресумпцију надлежности. Државне надлежности се прецизно набрајају, а све остало препушта се покрајинској регулативи. Ово је метода типична за федерално уређене државе. Осим начина на који је извршена расподела, много нам говори и садржај надлежности сваког од субјеката. Поред дела материје у којој држави припада потпуна регулатива, држава у појединим областима доноси

Олга Поповић, *Облик државног уређења према нацртима парламентарне опозиције у Краљевини СХС у време првог југословенског устава*, *Анали Правног факултета* 3-4/1987, 387.

само оквирне законе. Специфичност овог нацрта представљају закони које доноси држава, а ступају на снагу тек⁸ пошто их потврди покрајински сабор у облику покрајинског закона.

искључивој државној надлежности налазе се спољни послови, војска

морнарица, држављанство, јединство царинског и трговачког подручја, пошта, телефон, трговачко, менично и саобраћајно право, ауторско пра-во, погранична и полиција над странцима, поморско право, државна железница – што по овом нацрту подразумева главне пруге, али и норме о јединственом начину градње, погону и јединственом саобраћајном реду за све железнице у држави.⁹ У области речног бродарства, држава доноси оквирне законе, а детаљније их, у границама начела које је поставио државни закон, уређују покрајине. Интересантно је поменути да покрајине имају надлежност у области међународних односа, где учествују у ратификацији међународних уговора који се тичу материје у надлежности покрајине. У делокруг послова државе, где се тражи сагласност покрајинског сабора, између осталог, спадају и доношење грађанског, кривичног и процесних закона, радноправна материја, социјална политика и осигурање. Државна надлежност у овим областима зависи од воље покрајина. Ситуација је иста као да су ови послови у надлежности покрајина и да им је дата могућност да их пренесу на државу услед немогућности вршења (принцип супсидијарности). Наиме, сабор у свако доба може ускратити сагласност држави недоношењем одговарајућег покрајинског закона. Тиме покрајине аутоматски стичу право да дату материју регулишу онако како сматрају да је целисходно, при чему ничим нису везане за закон који је био усвојен у државном парламенту (начела, општи оквир).

Извршна власт, такође је, по нацрту Народног клуба, подељена између покрајина и државе. Држава преко својих органа врши извршну функцију,

то у таксативно утврђеним пословима (они из материје њене законодавне надлежности), а преко покрајинских органа у пренесеном делокругу (ако на територији покрајине не постоје деташирани органи централне државне власти). У материји законодавне надлежности покрајинска влада је надлежна за извршење.

Када је у питању судска власт, нацрт је предвиђао постојање врховног суда у свакој покрајини.¹⁰ Управно судство је у надлежности покрајине¹¹

Члан 13. нацрта Народног клуба

Олга Поповић, *Облик државног уређења према нацртима парламентарне опозиције у Краљевини СХС у време првог југословенског устава*, *Анали Правног факултета* 3-4/1987, 391.

Члан 128. нацрта Народног клуба

Члан 122. нацрта Народног клуба

и свака од њих, по овом предлогу, морала би да установи врховни управни суд,¹² док централна држава има Уставни суд¹³ и судове посебне надлежности: војни адмиралитетски, конзулски и патентни.¹⁴

Како би покрајине биле способне за вршење својих поприлично широких надлежности, неопходно је да располажу одговарајућим финансијским средствима. У ту сврху, држава располаже знатним приходима које остварује по основу власништва над целокупном имовином која се налази на њеној територији.¹⁵ Осим тога, и овде постоји претпоставка надлежности у корист покрајина, тако да све што није таксативно на-бројано као приход државе припада покрајинама, било је назначено у нацрту Народног клуба.

Национални парламент, према овом предлогу, био би дводомно тело, где доњи дом изражава национално јединство и представља грађане као целину, док је горњи дом онај који изражава специфичност државног уређења – у њему седе представници покрајина као посебних административно-територијалних целина. Овакав састав парламента типичан је за федерално уређене државе. Горњи дом се, по овом предлогу, назива Сенат, а од 100 чланова, њих 53 представљају покрајине и бирају се сразмерно бројности сваке од њих, а бирају их сабори. Остале сенаторе бирају универзитет, организоване вероисповести и различите еснафске коморе. Овим је знатно ублажено федерално начело, и то у два правца – покрајине сенаторе не бирају на паритетној основи, како се то ради у већини федерација и како одговара федералном начелу, као и чињеницом да готово половина сенатора не представља покрајине, па ни ниже територијалне јединице, већ различите организације.

Када је у питању однос два дома, Народне скупштине и Сената, у законодавном поступку можемо констатовати да је Народна скупштина дом који је изразито повлашћен. Ово његово обележје одговара парламентарном начелу. Једино у чему су домови изједначени јесте право законодавне иницијативе. У том поступку, како примећује Олга Поповић, учешће Сената у најбољем случају може се изједначити с правом суспензивног вета.¹⁶ Тако предлог усвојен у дому где је разматран примарно и по примедбама другог дома, иде на дневни ред Народне скупштине у наредном сазиву,

Исто

Члан 22. нацрта Народног клуба

Члан 19. нацрта Народног клуба

Члан 132. нацрта Народног клуба

Олга Поповић, *Облик државног уређења према нацртима парламентарне опозиције у Краљевини СХС у време првог југословенског устава*, *Анали Правног факултета* 3-4/1987, 396.

а ова о њему одлучује без измене – усваја га или не.¹⁷ О буџету и законима из области финансија одлучује искључиво Народна скупштина.

Овакав однос између домова углавном одговара облику државног уређења које се налази између унитарне и федералне државе што сада уобичајено називамо регионалном државом.

Насупрот томе, у вршењу уставотворне власти, предвиђена овлашћења на страни покрајина више приличе конфедералној, него федерално уређе-ној држави. Наиме, парламент о уставној промени одлучује у пленуму, при чему је предвиђен кворум, а промене се усвајају квалификованом већином. Оно што битно утиче на значај покрајина у уставотворном поступку јесте чињеница да осим домова, право иницијативе имају и покрајине. И још важније, у поступку усвајања промена, покрајине имају одлучујући значај у питањима која се тичу њихове надлежности. Тада је потребна сагласност свих покрајина. Без њиховог консензуса, дакле, нема промене ових одредаба.

III

Југословенски клуб дао је свој предлог у облику издвојеног мишљења уз Нацрт Уставног одбора. Међутим, он се, својим решењима, потпуно разликује у односу на Нацрт Уставног одбора. Југословенски клуб предвиђа шест покрајина, при чему такође предвиђа измену у односу на затечено стање у погледу Далмације, али се она по овом предлогу не припаја Хрватској, већ Босни и Херцеговини. У погледу последица, овај предлог се у односу на предлог Народног клуба разликује у томе што, поред Словеније и Хрватске, ствара још једну покрајину са доминантном католичком већином. Овај приговор Словенци су правдали разлозима примене социјално-економског критеријума. Ово, међутим, звучи неубедљиво. Напротив, сасвим је сигурно да су и у овом случају промена у државној територији укључени и национални разлози. Но, они су у Уставотворној скупштини одустали од инсистирања на оваквој подели и прихватили припајање Далмације Хрватској.

Законодавну функцију, по предлогу Југословенског клуба, врши Сабор као највише представничко тело. Највиша власт резервисана је за покрајинску владу коју бира сабор на чијем се челу налази председник владе, именован од краља на тај положај, и то на предлог Министарског савета који предлаже једног од три кандидата које је сабор изабрао.¹⁸

Члан 68. нацрта Народног клуба

Члан 194. нацрта Југословенског клуба

Овај предлог није предвиђао постојање представника централне Владе у аутономним јединицама.

Покрајине су као и претходним, и овим предлогом лишене права да доносе сопствене уставе, чиме је њихово право на самоорганизовање ограничено. Законодавну власт деле са државом. Расподела је утврђена на начин да је дата листа надлежности државе, дакле, материје у којој држава има надлежност, а пресумпција надлежности установљена је у корист покрајина. Држава у погледу одређене материје има надлежност потпуног регулисања, док је у неким областима предвиђена мешовита надлежност – она доноси само оквирне законе, док је детаљнија регулатива препуштена покрајинама. У надлежности државе, по овом предлогу, спадају инострани послови, држављанство, војска и морнарица, јединствено царинско и трговачко подручје, ПТТ, железнице од важности за целу државу, менично, саобраћајно, ауторско право, погранична и полиција над странцима, као и надлежности која обезбеђује поштовање прописа у области културе, поморско и речно право, грађанско, кривично и процесно право. Мешовита надлежност постоји у области просвете и стручног образовања, социјалне политике и осигурања.

Законодавну надлежност и по овом предлогу врше представничко тело покрајине и краљ. Југословенски клуб није регулисао питање законодавне иницијативе. Покрајинске законе, усвојене од стране Сабора, краљ у периоду од два месеца може да потврди или да их врати Сабору на поновни претрес. И овде је предлог Југословенског клуба недоречен као и у многим другим питањима, па се не зна каква је судбина закона који би сабор усвојио у неизмењеном тексту. У случају да се краљ не огласи по питању неког закона, дакле, лиши га сагласности, али га не врати сабору, покрајинско представништво би могло да овласти председника покрајинске владе да објави предметни закон.

Извршну власт, у домену своје искључиве законодавне надлежности, врши држава, а покрајине, такође, у погледу оне материје која је у њиховој нормативној надлежности, као и у области мешовите надлежности.

Чланови покрајинске владе одговорни су ресорним министрима у погледу послова државне управе које врше у покрајинама, а председник Владе одговоран је Министарском савету.¹⁹ Југословенски клуб у свом нацрту не предвиђа децентрализацију судске власти. Он говори о судству само у смислу установљавања посебног државног суда са овлашћењима за решавање сукоба надлежности између централне и покрајинске владе.

¹⁹ Члан 96. нацрта Југословенског клуба

Држава остварује приходе од имовине која се налази у њеној својини, а то је сва имовина на њеној територији. Остали фискални приходи покрајина-на таксативно су набројани, а сви остали приходи припадају држави.

Према предлогу Народног клуба, национално представничко тело чине политичка и социоекономска скупштина. У другом дому, покрајина-не би давале половину чланова, а бирала би их покрајинска „сталешка заступства“. Другу половину чланова овог дома бирао би народ државе као целине, који би у ову сврху био организован у „сталеже“, како пред-виђа члан 71. овог нацрта. Законски предлог усвојен у једном дому, по нацрту Југословенског клуба, може постати закон тек пошто га потврди други дом. Он, при том, има право да предложи одређене измене које скупштина, која се у тој материји сматра надлежном, не мора да усвоји. Пошто га поново достави другом дому, измењеног или не, овај га може прихватити или одбацити. Најзад, ако и даље постоји спор, он се решава на заједничкој седници.

У погледу учешћа покрајина у вршењу најзначајније, уставотворне власти, овај предлог је изразито конфузан и недоречен. Предвиђено је пра-во иницијативе за промену Устава у корист Народног представништва.²⁰ Не зна се, међутим, да ли ово право имају домови или представништво у пленуму. Усвајање предложених уставних промена одвија се на начин за усвајање законских предлога.²¹

IV

За разлику од претходна два, предлог др Јосипа Смодлаке умногоме одступа од стања затеченог у тренутку настанка Краљевине, па предвиђа формирање дванаест покрајина. Историјска традиција је критеријум за који се определио и аутор овог предлога, али се у измени постојећих целина није руководио националним критеријумом, већ је уважавао географске, саобраћајне и културне особености. Сходно томе, држава би била подељена на следеће покрајине: Подунавску Србију, Војводину, Славонију, Хрватску, Словенију, Далмацију, Крајину, Босну, Поморје, Рашку, Моравску Србију и Македонију. Промене у броју и величини покрајина по овом предлогу могуће је вршити само уз сагласност заинтересованих покрајинских сабора и одобрење Државног савета.

Законодавни орган покрајине, по предлогу др Смодлаке, јесте Сабор. То је највиши орган власти на територији покрајине. На челу покрајинске

Члан 125. нацрта Југословенског
клуба
Исто

влада налази се покрајински поглавица, као представник централне Владе кога именује краљ. Није предвиђено постојање деташираних органа државне управе.

Јосип Смодлака решава питање расподеле надлежности различито од Југословенског и Народног клуба. У његовом предлогу пресумпција надлежности установљена је у корист државе, док су надлежности покрајина одређене методом енумерације. У материју која је стављена у надлежност покрајина спадају неке од следећих области: средње стручне и више школе, болнице, пољопривреда, шуме, путеви, мостови, лов и риболов, покрајински порези и прирези, као и управљање имовином која се налази у својини покрајине. У материји из своје надлежности Сабор доноси своје уредбе (а не законе). Уредбе потврђује покрајински поглавица, ако их у року од три месеца од њиховог доношења не укине Државни савет. Покрајинска Влада стара се о извршењу државних и покрајинских закона.

Државни савет по овом нацрту има право оцене како законитости, тако и целисходности рада покрајинских органа.

За разлику од расподеле надлежности где није примењено федерално начело, оно је прилично доследно спроведено у организацији националног парламента. Он се састоји из два дома, а покрајине су заступљене у горњем који броји 100 чланова. Од тога, 72 се бирају у покрајинама, уз примену паритетног начела – по једног представника дају четири највећа града, док се преостала 24 места попуњавају у складу са начелом сразмерног представљања, а бирају их претходно изабраних 76 представника.

Доњи, општепредставнички дом броји 127 чланова. У случају сукоба коначно одлучују у пленуму. Устав је могуће променити путем посебног закона, који оба дома, у присуству најмање половине чланова у сваком од њих, усвајају двотрећинском већином присутних представника. Ако се одлучује у пленуму, што је случај када нема сагласности у погледу усвојених предлога, тада се захтева двотрећинска већина свих присутних чланова Народног представништва и апсолутна већина присутних чланова у посланичком дому, стајало је у нацрту Јосипа Смодлаке.

V

Нацрт Стојана Протића је посебан утолико што је једини који не долази из крајева који су били под Монархијом, већ из Србије, а предвиђа уређење државе које није унитарно и које уважава специфичности и разлике које постоје међу народима новонастале државе. Иако је прихватио идеју јединства троплеменог (троименог) народа, он га не схвата у апсолутном смислу. Народно јединство, по њему, не значи да су сви делови

једног народа једнаки, истоветни у свему. Такву једноликост не познаје природа, она је њој, штавише, противна. Она је противна и здравом, бујном развоју.²² На темељу ових размишљања, Протић је израдио Нацрт устава, који и поред чињенице да он у то време обавља функцију председника Владе, никада није доспео на Владу. Наиме, убрзо по изради овог нацрта, фебруара 1920, Протић је поднео оставку. Он је и у новој Влади задржао место министра за конституанту, али све до августа 1920, када је дефинитивно напушта, није успео да ово питање уврсти у дневни ред.

У односу на постојеће стање, нова држава имала би две административне јединице више. Чиниле би је следеће покрајине: Србија; Стара Србија са Македонијом; Хрватска и Славонија са Ријеком, Истром и Међумурјем; Босна; Црна Гора са Херцеговином, Боком и Приморјем; Далмација; Срем са Бачком; Банат, и девета, Словенија са Прекомурјем. По овом предлогу, промене у броју и величини покрајина могуће је вршити путем закона, а на захтев или уз пристанак становништва на које се односе промене, уз сагласност покрајинског законодавног тела.

Иако се Протић у одређивању граница покрајина позива искључиво на историјске разлоге, не може а да се не примети да је, с обзиром на њихов изглед, јасна улога и значај и националног момента. Уважио је претензије Црне Горе према Херцеговини, а занимљив је његов однос према Војводини, коју дели на две покрајине од којих ниједна, сама за себе, никада није представљала целину. Природно је што Срем издваја из Хрватске. Срби су из етничких и природних разлога на Срем увек полагали право, а Хрватској је припојен 1860. године. Наиме, војвођански Срби Срем одувек сматрају својом територијом као и Барању, Бачку и Банат. Нажалост, ово је, у извесној мери, само у једном изузетно кратком периоду било реализовано, када је формирано Војводство србско и Тамишки Банат, 1849. године, и одржало се као такво до 1860. године. Необична је његова подела Србије и Старе Србије са Македонијом на две покрајине, а објашњење је у чињеници да би Србија била знатно већа и надмоћнија од осталих јединица и да се деобом њен интерес не угрожава. Мимо националног принципа, остала је одвојеност Хрватске и Далмације, што се косило са једним од главних хрватских захтева.²³

По Протићевом предлогу, највиши орган власти је покрајинска скупштина коју народ бира општим, непосредним, једнаким и тајним

Хрватске прилике и народно јединство Срба и Хрвата, од једног новинара, Београд 1911, 16, према: Олга Поповић, *Стојан Протић и уставно решење националног питања у Краљевини СХС*, Београд 1988, 10.

Олга Поповић, *Стојан Протић и уставно решење националног питања у Краљевини СХС*, Београд 1988, 47–56.

гласањем, сходно члану 160. његовог предлога. Извршну власт врши покрајински одбор који, у ствари, представља покрајинску Владу. У сва-кој покрајини постоји и представник државе оличен у намеснику, кога именује краљ на предлог председника Владе. Осим надзора који врши над покрајинским органима, он се налази и на челу покрајинског одбора.²⁴ У овом нацрту било је доста недоречености, па је Протић веома често накнадно објашњавао неке од својих замисли. Тако је у погледу односа одбора и Скупштине, нацртом одређено да Скупштина бира одбор из својих редова, али није одређено питање одговорности. Он касније ту-мачи ово и истиче своју замисао да принцип парламентарне владе буде заступљен на нивоу целе државе.²⁵

Нацртом је предвиђено да државни парламент и краљ могу пренети покрајинским скупштинама овлашћење за доношење закона у одређеним областима. Ова овлашћења национално представничко тело може повући у свако доба, а чак може регулисати неко питање које је већ регулисано покрајинским законодавством. По Протићу, државни закон има при-мат у односу на покрајински. Делокруг надлежности покрајине утврђен је једном, начелно одређеном формулацијом у члану 158, да оне врше све послове унутрашње државне управе уколико законом није друкчије одређено. Накнадно је појаснио да ту спада сва материја осим војске, спољних послова, царина, правосуђа и основа просвете и наставе.²⁶ Овде, дакле, постоји претпоставка надлежности у корист самоуправног колек-тивитета, а с обзиром на ограничен делокруг надлежности државе, она је веома значајна.

Протић предвиђа право државне власти да врши контролу над нормативним процесом покрајине. Овај задатак у току поступка доношења закона поверен је Државном савету и покрајинском намеснику, а састоји се у испитивању њихове уставности и законитости. Тиме је онемогућено ступање на снагу закона који је противустанован и који није у складу са државним законом. Проглашење закона врши покрајински намесник.

Извршну власт покрајина врши покрајински одбор. Он је надлежан за извршавање како покрајинских, тако и државних закона.²⁷ Централна власт и овде има право надзора,²⁸ а Влада може да даје обавезна упутства

Члан 168. нацрта Стојана Протића

Олга Поповић, *Стојан Протић и уставно решење националног питања у Краљевини СХС*, Београд 1988, 58.

Олга Поповић, *Сличности државно-правног положаја покрајина по уставном нацрту Стојана Протића (1920) и земаља по Вајмарском уставу (1919. године)*, *Анали Правног факултета* 1–3/1986, 156.

Члан 163. нацрта Стојана Протића

Члан 166. нацрта Стојана Протића

покрајинском одбору у смислу начина извршења надзора. У случају непоштовања ових инструкција, Нацрт предвиђа да се извршење поверава намеснику или посебним државним органима, сходно члану 170.

Поред извршних, одбор у извесним случајевима, када Скупштина не заседа, а уз сагласност намесника, може издавати и покрајинске законе, осим буџета покрајине. Ове законе одбор подноси Скупштини чим се она састане.²⁹ Он у оквиру својих надлежности припрема законске предлоге који су у делокругу покрајине.

Судска власт је јединствена и у надлежности је државе.

Порески систем је јединствен, а држава прописује све врсте пореза, приреза и др. Она има велики утицај на буџет покрајина који остварује преко Државног савета – предвидео је С. Протић.

Протићев нацрт предвидео је две варијанте када је у питању законодавни орган државе. Он пледира за дводомно представништво које чине Посланички дом и Сенат. Сенат би имао 100 чланова, од којих 62 бирају покрајине, а 38 универзитети, организоване вероисповести и разна привредна удружења. У овом предлогу покрајине су заступљене сразмерно броју становника. Избор чланова сената који представљају покрајине поверен је посебном изборном органу који чине чланови општинских, окружних и покрајинских скупштина, а мандати се деле по принципу сразмерног представништва. Домови су равноправни у законодавном поступку, и то у свим његовим фазама. Предлог закона усвојен у једном дому шаље се другом на расправу и одлучивање. Ако постоје разлике међу њима, предлог се поново враћа првом дому уз одговарајућу примедбу. Нову или стару верзију предложеног закона он може прихватити или је одбацити. Коначну одлуку у случају непостојања сагласности доноси представнички дом, који у новом сазиву може прихватити или одбацити спорни предлог.

Поступак промене Устава по овом предлогу састоји се из две фазе. Народно представништво усваја предлог да се приступи промени највишег правног акта. Право на иницијативу за промену Устава постоји у корист краља, у ком случају се иницијатива аутоматски усваја у оба дома државног парламента. Поступак усвајања иницијативе исти је као и код обичних закона, што значи да је посланички дом у извесној предности у односу на Сенат. Након усвајања предлога, Народно представништво се распушта, а сазива се Уставотворна скупштина. Она заседа као једнодомно тело, па се ту не појављују покрајине као фактор који може знатније утицати на ову фазу поступка – било је предвиђено предлогом Стојана Протића.

29 Члан 163. нацрта Стојана Протића

Bojan Bojanić, LL.M
Assistant

SUMMARIZE OVERVIEW ON THE APPEARANCE
OF THE IDEA OF REGIONALIZATION DURING
THE CREATION OF THE FIRST YUGOSLAV STATE

Summary

The idea of a regional state was created at the time of organizing the first Yugoslav state. The issue of state organization was one of the central and most controversial topics. Suggestions of future organization of state ranged from strongly centralized unitary state, on the one side, to the concept of confederation, on the other.

In this paper author is exhibiting four models which are placed between these two extremes, as represented forms of state organization, which are, in our modern theory, generally referred as models of the regional states.

The author is analyzing the proposals of the National Club, the Yugoslav Club, Dr. Josip Smodlaka and Stojan Protic .

ЈАВНЕ СЛУЖБЕ

Апстракт: Нека од основних социјалних, економских и културних права оства-рују се у јавним службама. Спектар услуга које пружају јавне службе је широк. Од квалитета и доступности тих услуга зависи квалитет живота грађана. Др-жава је обавезна да обезбеди снадбевање тим услугама без обзира да ли су оне профитабилне на тржишту или то није случај.

Из тих разлога држава оснива јавна предузећа и установе или пак вршење тих услуга поверава другим правним и физичким лицима. Како се ове услуге фи-нансирају из јавних фондова (са или без учешћа корисника и других извора), по том основу оне треба да буду доступне свим заинтересованим грађанима односно припадницима циљне групе који испуњавају услове, без дискримини-сања по било ком основу.

Обавезе јавног сектора у области социјалних и културних права грађана утврђе-не су међународним документима које је Србија ратификовала (Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европска социјална повеља, Кон-венција о правима детета, Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена, Конвенција Међународне организације рада о минималним стандардима социјалног обезбеђења и др.), као и Уставом, законима и другим актима. Стога, задатак државе, односно «управљача» јесте да «обезбеде, регулишу и контро-лишу» функционисање јавних служби.

Држава предвиђа принципе функционисања јавних служи из којих произи-лази њихова дужност да делатност обављају на начин који обезбеђује уредно, квалитетно и под једнаким условима за пружање услуга односно задовољавање потреба грађана.

Кључне речи: Јавне службе, принципи јавних служби, јавне установе, јавна предузећа, димензије јавних служби и њихова приватизација.

Појам, настанак и развој. Крајем XIX и почетком XX века у вези са промењеном улогом државе у друштву долази до одређивања управе као јавне службе у француском праву, односно, делатности старања државе о благостању грађана у немачком праву. Промењена улога државе у друштву последица је државног интервенционизма, односно мешања државе у привредни и друштвени живот.¹

Ратко Марковић, *Управно право*, друго поправљено и проширено издање, Београд, 2002, стр. 82.

Творцем теорије јавних служби сматра се француски социолог Леон Диги. Он по први пут у теорији права уводи појам *јавне службе*. Државну управу види као скуп јавних служби, односно као организацију јавних служби. По њему задатак државе није више само вршење власти већ вршење јавних служби. Јавна служба је она делатност чије је непрекидно, несметано и трајно обављање од значаја за све, или већину припадника једног друштва а чији би застој, ма и у најкраћем року довео до друштвеног застоја и хаоса у друштву. Или, како то творац солидаристичке теорије и поборник социјалне функције државе каже: "Јавне службе представљају сваку делатност чије вршење управљачи треба да регулишу, обезбеде и контролишу, јер је обављање ове делатности неопходно за остваривање и развој друштвене међузависности, и уједно је такве природе да може бити потпуно обезбеђена само снагом са којом располажу управљачи."² Из ове одредбе не произилази да ће сама држава, преко својих органа те службе непосредно и вршити. Вршење тих служби држава је имала да обезбеди, да регулише и да контролише, обзиром да њихова ма и најмања обустава доводи до друштвених застоја и нереди, док се њихово непосредно вршење препушта специјализованим професионалним институцијама (поште, школе, болнице,...).³ Диги одбацује појам суверености и ствара нов систем који се не темељи на заповедању државе већ на њеној дужности да организује, регулише и контролише, односно, једном речју, да обезбеди несметано функционисање оних делатности чији је друштвени, економски и културни значај неспоран за чланове једне друштвене заједнице. Реч је о делатностима које једна држава сматра толико значајним за своје друштво да их изузима из слободне сфере појединаца и њихових организација и на себе преузима бригу о њиховом старању, без обзира на то има ли њихово обављање економско оправдање или не. Обављањем тих послова држава не врши власт већ се стара о задовољавању виталних, свакодневних потреба својих грађана. Такве послове француско права назива јавним службама а у немачком се за исте користи термин делатности старања о благостању грађана.

Које ће се делатности сматрати јавним службама зависи од потреба друштва у одређеном периоду, односно од намере управљача и с тим у вези од правних прописа, односно интенције правних прописа. Да би се једна делатност од економског, социјалног и егзистенцијалног значаја за друштво сматрала јавном службом нужно је да се као таква одреди законом. Закон је акт установљавања јавних служби. Њиме се једна делатност, привредног или непривредног, тј. стручног карактера, подводи

Леон Диги, *Преображаји јавног права*, Београд, стр. 51.

Ратко Марковић, *op.cit.* стр. 83.

под посебни правни режим, различит од режима приватног права. Тек тада, када се таква друштвена или привредна делатност подведе под режим јавног, управног права иста добија статус и обележје јавне службе. Законом се регулише оснивање, организација, функционисање, контрола евентуално укидање јавне службе. Број делатности које се сматрају јавним службама перманентно расте. С тим у вези говори се о «експанзији јавних служби», премда је у последње време исто тако веома присутан тренд приватизације истих.

Поред органа државне управе постоји у правном систему наше земље круг недржавних субјеката управе. То су, по речима професора Р. Марковића, они носиоци појединих управних овлашћења који нису државни органи. У категорију недржавних субјеката управе он поред покрајинских органа управе, те општинских органа управе, наводи још и предузећа, установе и друге организације. За нас је особито интересантан овај последњи круг недржавних субјеката управе. Предузећа, установе и друге организације оснивају се за обављење привредне или непривредне, тј. стручне делатности као своје основне и примарне делатности. Они нису државни органи, те се као такви и налазе изван државног апарата и без изворног овлашћења су за вршење јавне власти. Међутим, делатности које обављају могу бити од виталног значаја за задовољавање свако-дневних потреба свих, или већег броја припадника једне друштвене заједнице. Обзиром да се баве делатностима пружања услуга, односно задовољавања потреба широког круга грађана држава налази за сходно да интервенише и то тако што поменути организационим облицима додељује јавна овлашћења.⁴

Додељивањем јавних овлашћења недржавним субјектима стављају им се на располагање одређени инструменти државне власти како би ефикасније и економичније вршили своју основну делатност. Другим речима, држава жели да обезбеди перманентно, уредно, квалитетно и под једнаким условима задовољавање потреба грађана. Ваља имати у виду да нису све делатности подобне да буду подупрте јавним овлашћењима. Само оне од тих делатности чијим се услугама задовољавају потребе свих или већине припадника једног друштва и чији би застој узроковао хаос и неред у друштву подобне су да буду подупрте јавним, управним овлашћењима. Такве делатности називају се јавним службама. Но, нису ни сва управна овлашћења подобна за поверавање свим недржавним субјектима. Најчешће поверавана јавна (управна) овлашћења јесу:

Јавна овлашћења су овлашћења за вршење јавне власти. Могу бити регулаторна (нормативна) и управна.

решавање у управним стварима о правима, обавезама и на закону заснованим интересима физичких и правних лица доношењем управних аката, вођење јавних евиденција и издавање уверења и вршење инспекцијског надзора (изузетно).

Поједином недржавном субјекту могу бити поверена поједина или сва управна (јавна) овлашћења у зависности од природе основне делатности коју обавља и процене законодавца о испуњености услова за поверавање појединих управних овлашћења. Такође, постоје овлашћења која су у искључивој надлежности централних органа те се не могу поверавати. Доношење управних прописа нпр. у искључивој је надлежности ресорних министарстава. Предузимање мера принуде и ограничења у искључивој је надлежности министарства унутрашњих послова. Премда, у овом последњем случају оснивају се разне безбедоносне агенције и сигурносне службе за обезбеђење које под законом прописаним условима могу примењивати мере принуде и ограничења.⁵

Историјски развитак јавних служби. У ранијем југословенском законодавству могу се уочити три периода у развоју јавних служби. У првом периоду који траје до доношења Закона о државној управи (1956) карактер јавних служби имале су само оне делатности које су обављале самосталне организације и установе. Најистакнутија одлика овог периода у развоју јавних служби јесте висок ниво субординације, односно подређености установа и организација према њиховим оснивачима. Други период траје до доношења Устава СФРЈ 1963. и устава социјалистичких република који користе термин «друштвене службе». Трећи период почиње доношењем Устава 1963. Овај период карактерише веће осамостаљење установа, ја-чање процеса деететизације, што се конкретно види у смањеном учешћу државних органа у доношењу њихових аката и препуштању регулисања све већег броја односа.⁶

Позитивно правни појам јавне службе

Јавном службом сматрају се установе, предузећа и други облици орга-низовања утврђени законом, који обављају делатности односно послове којима се обезбеђује остваривање права грађана, односно задовољавање потреба грађана и организација, као и остваривање другог законом утврђеног интереса у одређеним областима.⁷

Предраг Димитријевић, *Управно право – општи део*, Ниш, 2013.

Саво Климовски, *Самоуправни интересни заедници*, Скопје, 1982, стр. 29-42. Наведено

према: П. Димитријевић, *op.cit.* стр. 164.

Закон о јавним службама, (<< Сл. Гласник >>, бр. 42/91, 71/94, 79/2005-12).

Основни организациони облици јавних служби јесу: *јавне установе, установе опште користи, јавна предузећа и концесије*. У улози оснивача свих облика јавних служби могу бити Република, аутономна покрајина, град, општина, али и друга правна и физичка лица.

Република, аутономна покрајина, град и општина могу обезбедити обављање делатности односно послова из оквира својих права и дужности на два начина:

оснивањем установа, односно предузећа или поверавањем вршења тих делатности односно послова другим правним и физичким лицима.

Поред Закона о јавним службама који се питањем јавних служби бави на генералан начин - *lex generalis*, постоје тзв. секторски закони који се детаљније баве питањем организације и функционисања јавних служби у појединим областима (Закон о пошти, Закон о средњој школи, Закон о електродистрибуцији, итд.) - *lex specialis*.

Ради обезбеђивања остваривања права утврђених законом и остваривања другог законом утврђеног интереса у области: образовања, науке, културе, физичке културе, ученичког студентског стандарда, здравствене заштите, социјалне заштите, друштвене бриге о деци, социјалног осигурања, здравствене заштите животиња, оснивају се *јавне установе*.⁸

Делатности у овим областима испољавају се кроз различите организационе облике, какве су болнице, домови здравља, школе, факултети, универзитети, институти, центри за социјални рад итд. Установе имају статус правног лица јавног права и стичу га уписом у судски регистар кад надлежни орган управе утврди да су испуњени услови за почетак рада и обављање делатности који су утврђени законом. Имају своју имовину (која је одвојена од државне имовине) и свој буџет. Унутрашња структура, односно органи установе одређују се статутом. Органи установе су директор, управни и надзорни одбор. Установом руководи директор. Њега поставља и разрешава оснивач. Чланове управног и надзорног одбора поставља и разрешава оснивач из редова запослених у установи. На права, обавезе и одговорности запослених у установама примењују се прописи о запосленима у државним органима.

Постоји неколико критеријума за теоријску поделу јавних установа. Професор П. Димитријевић разликује: 1) самосталне и несамосталне јавне установе; 2) установе чије се услуге обавезно користе (обавезне службе)

⁸ Чл. 3. Закона о јавним службама.

установе чије је коришћење препуштено вољи корисника (факултатив-не службе); 3) наплатна служба по критеријуму да се коришћење њихових услуга наплаћује или је бесплатно.

Установе опште користи. Установе опште користи јесу приватне установе које су усмерене на остваривање неког општег циља. Како њихов циљ није стицање профита (попут класичних приватних установа) већ остваривање опште корисних циљева добијају разне субвенције. У томе

јесте основна разлика између њих и других, обичних приватних установа. Сматрају се помоћницима администрације. Питање које се у вези са њима истиче као јако битно јесте да ли су оне као приватне установе у могућности да одговоре свом задатку, тј. да пруже грађанима услуге од-говарајућег квалитета? Ово питање изискује установљавање и доследно спровођење одговарајућег надзора.⁹

Јавна предузећа. За обављање делатности односно послова утврђених законом у области: јавног информисања, ПТТ саобраћаја, енергетике, путева, комуналних услуга и другим областима одређеним законом, ос-нивају се предузећа.

Јавно предузеће је предузеће које обавља делатност од општег инте-реса, а које оснива Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе.¹⁰

Делатности од општег интереса, у смислу овог закона, јесу делатности које су као такве одређене законом у области: производње, преноса идист-рибуције електричне енергије; производње и прераде угља; истраживања, производње, прераде, транспорта и дистрибуције нафте и природног и течног гаса; промета нафте и нафтних деривата; железничког, поштанског

ваздушногсаобраћаја; телекомуникација; издавања службеног гласила Републике Србије; издавања уџбеника; управљања нуклеарним објекти-ма, коришћења, управљања, заштите и унапређивања добара од општег интереса (воде, путеви, минералне сировине, шуме, пловне реке, језера, обале, бање, дивљач, заштићена подручја), производња, промет и превоз наоружања и војне опреме, управљања отпадом, као и комуналне делат-ности.¹¹ Како предузећа обављају делатност оп општег интереса имају статус јавне службе због чега се на њих примењује посебан јавно-правни режим, другачији од режима приватног права иманентног приватним (нејавним) предузећима.

П. Димитријевић, *Управно право, op. cit.* стр. 169.

Чл. 1. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса („Сл. Гласник Републике Србије“, бр. 25/00, 25/02, 107/05, 108/05, 123/07).

Чл. 2. Закона о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса .

Поред Закона о јавним предузећима који се на генералан начин - *lex generalis* бави овом материјом, постоје и тзв. секторски закони који се детаљније баве питањем организације и функционисања јавних предузећа у појединим областима (Закон о пошти, Закон о средњој школи, Закон о електродистрибуцији, итд.) - *lex specialis*.

Јавна предузећа имају дужност да делатност обављају на начин који обезбеђује уредно, квалитетно и под једнаким условима остваривање права грађана и организација и задовољавање потреба корисника.

Органи јавних предузећа су: Скупштина, Надзорни одбор и Управа (менаџмент) у чији састав улазе директор и извршни директор.

Концесије (концесиониране јавне службе). Под концесијом јавне службе подразумева се поступак помоћу кога јавни орган (држава или јединица локалне самоуправе) - концедент поверава једном физичком или правном лицу – концесионару право управљања јавном службом и то тако што ће покривати трошкове са накнадама узетим од корисника.¹² Концесија у ширем смислу значи одобрење, односно, акт власти једне државе, којим се грађанима те државе или страним држављанима дозвољава да на њено подручје обављају неке привредне делатности, које су иначе резервисане и припадају држави, њеним установама и јавним предузећима у циљу остваривања општих (јавних) интререса.¹³ За оснивача појма јавних служ-би, концесија је акт којим једно јавноправно тело (држава, покрајина, оштина) ставља једног појединца, његовом сагласношћу, у дужност да обезбеди функционисање једне јавне службе.¹⁴ При избору концесиона-ра води се рачуна превасходно о њиховим финансијским критеријуми-ма и техничкој опремљености. Уговор о концесији, који за предмет има обезбеђење, функционисање и експлоатацију јавне службе, професор Р. Марковић сматра једном врстом управноправног уговора.¹⁵ Неки аутори концесије деле на политичке и економске. Према тој подели, политичка концесија би подразумевала уговор између држава и дозволу коју једна држава додељује другој да на њеној територији обавља одређену делатност која ограничава њену сувереност. Економска концесија је уговор између државе и концесионара.¹⁶

Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Зоран Лончар, *Наука о управи*, Подго-рица, 2012, стр. 240.

Вилим Горенц, *Уговор о концесији*, Загреб, Економски факултет, бр. 2/89, стр. 179. Наведено према: П. Димитријевић, *op. cit.* стр. 170.

Леон Диги, *op. cit.*, стр. 135.

Управни уговор је врста правног акта који није ни управни акт, ни уговор приватног права, него *tertium genus*, међуоблик између ова два класична облика.

Дарио Ђерда, *Правна природа уговора о концесији*, Хрватска јавна управа, Загреб, бр. 1/2006.

Принципи јавних служби. Без обзира на бројност и разноликост (*lex specialis*) правних режима јавних служби за све њих важе одређени фундаментални принципи. Како се јавним службама сматрају оне делатности којима се пружају услуге, односно задовољавају свакодневне виталне потребе свих или већег броја припадника једне друштвене заједнице то се оне у свом функционисању имају придржавати одређених начела без обзира на то о којој се делатности или области јавних услуга ради. Кључни принципи јавних служби су: принцип једнакости, принцип адаптације и принцип континуитета. Први принцип подразумева конкретизацију општег правног начела које каже да су сви грађани једнаки пред Уставом, законима и органима власти. Преведено на грађане као потенцијалне кориснике услуга јавних служби то би имало да значи да сваки грађанин који испуњава услове може постати кандидатом исте, из чега произилази обавеза јавне службе (предузећа или установе) да му исту пружи, уз забрану дискриминасања по било ком основу.

Принцип адаптације (прилагодљивости, флексибилности) јавних служби је двојаког дејства. Пре свега јавне службе су дужне да своје услуге прилагоде потребама корисника, јер су у крајњој инстанци корисници сврха постојања тих служби. Ради задовољавања потреба корисника јавне службе и постоје. Но, овај принцип има и другу страну примене. Наиме, јавне службе могу модификовати услове пружања својих услуга, у складу са измењеним околностима, и то, једанпут на штету корисника (нпр. повећање тарифе у условима инфлације), други пут, у корист корисника. Трећи принцип функционисања јавних служби - принцип континуитета налаже обавезу перманентног, непрекидног, континуираног вршења делатности, без прекида, јер би

најмањи застој¹⁷ могао проузроковати не само нежељене последице већ и неред и хаос у друштву. Практичне импликације овог принципа видљиве су код концесионираних јавних служби где концедент може санкционисати концесионара који је ма из којих разлога застао са делатношћу. У тесној вези са овим начелом је и регулисање права на штрајк јавних служби. Ово право подлеже биотним законским ограничењима те тако, јавне службе су дужне да претходно пријаве штрајк, добију до-зволу од надлежних државних органа и најзад, чак ни за време штрајка не могу обуставити рад у целини већ су дужне да у таквим условима пруже минимум рада.

17 Леон Диги наводи штрајк француских железничара 1910.

Димензије јавног сектора и приватизација јавних служби¹⁸

Експанзија јавних служби траје до средине седамдесетих година када се најављује преокрет у том тренду. Распрострањеност јавног сектора у привреди варира у зависности од земље у питању. Познато је да је он доминирао у социјалистичким економијама. Насупрот томе, у држава са тржишном економијом, приватна предузећа превлађују, нарочито у САД, док је њихов број у земљама попут Немачке, Италије и Француске поприлично велик.¹⁹

С тим у вези, сведоци смо теоријског спора који се води између две школе супростављених мишљења. Једни су става да економија у којој приватно предузеће, ослобођено стега државног интервенционизма, настоји да мак-симизира свој профит на слободном тржишту. Други су чврсти у ставу да у домену јавних служби треба да преовладају преокупације јавног интереса.²⁰

Закључак

Јавне службе имају изузетно важну улогу у остваривању свакодневних виталних потреба грађана, њихових економских, социјалних и културних права. Задатак државе јесте да обезбеди, регулише и контролише јавне службе. Она то чини или тако што оснива јавна предузећа и установе или пак, тако што делатности којима се задовољавају потребе грађана поверава другим правним и физичким лицима. У сваком случају, од квалитета и доступности тих услуга зависи квалитет живота грађана. Из тог разлога држава прописује да се делатности којима се задовољавају свакодневне и виталне потребе свих или већине припадника једног друштва обављају на принципима који обезбеђују уредно, квалитетно и под једнаким условима за све (без дискриминације по било ком основу) пружање тих услуга и врши контролу над пружањем тих услуга.

Након више од деценије од почетка процеса транзиције, у економији Србије је и даље веома велико учешће предузећа у државном и друштвеном власништву. Процењује се да тренутно послује око 1.300 предузећа која су под државном контролом, било по основу већинског државног власништва или по основу ефективне управљачке контроле. Од почетка транзиције у Србији, кроз Агенцију за приватизацију је приватизовано скоро 2.500 предузећа, а наплаћено је приближно 2,6 млрд евра. Иако су, посебно у почетку, остварени значајни резултати, темпо приватизације се битно успорио у последњих неколико година. Од 2002. до 2008. године просечно је приватизовано 320 предузећа годишње, док је од 2009. до 2011. приватизовано у просеку свега 47 предузећа годишње. Ово успоравање је, пре свега, последица два фактора: прво, преостала друштвена предузећа су релативно проблематична, и друго, дошло је до пада интересовања инвеститора због економске кризе. Види: http://www.fren.org.rs/sites/default/files/qm/2_5.pdf

Борче Давитковски, Ана Павловска-Данева, Зоран Лончар, *op. cit.*, стр. 246.

Ibid.

Nevena Petrović
Asistant

PUBLIC SERVICES

Sumarry

Public services have very important role in realiyingregular vital needs of the citizens, their economical, social and cultural rightsThe state task is it provide, regulate anddcon-trol public services. It does either by founding public firms and institutions or justthe services which satisfy needs of the citizenscommits to other legal or juristic persons. In every case it depends onquality and accessibilities of those services aswell as the quality of the citizens. Therefore, a state proclaims activites which meet daily and vital needsof all or majority of the society perform on principals which provide regular quality and under equalcircumstances for all (without discrimination or anyther reason) giving the services and supervising them as well.

Ирена Божић, сарадник у настави

МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ ПРЕД МЕЂУНАРОДНИМ СУДОМ ПРАВДЕ

Апстракт: Међународне организације не могу бити странке у поступку решавања спорова. Ова околност је у међународном праву довела до установљавања једне специфичне функције Међународног суда правде, давања саветодавних мишљења. Рад анализира међународне организације овлашћене да се обрате Суду, њихову улогу у саветодавном поступку као и допринос мишљења донетих на иницијативу међународних организација развоју међународног права.

Кључне речи: међународне организације, УН, Међународни суд правде, саве-тодавна надлежност, саветодавни поступак

Увод

Међународне организације као институционални облици међуна-родних односа данас играју велику улогу у међународном праву и уопште међународној заједници. У доба глобализације и све веће узајамности и међузависности државе не могу опстати саме, изоловане већ само кроз сарадњу и узајамну помоћ које се остварују кроз интеграције, како на универзалном тако и на регионалном плану. Иако је међународноправни субјективитет међународних организација данас несумњиво признат оне ипак не могу бити стране у поступку решавања спорова. Отуда је међуна-родним организацијама дато право да се обрате Међународном суду правде у саветодавном поступку, захтевом за издавање саветодавног мишљења. На овај начин међународне организације могу отклонити проблем приступа Суду и решити неки спор који не могу да реше у парничном поступку, решити дилему са којом су суочене или једноставно тражити од Суда да протумачи правило међунардног права или уставни акт организације која се Суду обратила. Тако оне добијају одговарајуће смернице у погледу свог поступања као и у погледу исправности својих одлука, када потврду за то нађу у позитивним мишљењу једног светског суда.

I

Прва универзална политичка организација, Друштво народа, основана је 1918. године а као један од њених органа функционисао је и Стални суд међународне правде, први светски суд у историји. Као и

сваки суд био је надлежан за решавање спорова између држава. Како међународне организације нису имале право приступа Сталном суду у поступку решавања спорова а будући да је било неспорно да се у свом раду сусрећу са бројним дилемама и недоумицама, поред функције решавања спорова по први пут је била предвиђена и једна сасвим специфична функција суда а то је давање саветодавних мишљења. Члан 14. Пакта Друштва народа предвиђао је да је Суд надлежан да даје саветодавна мишљења о сваком спору или о свакој тачки које му буду поднели Савет или Скупштина Друштва народа.¹ Дакле само су Савет и Скупштина Друштва народа били овлашћени да се обрате Суду рада издавања саветодавног мишљења. Друге међународне организације нису имале право приступа Суду иако су стално настојале да се право на тражење саветодавних мишљења прошири и на њих, нарочито Међународна организација рада.²

Након пропасти Друштва народа основана је Организација Уједињених нација, тренутно највиши облик међународне организације која представља не само светски парламент него и тачку повезивања многобројних и разноврсних међународних организација међу којима посебну улогу играју специјализоване агенције. Специјализоване агенције су организације установљене међународним споразумом које делују на економском, социјалном, културном, просветном, здравственом и сродним пољима а које су повезане са УН споразумом о сарадњи који закључује свака од њих са УН.³

Као један од главних органа Организације УН функционише Међународни суд правде. Обзиром да Уједињене нације представљају универзалну политичку организацију у чијем се чланству налази велика већина држава света и да Повеља ове организације представља међународни јавни поредак јасно је да Међународни суд правде игра велику улогу у функционисању међународне заједнице и одржавању мирољубивих односа између држава. Чињеница да окупља судије које репрезентују најважније правне системе и главне облике цивилизације чини да Суд ужива велики ауторитет, сједињујући у себи највеће правне стручњаке света што би само за себе требало да представља довољну гаранцију његове стручности, непристрасности и савесности.

Пошто Организација УН и специјализоване агенције не могу да се појаве пред Судом као странке у поступку решавања спорова предвиђена је

Пакт Друштва народа, вид. http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp
M. Pomerance, *The Advisory Function of the International Court in the League and U.N.*

Eras, The John Hopkins University Press, London and Baltimore 1973, стр. 43.

Чл. 57. ст. 1. Повеље УН, „Сл. лист ДФЈ“, бр. 69/45

могућност да се обрате Суду захтевом за издавање саветодавног мишљења и на тај начин реше неки спор или несугласицу или једностовно добију од Суда аутентично правно тумачење неког правила међународног права или уставног акта организације. Чланом 96. Повеље УН предвиђено је да Генерална скупштина и Савет безбедности могу тражити саветодавно мишљење о сваком правном питању као и да Генерална скупштина у свако доба може овластити неки орган УН или специјализовану агенцију да од Суда тражи саветодавно мишљење али само о правним питањима која спадају у оквир њихове надлежности. Дакле, за разлику од Друштва народа где је право на тражење саветодавних мишљења припадало само Савету и Скупштини Друштва народа при чему се Скупштина никад није користила овим правом, у систему УН право да се обрате Суду поред Генералне скупштине имају и други органи УН и специјализоване агенције али под условом да их је на то овластила Генерална скупштина. Тиме је удовољено давнашњој тежњи међународних организација да им се омогући приступ Суду, у чему је предњачила Међународна организација рада која се, парадоксално никада није користила овим правом.

II

Међународни суд правде има двојаку надлежност: решавање спорова и давање саветодавних мишљења на захтев овлашћених органа. У парничном поступку само се државе могу јавити пред Судом као стране у спору. У поступку решавања спорова надлежност Суда почива на вољи страна у спору због чега се и говори о консенсуалној, уговорној основи надлежности Суда.⁴ Надлежност Суда постоји само у оној мери у којој је оне прихватају. Чињеница да се међународне организације не могу појавити као странке у парничном поступку пред Судом не значи да оне у том поступку немају никакву улогу. Наиме, Суд може од међународних организација тражити информације и обавештења за које сматра да су од значаја за поступак који је у току а таква обавештења међународна организација може достављати Суду и на своју иницијативу. Уколико се у неком поступку појави питање тумачења уставног акта неке међународне организације или међународне конвенције закључене под њеним окриљем, Секретар Суда ће о томе обавестити међународну организацију и доставити јој препис писаног поступка.⁵ Међутим, у свим овим случајевима

М. Крећа, *Међународно јавно право*, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП

„Службени гласник“, Београд 2009., стр. 528.

Чл. 34. Статута Међународног суда правде, „Сл. лист ДФЈ“, бр. 69/45

улога међународних организација је ограниченог карактера будући да оне не учествују активно у парничном поступку већ само снабдевају Суд информацијама које су му потребне како би могао да расветли чињенично стање и донесе правилну одлуку.

саветодавном поступку надлежност Суда је заснована на члану Повеље УН-а који овлашћује поједине органе УН-а и друге организације да траже саветодавно мишљење Суда и члану 65. Статута Суда по коме Суд има дискреционо право да поступи по том захтеву. Генерална скупштина и Савет безбедности имају изворно овлашћење да од Суда тража саветодавно мишљење о било ком правном питању док други органи УН и специјализоване агенције могу од Суда тражити саветодавно мишљење само ако их је на то овластила Генерална скупштина, и то само о правним питањима из делокруга своје надлежности.⁶ Да би се засновала саветодавна надлежност Суда потребно је да су испуњени одређени услови. Те услове дефинисао је сам Суд у саветодавном мишљењу које се тичало ревизије пресуде бр. 273 Административног суда Уједињених нација на следећи начин: "...предуслов за саветодавну надлежност је да је орган прописно по Повељи овлашћен да захтева саветодавно мишљење, да се оно тражи поводом правног питања и да питање, осим у случају Генералне скупштине или Савета безбедности, улази у оквир активности органа који мишљење захтева".⁷

За разлику од парничног поступка међународне организације имају далеко већу улогу и значај у саветодавном поступку. Обраћајући се Суду захтевом за издавање саветодавног мишљења, организација доставља Суду све податке, документа и информације које могу послужити расветљавању питања које постављено. Организација која је поставила питање као и друге организације за које Суд сматра да располажу релевантним информација могу Суду достављати писане изјаве или их изнети усмено пред Судом. Такође, могу стављати примедбе на изјаве које су тим поводом учиниле друге међународне организације и државе. Чињеница да Статут Суда саветодавном поступку посвећује само четири члана и да је чл. 68. Статута Суд овлашћен да у саветодавном поступку примењује правила парничног поступка увек када оцени да њиховој примени има места довела је у пракси до тога да је саветодавни поступак постао веома сличан контрадикторном тако да организације па и државе у њему имају веома активно учешће.

Члан 96. Повеље УН

Application for Review of Judgement No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982, pp. 333-334, para. 21 преузето са <http://www.icj-cij.org/docket/files/66/6329.pdf> 18.12.2013.

Саветодавна надлежност Међународног суда правде последица је чињенице да међународне организације и поред тога што играју велику улогу у међународном праву и међународној заједници ипак не могу бити странке у парничном поступку. Отуда је овај „недостатак“ надокнађен давањем могућности међународним организацијама да се обрате Суду захтевом за издавање саветодавног мишљења и на тај начин добију одговоре на питања која се тичу уставних аката тих организација, њиховог рада и функционисања. Како то примећују поједини аутори „обзиром да међународне организације не могу бити странке у парници пред Судом ... овакав систем се може посматрати као комплементаран парничној надлежности Суда, али и једини могући када је реч о појединим врстама спорова или тумачењу права међународне организације“.⁸

III

Изворно овлашћење да траже саветодавно мишљење Суда о сваком правном питању, утемељено на самој Повељи, поседују Генерална скупштина и Савет безбедности. У досадашњој пракси Међународног суда правде готово трећина саветодавних поступака покренута је на захтев Генералне скупштине док се Савет безбедности само једном користио овом могућношћу, у случају *правних последица за државе продуженог присуства Јужне Африке у Намибији*. Ако се има у виду састав Савета безбедности оваква ситуација није зачуђујућа. Два стална члана Савета безбедности - СССР односно Русија и Кина нису се никад користиле парничном надлежношћу Суда док је Француска, након случаја *Нуклеарне пробе*, у суштини бојкотовала Суд. Најзад, након случаја *Никарагва* САД су имале прилично амбивалентан став према Суду.⁹

Остали органи УН као и специјализоване агенције могу тражити саветодавно мишљење од Суда само ако их на то овласти Генерална скупштина и то само о правним питањима из делокруга њихове надлежности. Из овога произлази да је право органа и организација да траже саветодавно

В. Ђорић, М. Матијевић, Р. Сепи, М. Рељановић, *Међународни суд правде, организација, поступак, случајеви*, Институт за упоредно право, Београд 2008., *op. cit.*, стр. 18.

Bowett D.W., *The Court's role in relation to international organization, Fifty years of the ICJ*

(ed. V. Lowe and M. Fitzmauritz), Cambridge University Press 2008, стр. 182. , преузето са http://books.google.rs/books?id=wmq5xQN8_S0C&printsec=frontcover&dq=fifty+years+of+the+international+court+of+justice&hl=en&sa=X&ei=xxWeUaCVAYbtswbpzoGYDQ&ved=0CCsQ6AEwAA#v=onepage&q=fifty%20years%20of%20the%20international%20court%20of%20justice&f=false 20.12.2013.

мишљење Суда двоструко ограничено. Прво, право на тражење саветодавног мишљења Суда проистиче из изворног овлашћења Генералне скупштине (орган или организација која није овлашћена од стране Генералне скупштине ни у ком случају не може тражити саветодавно мишљење) а друго, питање се мора кретати у делокругу њихове надлежности, док Генерална скупштина и Савет безбедности могу тражити саветодавно мишљење о било ком правном питању.¹⁰

Генерална скупштина је овластила Економско социјални савет, Стателски савет и Привремени комитет Генералне скупштине да од Суда траже саветодавна мишљења о правним питањима из њихове надлежности. Поред тога, Економско социјални савет је вршећи своју улогу координатора и надзорника специјализованих агенција овлашћен да поднесе захтев за издавање саветодавног мишљења кад год се неко правно питање тиче односа специјализоване агенције и УН или неке друге специјализоване агенције.¹¹ Од свих органа УН једино Секретаријат кога представља Генерални секретар није овлашћен да од Суда тражи саветодавно мишљење. Међутим и поред тога што не поседује овлашћење да се обрати Суду Генерални секретар може, вршећи своје административне функције односно делујући као главни административни службеник Организације, приликом састављања дневног реда рада органа УН овлашћеног да тражи саветодавно мишљење ставити неко питање на дневни ред и на тај начин иницирати да оно постане захтев за саветодавним мишљењем. Тако је на иницијативу Генералног секретара у Генералној скупштини ова одлучила да од Суда затражи саветодавно мишљење поводом резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида. Мишљење које Суд донео у овом случају имало је велико утицај на прогресивни развој међународног уговорног права а његови најважнији делови кодификовани су Конвенцијом о уговорном праву.

Специјализоване агенције могу тражити саветодавно мишљење о правним питањима која спадају у делокруг њихове надлежности, уз ограничење да су питања која се тичу међусобних односа тих агенција и Уједињених нација или других специјализованих агенција, искључена из њихове надлежности, и укључена у надлежност Економско социјалног савета. Специјализоване агенције су у обавези да обавесте Економско социјални савет о сваком поднетом захтеву за саветодавно

С. Ганић, „Осврт на саветодавну улогу међународног суда правде“, *Међународни проблеми* Vol. 62 No. 4/2010, стр. 631.

S. Rossene, *The World Court: What it is and How it work*, Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands 1989, стр. 40.

мишљење. У пракси се најчешће специјализоване агенције овлашћују да траже саветодавно мишљење Суда споразумом о сарадњи који свака специјализована агенција закључује са Организацијом Уједињених нација тако да се специјализована агенција која тражи саветодавно мишљење Суда, у захтеву поднетом Суду позива на резолуцију, односно споразум којим је овлашћена да тражи саветодавно мишљење.¹² Са изузетком Светског поштанског савеза који има сопствени интерни систем за решавање правних спорова¹³ данас су све специјализоване агенције овлашћене да се обрате Суду ради издавања саветодавног мишљења.¹⁴ До сада су само четири специјализоване агенције искористиле своје право да од Суда затраже саветодавно мишљење и то: Светска здравствена организација, Организација УН за науку, просвету и културу, Међународни фонд за пољопривреду и развој и Међународна поморска организација.

IV

Будући да Повеља УН предвиђа да овлашћени органи и организације могу од Суда тражити саветодавно мишљење из тога се може извести закључак да они нису у обавези да то чине кад год се појави нека дилема или недоумица већ да у сваком конкретном случају процењују своје интересе као и потребу за саветодавним мишљењем Суда. Од овога треба разликовати случајеве када је уговорима закљученим између Организације Уједињених нација и друге организације или државе, предвиђена обавеза да се од Суда траже саветодавно мишљење увек када се појави неко правно питање у вези са тим уговором. Такав је случај са Конвенцијом о привилегијама и имунитетима УН и Конвенцијом о привилегијама и имунитетима специјализованих агенција. Ван ових случајева, када не постоји уговором предвиђена обавеза да се тражи саветодавно мишљење Суда, овлашћени органи и организације имају пуну слободу одлучивања да ли ће се обратити Суду.

Међународни суд правде не мора удовољити захтеву овлашћених органа и организација да изда саветодавно мишљење. Статут Суда каже да Суд „може“ да изда саветодавно мишљење из чега се може извести закључак да Суд има дискреционо право да одбије захтев који је поднео овлашћени орган или организација рецимо ако постоје разлози који тај захтев чине

M. Pomarance, стр. 36.

S. Rossene, стр. 40.

Списак свих специјализованих агенција овлашћених да се обрате Суду налази се на сајту Суда: <http://www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=2&p3=1>

неприкладним.¹⁵ Ово наравно под резервом да су испуњени сви услови за обраћање Суду јер ако није испуњен неки од услова за подношење захтева за издавање саветодавног мишљења Суд нема дискреционо право већ је дужан да одбије захтев због неиспуњења услова. С обзиром на чињеницу да је Суд у досадашњој пракси само једном одбио захтев за издавање саветодавног мишљења¹⁶ можемо рећи да Суд стоји на становишту да је дужан да одговори органу или агенцији која му се обратила и на тај начин им пружи потребну помоћ схватајући исправно своју улогу као органа који им је на располагању за решавање свих правних дилема и недоумица.

Мишљење које Суд доноси на захтев овлашћеног органа или агенције је необавезујуће. Орган или агенција која се обратила Суду није у обавези да мишљење поштује али се у пракси мишљења Суда поштују што због своје правне заснованости што због ауторитета самог Суда. На тај начин мишљења Суда снажно доприносе прогресивном развоју међународног права. Дилеме и проблеми са којима су се суочавале како организација УН тако и специјализоване агенције а које су довеле до покретања саве-тодавних поступка пред Судом изнедриле су нека значајна достигнућа у међународном праву. У саветодавном поступку покренутом од стране Генералне скупштине а поводом питања да ли организација УН има право да истакне међународноправно потраживање према *de iure* или *de facto* одговорној влади ради накнаде штете, Међународни суд правде је први пут недвосмислено стао на становиште да организација УН има међународноправни субјективитет. Имајући у виду да је субјективитет међународних организација дуго био оспораван у међународном праву ово мишљење, дато од стране једног светског правног ауторитета, представљало је тас који је превагнуо у коначном пружању њиховог субјективитета иако се у овом случају радило о конкретној организацији али су аргументи које је Суд изнео применљиви и на друге облике међународних организација. Такође већ споменуто саветодавно мишљење у случају *Резерви на Кон-венцију о спречавању и кажњавању злочина геноцида* снажно је утицало на право резерви у међународном уговорном праву или случај *Западна Сахара* где је саветодавним мишљењем Суда из основа измењен концепт *terra nullius* у међународном праву. Овакав допринос развоју међународног права Суд сигурно не би могао да оствари да међународне организације

М. Крећа, стр. 536.

У случају који се тичао питања легалности употребе нуклеарног оружја у оружаном конфликту од стране држава а које је постављено од стране Светске здравствене организације (WHO), Суд је нашао да питање које му је постављено не спада у делокруг надлежности ове организације, вид . *Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict*, Advisory opinion, <http://www.icj-cij.org/docket/files/93/7407.pdf>

нису имале право да му се обрате и од њега затраже правно тумачење будући да Суд нема право да на своји иницијативу разматра проблеме и спорове са којима се суочавају међународне организације нити има право да самоиницијативно преиспитује њихове одлуке.

Закључак

Међународне организације данас функционишу у свим аспектима међународне заједнице и неопходан су чинилац међународног живота. Бавећи се бројним и разноврсним активностима долазе у разне деликатне ситуације и неретко се суочавају са проблемима који, уколико се не реше, некада могу парализати рад организације. Обраћајући се Међународном суду правде у саветодавном поступку међународна организација може да разреши поједине дилеме које се тичу њеног деловања или њеног односа према некој другој организацији или држави или правила међународног права које треба применити. У саветодавном мишљењу Суда међународна организација налази сигурност и потпору која јој је потребна у остварењу циљева ради којих је и основана. Сигурно је да међународне организације, пре него што се обрате Суду, детаљно разматрају све могуће последице саветодавног поступка и његовог исхода, тако да се може сматрати да се Суду обраћају заиста онда када им је правна помоћ неопходна.

Могућност обраћања Суду ради добијања саветодавног мишљења значајна је и са једног другог аспекта. У систему УН не постоји судска контрола законитости одлука које доносе њени органи. Отуда, органи УН могу покретањем саветодавне процедуре од Суда тражити на праву утемељен став у погледу основаности и исправности својих одлука. Међутим, чини се да се органи УН нису можда у потпуности користили овом могућношћу. Узмимо Савет безбедности који је само једном покренуо саветодавни поступак пред Судом. Савет безбедности је данас прерастао у најважнији орган УН у којем се кроји светска политика и доносе одлуке које се тичу не само судбине појединих држава већ и читаве међународне заједнице. Имајућу у виду мноштво компликованих ситуација којима се Савет безбедности до сада бавио и које су имале многобројне импликације, како правне, тако и политичке, можемо закључити да саветодавна надлежност Суда иако је у досадашњој пракси дала неке плодноне резултате, ипак није коришћена у довољној мери. С друге стране, пошто Суд не може на своју иницијативу да преиспитује одлуке органа УН требало би наћи неки начин на који би се мотивисали да се што више обраћају Суду и тако сложена питања решавају са утемељењем на међународном праву, а не на политици и тренутним интересима појединих.

Irena Božić
Assistant

INTERNATIONAL ORGANIZATIONS
AT THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

Summary

International organizations can not be parties to the dispute settlement procedure. This circumstance in international law led to the establishment of a specific function of the International Court of Justice, the giving of advisory opinions. This paper analyzes the international organization entitled to address the Court, their role in the advisory proceedings and contribute advisory opinions adopted at the initiative of international organizations in the development of international law.

КАТЕДРА ЗА
ПРАВНО ЕКОНОМСКЕ
НАУКЕ

Др Зоран Исаиловић, редовни професор

ПАУШАЛНО ОПОРЕЗИВАЊЕ У СИСТЕМУ ОПОРЕЗИВАЊА ДОХОТКА ГРАЂАНА У СРБИЈИ

Апстракт: Порез на приходе од самосталних делатности у Србији по аутору овог рада представља једну од слабијих карика у оквиру система опорезивања дохотка грађана. Главни разлог овоме је тај, што се у немогућности пореске власти да оптимално опорезује пореске дужнике према стварно оствареном дохотку, хипертрофирано примењује паушално опорезивање које у пракси изазива бројне негативне ефекте. По аутору разлог овоме је тај, што се важећим Законом о порезу на доходак грађана нису изградили довољно релевантни критерији о томе који субјекти треба да подлежу паушалном опорезивању. Поменути пропусти законодавца условили су појаву у пракси неоправданог привилегованог пореског положаја неких професија као што су адвокати, лекари и стоматолози. Другим речима, тим професијама који у одређеним законским случајевима могу да плаћају порез у паушалном износу омогућено је неосновано (у односу на њихову економску снагу) плаћање мањег пореза од неких других предузетнике којима није остављена таква могућност.

Кључне речи: паушално опорезивање, регулатива, порески систем, порез на доходак, једноставност плаћања, праведност.

Увод

савременим државама појављују се две велике групе пореза - непосредни и посредни. С тим у вези, у највећем броју земаља чланица ОЕЦД земаља чланица ЕУ доминирају порески приходи који се остварују по основу следећих најважнијих пореза: пореза на доходак (физичких лица корпорација), доприноса за социјално осигурање и пореза на имовину - непосредних пореза, и пореза на производу и услуге (општег пореза на промет и селективних пореза на потрошњу) - посредних пореза. Може се рећи да су се у историји држава мењале пореске структуре и значај појединих врста пореза у оквиру њих. У контексту изложеног, код пореза на доходак грађана, потреба да се неки приход идентификује као приход од самосталних делатности постоји у цедуларним системима и у глобалном систему пореза на доходак физичких лица. У цедуларним системима редовно се разликују приходи из радног односа, приходи од самосталне делатности и приходи од инвестиција, тако да карактеришући одређени износ као приход који спада у једну од тих категорија у ствари одређујемо

каквом ће режиму опорезивања бити подвргнут. Глобални систем најчешће почива на цедуларној инфраструктури: или се у пореском закону наводе категорије прихода које улазе у доходак (у којем случају је приход од самосталних делатности једна од ти категорија), или се – у потпуно „глобализованом“ систему пореза на доходак, попут америчког, у којем се не наводе категорије прихода које улазе у доходак – посебна правила, првенствено она рачуноводствена примењују на приход који је окарак-терисан као приход од самосталне делатности.¹

Према изложеном, може се закључити да је опорезивање самосталних делатности незаобилазно у савременим државама. Према томе, по мом мишљењу и у нашој Републици гледајући са аспекта утицаја на привредни и друштвени живот овај порез је један од важнијих цедуларних пореза у важећем мешовитом систему опорезивања дохотка грађана. Међутим, гледајући са аспекта финансијске издашности не може се рећи да у пореском систему Србије има значајнију улогу. Стога, у овом раду критички ћу анализирати наша пореско правна решења у сегменту паушалног опорезивања којим је оптерећена већина пореских обвезника самосталних делатности-.

Правни режим порез на приходе од самосталних делатности у Србији регулисан је Зако-ном- о поре-зу- на дохо-дак- грађа-на-², Зако-ном- о порезу- на добит- прав-них ли-ца,³ Уредбом- о бли-жим услови-ма,- крите-ри-ју-ми-ма- и елемен-ти-ма- за пау-шал-но- опоре-зи-ва-ње- обве-зни-ка- поре-за- на прихо-де- од само-стал-не- делат-но-сти-»⁴ и другим подзаконским актима. Намера за-конодавца била је да примарни начин опорезивања буде према стварно оствареном дохотку обвезника Међутим то се у пракси није догодило. Уместо тога преовладало је паушално опорезивање, које је за пореску власт једноставније за практичну примену.

Порез на прихо-де- од само-стал-не- делат-но-сти- се плаћа на приход- остварен од привред-них- делат-но-сти,- укључујући и стварни приход од делат-ности пољопривреде и шумарства, пружа-њем- профе-си-о-нал-них- и других- инте-лек-ту-ал-них- услуга- и на приход- од других- делат-но-сти- уколи-ко- се на тај приход- Зако-ном- о поре-зу- на дохо-дак- грађа-на- не плаћа- порез- по другом-

Видети: Група аутора, Реформа пореског система (2), Центар за либерално – демо-кратске студије, Београд, 2004, стр., 23.

„Службе-ни- гласник- РС“, 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - исправ-ка,- 31/09, 44/09, 18/10, 50/11,91/11(одлу-ка- УС), 7/12 (усклађени дин- изн.), 93/12,114/12 (одлукаУС) , 8/013 – усклађени дин. изн., 47/13 и 48/13 – испр..

„Службе-ни- гла-сник РС“, бр., 25/01, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13 и 108/13.

„Службе-ни- гласник- РС“, бр. 65/01, 45/02, 47/02, 91/02, 23/03, 16/04, 76/04, 31/05 и 25/13,

основу-. Плаћа-ње- овог поре-за- на остваре-не- поме-ну-те- при-хо-де,- подра-зу-ме-ва по прави-лу,- при-хо-де- од обавља-ња- реги-стро-ва-не- делат-но-сти-. Међу-тим,- поред- њих Зако-ном- се опте-ре-ћу-ју- и при-хо-ди- од само-стал-не- делат-но-сти- остваре-ни- трајним- или сезон-ским- иско-ри-шћа-ва-њем- земљи-шта- у непо-љо-при-вред-не- сврхе- (вађе-ње- песка,- шљунка,- и каме-ња,- произ-вод-ња- креча,- цигле,- црепа- ћуму-ра- и сл.), инку-ба-тор-ском- произ-вод-њом- живи-не- и дру-гим сличним- делат-но-сти-ма,- неза-ви-сно- од тога- да ли су као само-стал-не- делат-но-сти- реги-стро-ва-не- код надле-жних- орга-на-.

Под само-стал-ном- делат-но-шћу- подра-зу-ме-ва- се делат-ност- поје-дин-ца- коју- овај обавља- сам или кад посло-ва-ње- обавља- кроз само-стал-ну- зајед-ничку- радњу- или други- облик- посло-ва-ња- (ради-о-ни-ца,- канце-ла-ри-ја,- биро,- апоте-ка,- агенци-ја,- студио,- устано-ва- итд.).

Обве-зник- овог поре-за- је физич-ко- лице- – реги-стро-ва-ни- преду-зет-ник- које- оствару-је- при-хо-де- обавља-њем- неке- од само-стал-не- делат-но-сти-. Поред- тога,- обве-зник- овог поре-за- је и свако-друго- физич-ко- лице- које- је обве-зник- ПДВ неза-ви-сно- од тога- да ли је ре-гистро-ва-но- за обавља-ње- делат-ности- и др. Обвезник овог пореза по основу стварних прихода од пољопривреде и шумарства, је физичко лице – носилац породичног пољопривредног газдинства уписано у регистар пољопривредног газдинства у складу са прописима који уређују ту област.⁵

Рези-ден-ти- наше- Репу-бли-ке- су обве-зни-ци- овог поре-за- за тзв., „светски- дохо-дак“- (остварен- код нас али и у другој-ре-пу-бли-ци- и у иностран-ству)-. Нере-зи-ден-ти- су обве-зни-ци- поре-за- само- за при-хо-де- остваре-не- на тери-то-- рији- Срби-је-.

Основи-ца- поре-за- на при-хо-де- од само-стал-не- делат-но-сти- је опоре-зи-ва- добит,- ако Зако-ном- о поре-зу- на дохо-дак- грађа-на- није- друкчи-је- одре-ђе-но-. Зако-но-да-вац- је прили-ком- утврђи-ва-ња- основи-це- пошао- од потре-бе- дово-- ђења- обве-зни-ка- у исти поло-жај- као и поло-жај- преду-зе-ћа- што је иску-ство- и других- зема-ља-. С тим у вези,- усклађи-ва-ње- при-хо-да- и расхо-да,- утврђи-ва-ње- капи-тал-них- доби-та-ка- и губи-та-ка- и поре-ски- третман- губи-та-ка- из рани-јих- годи-на- иска-зу-ју- се у по-реском- билан-су- преду-зет-ни-ка- у складу- са од-гова-- рају-ћим- одред-ба-ма- Зако-на- којим- се уређу-је- порез- на добит- правних- лица,- ако Зако-ном- о поре-зу- на дохо-дак- грађа-на- није- друкчи-је- одре-ђе-но-. Начин на који предузетници у пореском билансу исказују трансферне цене ближе уређује министар.

Предузетницима се у расходе у пореском билансу признају исплаћена лична зарада предузетника и трошкови службеног путовања до износа утврђеног Законом.⁶

Виде-ти:- чл. 31, 32 Зако-на- о поре-зу- на дохо-дак- грађа-на-

Виде-ти:- чл. 37а Зако-на- о поре-зу- на дохо-дак- грађа-на-

Омогућава се предузетнику-опредељење хоће ли пословне-књиге-води-ти по системе-двојног-или по системе-простог-књиге-вод-ства-. За обвезнике-који воде-двојно-књиге-вод-ство,-опоре-зи-ва-добит-се утврђује-у поре-ском-билансу-у складу-са Међуна-родним-рачу-но-вод-стве-ним-стандар-ди-ма- (МРС), односно-Међуна-родним-стан-дарди-ма-финан-сиј-ског-изве-шта-ва-ња- (МСФИ)

прописи-који-ма-се уређује-рачу-но-вод-ство-. За разлику-од њега,-предузетник-који-пословне-књиге-води-по системе-простог-књиге-вод-ства,-утврђи-ва-ње-опоре-зи-ве-добити-врши-Правил-ни-ком-о послов-ним-књига-ма-иска-зи-ва-њу-финан-сиј-ског-реул-та-та-по системе-простог-књиге-вод-ства-на-.

Поре-ска-стопа-овог-поре-за-је 10%, док се поре-ски-подсти-ца-ји-предузет-ни-ци-ма-призна-ју,-под услови-ма-и начин-како-се призна-ју-правним-лици-ма-по зако-ну-којим-се уређује-порез-на добит-правних-лица.⁷

Као што се може приметити плаћање пореза према стварно остваре-ном доходу захтева истовремену примену Зако-на-о поре-зу-на дохо-дак-грађа-на-и Зако-на-којим-се уређује-порез-на добит-правних-лица-. Та појава, уопште-гово-ре-ћи-чини посту-пак-проце-не-тј. изра-чу-на-ва-ња-основи-це-до-ста-сложеним-. Та сложе-ност-поступ-ка-састо-ји-се у технич-ким-радња-ма-утврђи-ва-ња-бруто-изно-са-основи-це,-па онда-путем-одби-ја-ња-трошко-ва-или других-изда-та-ка-(одбит-не-ставке)-од основи-це-доби-ја-ња-саме-виси-не-основи-це-(нето-основи-ца)-. Поред тога, неопходно је навести да се новим прописима порез на приходе од самосталне делатности предузетника који воде пословне књиге утврђује самоопорезивањем. Изло-же-на-техника-утврђивања-стварно-остваре-ног-прихода-код поменутог пореза објектив-но дово-ди-у пита-ње-прави-лно-плаћање-пореза-код бројних обвезника-. Због изло-же-них-и других-раз-лога-везаних за нова важећа правила у овој материји, по мом мишљењу као прео-вла-ђу-ју-ћи-начин-опоре-зи-ва-ња-само-сталних-делат-но-сти,-и даље ће остати тзв., паушал-но-опоре-зи-ва-ње-. Дакле, у наредном периоду повећава се значај паушалног опорезивања у Србији те је данас актуелно питање испитати његов правни режим.

II. Паушално опорезивање предузетника

Различите су оцене у теорији и пракси о потреби присутности паушалног опорезивања у пракси. По једнима, паушални порески третман би требало не само ређе одобравати, него га, чак, и укинути, јер недовољно захвата економску снагу појединих категорија пореских обвезника. По другима таква решења неће довести до добрих резултата. Прецизније, по њима избегавањем непринципијелних уступака појединим „незгодним“

⁷ Виде-ти:- чл. 39 Зако-на-о поре-зу-на дохо-дак-грађа-на-

категоријама пореских обвезника, паушално опорезивање би могло и даље да служи да се, уз минималне административне трошкове (енг. administrative costs) и трошкове плаћања (енг. compliance costs), захвата пословни резултат најмањих обвезника пореза на приходе од самосталних делатности. Увођење фискалних каса додатно ће олакшати примену прописа о паушалном утврђивању пореске основице, јер оне могу да обезбеде податке на основу којих би се контролисала веродостојност података које порески обвезник – паушалац уноси у пословну књигу о оствареном промету.⁸

У циљу једноставнијег плаћања пореза применом паушалног опорезивања предузетници не воде пословне књиге (осим књигу промета) и не састављају годишњи финансијски извештај. Међутим, они су у обавези да остварене приходе уплаћују на пословни рачун код банке. Такође, у случају ако накнаде за извршене услуге или продате производе приме у готовом новцу, у обавези су да примљени новац уплате најкасније у року од седам дана на рачун код банке. Поред тога, све исплате предузетници су дужни да исплаћују преко рачуна.

Правни- основ за паушално опорезивање- зако-но-да-ва-ц- утврђу-је- на следећи- начин:- „Преду-зет-ник- који- с обзи-ром- на окол-но-сти- није- у стању- да води- послов-не- књиге,- осим послов-не- књиге- о остваре-ном- проме-ту,- или коме-њихо-во- вође-ње- отежа-ва- обавља-ње- делат-но-сти- има право- да подне-се- захтев- да порез- на прихо-де- од само-стал-не- делат-но-сти- плаћа- на пау-шал-но утвр-ђен при-ход“ (чл., 40. ст., 1., Зако-на- о по-резу- на дохо-дак- гра-ђана)-. Према- томе,- обве-зник- који- није- у стању- да плаћа- овај порез- према- ствар-но остваре-ном- дохот-ку,- може- али не мора- да подне-се- захтев- Пореској управи – организационој јединици на чијој је територији регистрован, односно обавља делатност. Ако не подне-се- захтев- мора-ће- да се снађе,- нпр., да неко-га- плаћа- да му води- послов-не- књиге-. Ако обве-зник- захтев- подне-се,- наве-де-ни- поре-ски- орган- цене- да ли су испу-ње-ни- зако-ном- утврђе-ни- усло-ви за пау-шал-но опорезивање,- према- окол-но-сти-ма- конкрет-ног- случа-ја-.

Уредбом- о ближим- услови-ма,- крите-ри-ју-ми-ма- и елемен-ти-ма- за пау-шал-но опорезивање- обве-зни-ка- пореза- на прихо-де- од само-стал-не- делат-но-сти- утврђено је шта захтев за паушално опорезивање треба да садржи.⁹ Најпре, поменута Уредба садржи разлоге због којих предузетник сматра да није у стању да води пословне књиге, односно разлоге који му оне отежавају обављање делатности. Друго, предузетник у захтеву наводи износ укупног промета оствареног у години која претходи години за коју се утврђује

Група аутора, Реформа пореског система (2), оп. цит., стр., 28, 29 и 30.
Виде-ти:- чл. 2. став 2 нав. Уредбе.

порез, односно износ планираног промета када почиње обављање посла. Треће, предузетник у захтеву приказује податке о чињеницама и околностима од значаја за утврђивање висине паушалног прихода.

Захтев за паушално опоре-зи-ва-ње се подноси до 30. новембра текуће године за наредну годину (када обвезник обавља делатност),¹⁰ односно у року од 15 дана од дана уписа у реги-стар надлежног органа, односно у року од 15 дана од дана пријема акта надлежног пореског органа којим се потврђује брисање из евиденције за ПДВ у складу са законом којим се уређује ПДВ. Надлежни порески орган може одобрити или одбити захтев обвезника али је обавезан да о поднетом захтеву одлучи (доношењем решења) у року од 30 дана од дана подношења захтева. Ако то не уради, сматраће се да је захтев за паушално опоре-зи-ва-ње позитивно решен. Предузетник ће порез плаћати паушално све док му надлежни порески орган решењем не утврди да су престали разлози за остваривање тог права, односно да су створени услови за опоре-зи-ва-ње према стварно оствареном приходу. С тим у вези, надлежни порески орган наложиће решењем предузетнику вођење пословних књига од полове текуће године или од почетка наредне године.

Када наведени орган оцени да су испуњени законски услови за паушално опоре-зи-ва-ње, утврдиће обвезнику паушални приход, водећи рачуна следећим критеријумима и елементима:

– Висини просечне месечне зараде по запосленом у Републици, општини, градској општини, односно граду у којем нису формиране градске општине остварене у години која претходи години за коју се утврђује паушални приход;

– месту на коме се радња налази (у центру, на периферији, на селу и сл.);

– број запослених радника; – тржишним условима у којима се делатност обавља (обезбеђење тржиште, посао на „сиц“ и сл.);

– површини локала;

– старости обвезника и његовој радној способности итд.¹¹

На основу утврђења паушалног нето прихода обвезника надлежни орган утврђује паушални порез. Прецизније, висину паушалног прихода утврђује одељење пореске управе општине на чијој територији се налази

Потребно је истаћи, да се захтев за паушално опорезивање до 30 новембра подноси случају да предузетник раније није био паушално опорезован, а жели да то буде наредној години. Према томе, они предузетници који су већ „паушалци“ немају обавезу да у наведеном року подносе нови захтев за паушално опорезивање.

Видети: чл. 41, Закона о порезу на доходак грађана-

седиште радње. Ради спровођења у живот, наведене критерије треба ло је разрадити подзаконским прописима. Наиме, значај паушалног опорезивања, захтевао је потребу да Влада Републике Србије доне сепоменути Уредбу о ближим условима, критеријумима и елементима за паушално опорезивање обвезника пореза на приход од само сталне делатности. Иманентно паушално опорезивање је већа или мањарбитрарност по реског органа приликом утврђивања висине паушалног прихода. Због тога у поменутој Уредби се иде за тим да се пронађу објективни референтни показатељи на основу којих би надлежни порески орган морао да поступи. С тим у вези, чланом 3 Уредбе предузетници су разврстани по критеријумима профитабилности и обима промета, односно према врстама делатностима у седам група.

Полазна основица за утврђивање висине паушалног прихода одређује се у односу на просечну месечну зараду по запосленом остварену у Републици у години која претходи години за коју се утврђује порез (чл.4. Уредбе). У случају да је у граду, односно општини где је седиште радње предузетника просечна месечна зарада по запосленом мања или већа за више од 10% од те зараде остварене у Републици, полазна основица за утврђивање висине паушалног прихода се одређује према просечној месечној заради по запосленом оствареној у граду, односно општини. Разлози равномерности опорезивања су захтевали да се у Уредби предвиде и нека друга могућа одступања од наведеног основног правила. Међутим, полазна основица за утврђивање висине паушалног прихода предузетника, која се одређује на основу просечне зараде града, односно општине не може бити већа од двоструке просечне месечне зараде остварене у Републици

години која претходи години за коју се утврђује порез.

контексту изложеног, изузетно, на делатности из седме групе (ауто-такси, превоз путника комби возилом и минобусом, шлеп служба, превоз посмртних остатака, превоз путника аутобусом, превоз ствари и робе камионом и друге аутопревозничке делатности), не примењује се полазна основица на основу просечне месечне зараде остварене у граду, односно општини.

Пошавши од изложених претходних претпоставки неопходних за утврђивање висине паушалног прихода, за сваку од седам група у Уредби се одређује проценат који ће прецизније представити полазну основицу за утврђивање висине паушалног прихода. Примера ради, аутомеханичари, аутолимањари, аутоелектричари, вулканизери и др., припадају трећој групи обвезника и полазна основица за утврђивање висине паушалног прихода је 75% од наведене месечне просечне зараде запослених у Републици или на други начин одређен Уредбом. Међутим, за друге обвезнике тај

процент може бити већи због њихове претпостављене веће економске снаге. Тако, нпр., златари, каменоресци, пластичари, металостругари, пекари, посластичари и др., припадају четвртој групи те сходно Уредби полазна основица за утврђивање висисине паушалног прихода одређује се у износу од 150%.

Полазне основице утврђене на изложени начин, надаље се умањују односно повећавају у процентима утврђеним Уредбом сукцесивно применом елемената већ цитираног члана 41 Закона. На пример, први елемент захтева да се да се за место на коме се радња налази наведена полазна основица умањује односно повећава у распону од минус 20% до плус 50%.

Увиђајући сложеност и присутну дозу произвољности приликом утврђивања паушалног прихода Влада Републике Србије је наведеном Уредбом обавезала надлежни порески орган да приликом примене и вредновања поменутих елемената висину паушалног прихода одреди и одговарајућом применом методе парификације (упоређења).

Зако-ном- је таксативно утврђе-но- ко не може- пау-шал-но- плаћа-ти- порез-. То се не може- призна-ти- преду-зет-ни-ку:-

– који обавља делатност из области: рачуноводствених, књиговодстве-них и ревизорских послова, послова пореског саветовања, рекламирања

истраживања тржишта;

– који- обавља- делат-ност- из области:- трго-ви-не- на вели-ко- и трго-ви-не- на мало,- хоте-ла- и ресто--рана,- фи-нансиј--ског посре-до-ва-ња- и актив--ности- у вези- с некрет-ни-на-ма;-

– у чију- делат-ност- улажу- и друга- лица;-

– чији- је укупан- промет- у годи-ни- која- претхо-ди- годи-ни- за коју- се утврђу-је- порез,- одно-сно- чији- је плани-ра-ни- промет-када- почи-ње- обавља-ње- делат-но-сти- - већи- од 6.000.000 дина-ра;-

– који- је евидентиран као обве-зник- ПДВ у складу- са зако-ном- којим- се уређу-је- ПДВ.

Изу-зет-но- преду-зет-ни-ку- који- трго-вин-ску- или угости-тељ-ску- делат-ност- обавља- у кио-ску,- прико-ли-ци,- или сличном- монта-жном- или покрет-ном- објекту- може- се на његов- захтев,- одобри-ти- плаћа-ње- овог поре-за- на пау-- шално- утврђен- приход-.

Пореском обвезнику (предузетнику) који је испунио законске услове за паушално опорезивање омогућује се једноставније плаћање пореза. Наиме, он плаћа порез од самосталне делатноси и доприносе за обавезно социјално осигурање по решењу пореског органа. Поред тога, није у обавези да води пословне књиге (ни по систему простог ни по систему двојног књиговодства) и није обвезник ПДВ. С тим у вези, на производе које набавља од обвезника који су у систему ПДВ, обрачунати ПДВ укључује у набавну

цену производа и услуга. Најзад, по рачунима о продаји производа и о извршеним услугама не обрачунава ПДВ.

На основу испитивања правног регулисања пореза на приходе од самосталних делатности у Србији који се плаћа према стварно оствареном приходу, може се приметити у значајној мери његова сложеност, што се јасно манифестовало у пракси хипертрофираном применом паушалног плаћања пореза. Наведено показује, да је овај порез по својој природи у великој мери компликованији од неких других важних пореза који егзистирају у пореском систему Србије. Тако, упоређујући га са порезом на зараде који се плаћа по одбитку (на извору) несумњиво је да је он у великој мери подложнији негативном развоју сиве економије. Наведене тврдње по мом мишљењу јасно потврђују и последње промене прописа у овој материји које су изазвале бурну и запажену дилему у скупштинској расправи, око ширине обухвата предузетника паушалним опорезивањем. По једнима, неопходно је елиминисати из система могућност паушалног опорезивања предузетника који се баве пружањем правних услуга (адвоката), лекара, стоматолога, рачуноводствених, књиговодствених и ревизорских послова, послова пореског саветовања, рекламирања и ис-траживања тржишта. По другима, из наведене листе неопходно је изузети адвокате, лекаре и стоматологе и омогућити им да и даље могу под Законом утврђеним условима користити право на паушално опорезивање. У Скупштини Србије је победило друго мишљење. Тако, су предузетници који се баве пружањем правних услуга (адвокати), лекари и стоматолози и даље задржали привилегију паушалног плаћања пореза. Овим путем дошло је до злоупотребе система паушалног опорезивања. Наиме, најчешће су ове категорије обвезника плаћале порез на основицу која је знатно мања од њиховог стварног прихода. Примера ради, проосечан износ паушално утврђеног дохотка на који адвокати плаћају порез је око 35- 40 хиљада динара месечно, што је у великом броју случајева знатно мање од њиховог стварног дохотка. Стога би из перспективе пореске правичности било оправдано увести обавезу плаћања пореза на стварни приход.¹²

Указујући на слабе стране паушално опорезивања не треба занемарити и одређене позитивне стране овог метода опорезивања. У пореским системима савремених држава паушалном опорезивању некада се приступа у циљу остваривања ван фискалне улоге пореза. Тако, подстицање привредног раста у одређеним случајевима може се постићи применом паушалног

Видети: Саша Ранђеловић, Реформа пореза на доходак грађана у Србији: ефикасност и правичност, Квартални мониторинг, бр.32, 2013., Београд, стр., 65., и Милојко Арсић, Резултати и проблеми у реализацији фискалне консолидације и реформи, оп., цит., стр. 56.

опоре-зи-ва-ње- код одре-ђе-них- привред-них- делат-но-сти-. Имајући у виду да је тешко обухватити сиву економију по Vitoriu Танџи разумно је експло-атисати у пракси оно што је лакше ухватити. Пошто људи који направе велике паре на сивој економији купују куће, луксузне аутомобиле и сличне вредности он се залаже за значајну примену пореза на имовину. То залагање он образлаже речима: „Порезник дође код вас и каже: Нисте пријавили никакав порез (приход), али живите у дивној кући, возите мерцедес. На бази тога што видим, ја закључујем (претпостављам) да је ваш приход бар толико и толико.“ По њему, ова врста пореза је врло важна у периоду тран-зиције те је неопходно применити наједноставније опорезивање.¹³ Дакле, као што се може приметити у овом случају сложена стварност захтева, да се у циљу остварења праведности опорезивања примени паушални метод опорезивања.

III Закључак

Потреба плаћања пореза према економској снази наилази у пракси на искушење код пореза на доходак грађана, посебно у случају оптерећења самосталних делатности. Наиме, примарно настојање српског законодавца да код цедуларног пореза на приходе од самосталне делатности утврђује порез према стварно оствареном доходу, збо сложености примене, бројности пореских обвезника неједнаке економске снаге доводи законодавца у искушење значајне примене тзв. паушалног опорезивања. Међутим, овде се појављује тешкоће прописивања висине промета предузетника, као лимитативног опсега паушалног опорезивања и одређивања делатности које треба опорезовати паушално а које не, имајући при том релевантан критериј везан за плаћање пореза према економској снази.

У контексту изложеног, по мом мишљењу, важећим прописима недовољно је рационализован концепт паушалног опорезивања у Србији. Тако, новим променама Закона о порезу на доходак грађана, непотребно је увећана висина промета која омогућује паушално опорезивање (за чак од 100% - са 3.000.000 на 6.000.000 динара). Наведеним променама поменутог Закона су учвршћени капацитети паушалног опорезивања, који ће утицати неоправдано на његову широку заступљеност у пракси и вероватно повећати неправично опорезивање. Поред тога, недовољно је убедљива диференцијација делатности подложних односно неподложних паушалном плаћању утврђена позитивним правом. Конкретније говорећи, по мом мишљењу, нејасно је, зашто се паушално опорезивање не

¹³ Видети: Vitorio Tanci, НИИ, Београд, од 14.07. 1995., стр.51.

може признати предузетнику који обавља делатност из области пореског саветовања, рекламирања и истраживања тржишта а могу адвокатима, лекарима, стоматолозима, апотекарима, ветеринарима и др., Поменута решења у одређеним случајевима у пракси довешће до правих апсурда. Тако нпр. у случају када адвокат пружа правну помоћ кориснику услуге у области пореског саветовања, остварени приход се може опорезовати паушално. Међугим, то није могуће када се опорезује порески саветодавац који обавља исту делатност.

Zoran Isailovic, LL.D
Full professor

FLAT TAX IN THE INCOME TAXATION POLICY IN SERBIA

Summary

The Self-Employment tax in Serbia, according to the author, is one of the weakest links within the income taxation system. The main reason for this is that, as the tax authorities show inability to optimally tax the tax debtors according to the income, flat taxation is becoming increasingly used, which causes many negative effects in practice. According to the author the reason for this is that with the current Personal Income Tax Law are not built enough relevant criteria on which entities should be subjects to the flat tax. Such lawmaker lapses in practice led to *Professional Privi-lege Tax* of certain professions such as lawyers, doctors and dentists. In other words, these professions in certain legal cases pay *Capitation Tax* and they are allowed to (in relation to their economic power) pay lower taxes than other entrepreneurs who don't have such a possibility.

Др Љубомир Митровић, редовни професор
Мр Славка Митровић, Пољопривредни
факултет Приштина-Лешак

СУБВЕНЦИЈЕ И ЊИХОВ УТИЦАЈ НА **ПОЉОПРИВРЕДНУ** **ПРОИЗВОДЊУ У СРБИЈИ**

Апстракт: У раду се разматрају субвенције и њихов утицај на пољопривредну производњу у Србији. Анализа у раду је показала да су субвенције у пољопривреди биле недовољне, како по нивоу тако и по структури. Аутори указују да без обзира на природне предности које има српска пољопривреда, ипак она због недовољних субвенција не може остварити високу продуктивност и губи конкурентну способност на светском тржишту. Такође, аутори константују да је наша компаративна предност у пољопривреди, да можемо да произведемо здраву храну како за властите потребе тако и за извоз, а за то су потребна значајна финансијска средства која би субвенционисала пољопривредну производњу. Циљ рада је био да се сагледају подстицаји (премије, регреси, подстицаји за про-изводњу и подршка неконвенционалним газдинствима) и укаже на њихов још увек низак ниво у исплати пољопривредним произвођачима, како за испоручене пољопривредне производе, тако и за купљену количину инпута неопходних за пољопривредну производњу. Посебно се инсистирало у раду на јачању подстицаја за производњу и подршку некомерцијалним пољопривредним газдинствима.

Кључне речи: субвенције (премије, регреси, подстицаји за производњу, подршка некомерцијалним пољопривредним газдинствима), пољопривредна газдинства, компензације, ратарска и повртарска производња, приплодна стока, камате на кредите.

1. Увод

Данас се српска привреда и друштво у целини налазе у тешкој економској ситуацији. Велики пад индустријске производње битно се одразио и на пољопривредну производњу, обзиром да индустрија као вукућа грана привреде није у стању да створи такав амбијент који би омогућио да друштво односно држава помаже своју пољопривреду разним субвенцијама. Истина је, да и у времену када је индустрија бележила високе стопе раста, такође су биле ниске субвенције. Као разлог таквом стању преовладало је мишљење да је то „расипање новца“ који би се на другом месту боље користио. Нема сумње, да улога и значај субвенција у пољопривреди није озбиљно односно суштински схваћен у нашем друштву. Наиме, није се у целости схватило да то тренутно издвајање средстава ће се касније

показати вишеструко корисним. Са субвенцијама ће се омогућити стабилизација и повећање продуктивности рада, односно производње као и изменити производна структура.

Иако се српско друштво определило за тржишни концепт привређи-вања, ипак треба имати у виду специфичности пољопривреде као привред-не делатности. Заправо, аграрна економска политика мора да буде тако концепирана, да пољопривреда не може бити у равноправном положају са осталим привредним областима. Дакле, да би српска пољопривреда остварила већу производњу и конкурентност потребна је помоћ државе, чиме ће се и отклонити њене специфичности. Уколико се из аграрног буџета не издвоје значајна средства за субвенције, пољопривреда ће и даље заостајати.

Треба истаћи, да су у развијеним тржишним економијама субвенције омогућиле довољно количине хране како за сопствене потребе тако и за извоз. Субвенције у пољопривреди, омогућиле су у овим земљама не само корист у пољопривреди, већ користи су имали сви у друштву. Очито да није било њих, не би било и национално коришћење фактора производње. У том контексту намера аутора у овом раду је да сагледају субвенције и њихов утицај на пољопривредну производњу. Затим, да укажемо на непосредне подстицаје у пољопривреди као и на њихов обим, јер без већих субвенција за пољопривреду нема повећања пољопривредне производње и конкурентности, а самим тим и извоза.

2. Субвенције и њихов утицај на пољопривредну производњу

Субвенције можемо дефинисати као средства која држава (преко аграрног буџета) издваја ради побољшања економског положаја пољопривредних произвођача. Другим речима, субвенције врше подстицаје пољопривредне производње, са циљем да се смање трошкови производње и повећа доходак пољопривредних произвођача.

Чињеница је да високо развијене земље тржишне економије помажу своју пољопривреду разним субвенцијама.¹ Субвенције утичу на цену пољопривредних производа, тако да су оне ниже него код земаља које дају малу подршку пољопривреди односно аграру. У том контексту можемо поменути нашу земљу.

Облик као и обим субвенција су условљени специфичним потребама аграрног сектора, као и обележјима појединих подручја. Свакако да подручја са отежаним условима изискују значајнији ниво субвенција у односу на повољнија подручја. Са становишта

територијалне обухватности субвенције могу бити: регионалне, националне и међу-народне субвенције.

Наиме, без обзира на природне предности које има наша пољопривреда ипак она због недовољних субвенција губи конкурентску способност на светском тржишту. Заправо, све оно што поседујемо као природни дар, наша пољопривреда губи због недовољне подршке од стране наше државе као и због постојања неефикасног тржишног окружења.²

Иако се на просторима Србије тежило да се преко развијене индустрије развије и пољопривреда, ипак и резултати индустријске производње као што смо већ констатовали нису на завидном нивоу. Дакле, ишло се на то, да основни услов за развој наше пољопривреде, буде високо развијена индустрија. То је разумљиво јер у свету не постоји држава где је развијена пољопривреда а неразвијена индустрија.

Нема сумње, да се српска привреда а посебно индустрија као вукућа грана привреде налази у тешкој економској ситуацији, то је разумљиво што недостају адекватна средства за аграрни буџет из кога би се вршило финансирање субвенција. Имајући у виду тренутно стање у коме се налази и пољопривреда, то да би остварила позитивне резултате потребно је стабилизovati и повећати производњу, да се у позитивном смислу промени производна структура, потребна је дакле, помоћ од стране друштва односно државе. У противном, она ће и даље заостајати.

Већ смо констатовали да је наша компаративна предност да можемо да производимо здраву храну. Зато наша аграрна политика мора да буде конципирана на обезбеђењу обиља хране. Наравно, за то су потребна значајна финансијска средства која би субвенционисала пољопривредну производњу. Дакле, циљ субвенционисања пољопривреде је да се обезбеди довољна количина хране како за подмирење властитих потреба тако и за извоз.

Захваљујући пољопривредним субвенцијама омогућено је боље коришћење природних ресурса. Заправо субвенцијама се не стимулише само раст пољопривредне производње, већ од њих има корист цело друштво, јер да није било њих у развијеним тржишним економијама не би било рационално коришћење фактора производње, а што би било штета не само за пољопривреду већ за цело друштво.³

Пољопривредници у ЕУ су заштићени увођењем превелмана на увоз, који омогућава да увозни производи буду скупљи од одговарајућих домаћих производа. Истовремено, заједница стимулише извоз својих аграрних производа путем система субвенција на извоз, што производе ЕУ чини конкурентнијим на светском тржишту. Види: Вујачић, М., Јовановић, П., Ристић, Л., Туризам и агробизнис, Универзитет у Новом Пазару, 2008, стр.211.

Данас државе чланице ЕУ примењују различите облике подршке и интервенције у области пољопривредне политике и то: контрола тржишта; исплате директног

У наставку говорићемо о врстама односно групама субвенција. Наиме, условно, могу се издвојити две групе субвенција и то:

1) Субвенције којима се непосредно утиче на усклађивање понуде и доходак пољопривредних произвођача (премије, директни подстицаји-плаћања, извозне премије и компензације).

2) Субвенције које смањују трошкове пољопривредне производње и унапређују економски положај пољопривреде (регреси, регреси-рање камата на кредите, субвенционисање различитих фискалних и социјалних обавеза пољопривредних произвођача, ослобађање или олакшице при плаћању пореза, доприноса, такси и других дажбина, такође доприносе унапређењу економског положаја пољопривредних произвођача.

Према Закону о пољопривреди и руралном развоју⁴ непосредни под-стицају обухватају:

а) премије;

б) регресе;

в) подстицаје за производњу; г) подршку некомерцијалним пољопривредним газдинствима.

а) Премије

Премије представљају новчана средства за подршку пољопривредних произвођача од стране државе за одређене испоручене пољопривредне производе, чије цене нису атрактивне односно довољно високе, као и да не обезбеђују произвођачима одговарајући (задовољавајући доходак). Имајући у виду ту чињеницу произвођачи дакле, нису заинтересовани да се баве овом производњом. Међутим, како постоји друштвени интерес, јер се ради о кључним, стратешким производима (пшеница, млеко, месо, вуна и др.), држава исплаћује премије пољопривредним произвођачима за надокнаду дохотка за испоручене производе.

Када говоримо о премијама у Србији, онда треба истаћи да се оне користе од 1958. године. Њихов циљ је био и остао да се повећа производња

доходка; плаћање у случају дефицита; променљиви превелмани на увозну робу и остале политике. У оквиру последње (остале политике) обухватају субвенције за извоз, инвестиције односно истраживање и развој. Треба истаћи да државно субвенционисање европских пољопривредника износи око 36% вредности остварене у сектору пољопривреде а што је у поређењу са САД 2 пута више.

Види члан 10 Закона о пољопривреди и руралном развоју, Службени гласник РС, бр.41/2009

и квалитет производа.⁵ Иначе, премије су исплаћиване за откуп разних производа у појединим периодима. Наиме, у питању су следећи производи: пшеница, млеко, соја, вуна и др.

Од конституисања аграрног буџета односно од 1994. године па до 1997. године исплаћене су само премије за млеко. Такође, из структуре аграрног буџета уназад неколико година може се приметити да је високо учешће за премирање производње млека⁶, што наводи на закључак да је развој сточарства, пре свега, говедарства и овчарства имало за циљ пораст продуктивности и конкурентности као основни приоритет у реструктурирању примарне пољопривредне производње. Илустрације ради само у 2000 и 2001. години око половине аграрног буџета је била намењена овој мери. Имајући у виду да је још увек ниска конкурентност домаћег сточарства, слаб квалитет грла и ниска млечност у односу на земље у окружењу, то неопходно је и даље премирање производња млека. Ефекти даљег премирања неће се само одразити на пораст економичности и квалитет производа, већ јачање робне производње, тиме што се исплатом премија преко млекара смањује учешће зелених сељачких пијаца укупне продаје млека и млечних прерађевина. У табели 1. дат је преглед премија за млеко у Србији за период од 2000 до 2010. године. Треба истаћи да су се у нашој земљи исплаћивале селективне премије за млеко, различито одређене за равничарска и брдско - планинска подручја (преко 400 м надморске висине) до 2009. године, а након тога износи премија су изједначени (види табелу 1).

Земље развијене тржишне економије премије користе и за повећање тржишности. Наиме, посебан облик премија у тржишним економијама представљају извозне премије које су намењене за повећање конкурентности, а самим тим и повећање извоза. Држава уназад неколико година, годишње је за премије за млеко издвајала око 3,3 милијарди динара, што је убедљиво највећа помоћ коју добија један део наше пољопривреде. Међутим, правих ефеката још нема, пошто новац уместо сељацима одлази прерађивачима, односно млекарима за онолико колико држава премира млека, за толико млекара смањује откупну цену и све се врти у круг. Истина је да се црно тржиште млека се више сузбија али оно и даље годишње „прогута“ 40% ове намирнице, што значи да оно откупи 250 милиона литара млека. Уз то, незадовољни сељаци више од 100 милиона литара млека годишње потроше за исхрану стоке, дају прасадима, јер им је то јефтиније него да купују скупу сточну храну. Излаз из наведене ситуације би било да држава премије за млеко усмери директно произвођачима млека. Међутим, овде се намеће крупан проблем а то је да сви произвођачи млека (778000 газдинстава) немају право на премије. Наиме, само регистрована газдинства имају право на премије а њих у овом тренутку има преко 180000 (а нерегистрованих 600000 домаћинстава). Дакле, већи део произвођача не може да надокнади разлику у производњи. Отуда и да крајњи цех плаћа потрошач кроз вишу цену млека у прерађевинама. У таквом односу државе, треба тражити и узроке зашто је у Србији 40000 стаја за тов стоке тј. говеда празно.

Табела 1. – Премије за млеко у Србији, у периоду 2000-2009. године

Година	равничарско подручје (дин/л)	брдско-планинско подручје (дин/л)
2000	1,1	1,1
2001	3,6	4,0
2002	4,0	4,4
2003	4,0	4,4
2004	4,0	4,4
2005	3,8	4,5
2006	3,0	4,0
2007	2,0	3,0
2008	1,0	2,0
2009	1,4	1,4
2010	1,5	1,5

Извор: Уредбе о премијама за млеко, за одговарајуће године.

Исто тако, у појединим годинама (1997-2009) уведене су премије по кг за поједине биљне, односно индустријске културе. То се односи на шећерну репу, соју и сунцокрет, дуван, хмељ, уљану тикву, уљану репицу. У 2002. и 2003. години дошло је до промене тиме што су уведени директни подстицаји производњи везаних за површине и остварену продуктивност, уместо ранијих плаћања везаних за аутопуте, односно јединице финалних производа. Тако су премије за меркантилну пшеницу (2004), као и субвенционисање производње и складиштења (2005, 2006), усмерене на подстицање производње, складиштења

трговине пшеницом, као и стабилизацију тржишта пшенице у време жетве. Треба истаћи, да је за ускладиштену пшеницу исплаћивана премија од 1 дин/кг, а за продате количине још и додатних 0,5 дин/кг. Такође, у 2005. години исплаћивана су средства од 5000 дин/ха површине засејане пшеницом и 750 дин/тони ускладиштене пшенице у овлашћеном складишту. То је исто важило

за 2006. годину.

б) Регреси

Регреси представљају новчане износе које исплаћује држава на име купљених количина инпута неопходних за пољопривредну производњу. Они су намењени за гориво, ђубриво, сортно семе, пољопривредну механизацију, трошкове ускладиштења усева, плодова и животиња и друго.

Када је реч о висини регреса онда треба истаћи да се утврђује по јединици купљеног производа а исплаћује се директно произвођачима инпута или организацијама које се баве производњом и прометом ових производа, смањењем цена њихових производа за висину регреса. Суштина регресирања

је заправо, у томе да се пољопривредним произвођачима смање трошкови производње и омогући да купују средства за производњу а која због ниског дохода не би била у могућности да набаве. Дакле, регреси представљају накнаду дела трошкова производње са циљем да се оствари већи обим про-изводње и побољшања квалитета производа.

Уколико би сагледали ретроспективу исплате регреса у пољопривреди Србије можемо констатовати, да су у послератном периоду дуго исплаћивани регреси за набавку, пре свега, средства пољопривредне механизације, вештачких (минералних) ђубрива, сортног семена, горива и сл. Исто тако, уколико би анализирали период прве половине осамдесетих година, можемо констатовати да је регресирана набавка следећих производа: семенске пшенице, кукуруза, сунцокрета и јунади за тов. Извори средстава за набавку свих средстава су била из савезног и републичког буџета или комбиновано.

Са конституисањем аграрног буџета Србије (1994. године) регреси се исплаћују за куповину приплодне стоке: јунице, бикови код произвођача и у центрима за вештачко осемењавање.

Табела 2. – Регреси у пољопривреди Србије у периоду 2000-2009. године

Година	Приплодне јунице	Бикови код произвођача	Бикови у центрима вештачкосемењавања	Приплодне козове	Приплодни новнији рачеви	Крмаче	Нерастови	Пчелињаци/руштва	Пчелиње матице	Регрес ратарско-повртарску (диг/га)
2000	□ 1500	□ 2000	3500	-	-	-	-	-	-	-
2001	□ 5000	□ 7000	7000	□ 500	1000	-	-	-	-	-
2002	□ 5500	□ 7000	8000	□ 600	1000	-	-	-	-	-
2003	□ 5500	□ 7000	8000	□ 600	1000	-	-	-	-	-
2004	11000	15000	-	□ 600	1000	-	-	3500	-	-
2005	11000	15000	-	□ 600	1000	-	-	-	200	-
2006	11000	15000	-	□ 600	1000				200	
2007	12000	15000	-	2000	2000	1600	1600	-	400	□ 8000
2008	12000	15000	-	2500	2500	2000	2000		400	10000
2009			-							12000
2010			-							14000

Извор: Уредбе о регресима за пољопривреду стоку и регресима за ратарско-повртарску

производњу, за одговарајуће године. Преузето: Божић Д., Богданов Н., Шеварлић М., Економика пољопривреде, Пољопривредни факултет, Београд, стр. 301, 2011.

Из табеле 2. уочавамо да се од 2001. године исплаћују регреси и за приплодне овце и овнове. Такође, од 2004. године уводе се регреси за пчелиња друштва као и пчелиње матице од 2005. године, а од 2007. године се исплаћују за крмаче, нерастови и за ратарску и повртарску производњу (дин/ха).

Регресирање ђубрива и горива је такође било. Поступак регресирања ових производа углавном је обављен путем издавања бонова, а од 2004. године регреси исплаћивани су кроз надокнаду (рефундирање) дела трошкова за купљено ђубиво. Што се тиче регресирања ратарске и повртарске производње оно обухвата регресе за ђубриво, гориво и декларисано семе по хектару засејане површине.

Као што смо већ истакли право на регрес имају само регистрована пољопривредна газдинства (да је пољопривредник уписан у Регистар пољопривредних газдинстава). Поред тога, потребно је да пољопривредник поседује од 0,5 до 100 ха површине намењене за ратарско-пољопривредну производњу као и да поседује фискални рачун за остварену набавку инпута. Поред наведених услова од 2009. године потребно је да поседује доказе, да је пољопривредни произвођач осигураник односно да плаћа порезе и доприносе за пензијско и инвалидско осигурање.

Регресирање омогућава подстицање продуктивности и конкурентности пољопривредне производње.⁷ Применом агротехничких мера (као што су веће коришћење минералних ђубрива и декларисаног семена и друго) путем регресирања пољопривредне производње омогућава повећање обима и квалитета који остварује произвођач, а који су резултат смањења променљивих односно варијабилних трошкова, а самим тим и цене коштања пољопривредних производа. Наравно, ова мера нема директан утицај на прерађиваче пољопривредних производа као и на трговце. Уколико би посматрали положај потрошача са становишта регресирања инпута, онда треба истаћи да оно значи добит као последица нижих цена. Међутим, како су цене ратарско-повртарских култура под утицајем цена из окружења, то свакако се не могу очекивати неки значајнији резултати у погледу смањења цена готових производа. Регреси обухватају и премије за осигурање животиња, усева и плодова. Са овим обликом регресирања отпочело се од 2007. године. Регресирање премија за осигурање животиња, усева и плодова има за циљ смањење ризика од града, пожара, удара громава, поплава, олуја, мраза и сл.

Државна подршка односно субвенционисање у делу који се односи на побољшање расног састава, односно, набавке квалитетних приплодних грла би могло позитивно деловати на главни проблем који имамо у свињогојству, а то је ниска продуктивност, код нас се наине, 18 прасића по крмачи годишње рачуна као добар резултат, а у земљама са развијеном пољопривредом, свака производња са мање од 24 прасета по крмачи, сматра се нерентабилном. Види: Дневни лист "Новости" – фармери се надају помоћи државе, 27. фебруар, стр. 26, 2012.

Као што је случај у развијеним тржишним привредама, да је развијен посебан облик регреса познат као регресирање камата на кредите, исто тако, овај облик регреса присутан је и у Србији, додуше у почетку се повремено примењивао, да би од 2008. године поново био уведен, а све у циљу побољшања кредитирања пољопривреде односно у циљу осигурања краткорочних и дугорочних кредита пољопривредним произвођачима под повољнијим условима, што ће рећи нижим каматним стопама.

в) Подстицаји за производњу

Као трећи непосредни подстицаји су подстицаји за производњу. На-име, према Закону о пољопривреди и руралном развоју, подстицаји за производњу, су новчана средства која се исплаћују по јединици мере (ха) за засејан усев, односно уматичена грла стоке одговарајуће врсте.

Из табеле 2. евидентно је да је доминантно субвенционисање од 2007. године код ратарске и повртарске производње. Поред овог облика субвенционисања као значајни облици субвенционисања су: подстицаји за тов јунади (од 2007. године и ова мера позната је под називом "90 евра по бику"); подстицај генетског унапређења млечног говедарства (уведена 2008. године позната под називом "70 евра по уматиченој крави"); подстицај генетског унапређења сточарства; подстицај за набавке ројева пчела и квалитетних приплодних матица (уведен је од 2010. године).

г) Подршка некомерцијалним пољопривредним газдинствима

Законом о пољопривреди и руралном развоју као четврти непосредни подстицај у пољопривреди је подршка некомерцијалним пољопривредним газдинствима. Овај подстицај чини новчана средства намењена пољопривредницима којима је једини приход који остварују од обављене пољопривредне производње. Треба истаћи да су ова газдинства уписана у Регистар пољопривредних газдинства као некомерцијална пољопривредна газдинства. Иначе, подршка некомерцијалним газдинствима је уведена од 2006. године, а све са циљем да се оствари један од социјалних циљева који је садржан у Стратегији развоја пољопривреде као и у Закону о пољопривреди и руралном развоју. Треба рећи да се ова подршка исплаћивала по члану старијем од 55 година, а који не остварују права на друге видове подршке и има својство осигураника (и то са најмање 10 година стажа) у Републичком фонду (ПИО). Уписом у регистар пољопривредних газдинстава пољопривредници стичу право на овај облик субвенционисања. Увођењем овог облика подстицаја издвојена су значајна средства из аграрног буџета. Такође, знатна средства су

издвојена и у 2008. години да би у наредним годинама дошло до изостајања овог облика подстицаја пољопривредним произвођачима.

На крају треба нагласити да су компензације као облик субвенција такође исплаћиване прерађивачима. Исплата компензација је вршена одређеним субјектима (пекарима, шећеранама, уљарама и другима) од стране државе. То је условило да произвођачи ових производа (готових) реализују на тржишту по нижим ценама, чиме се остваривала заштита стандарда потрошача.

Литература

Закон о пољопривреди и руралном развоју, Службени гласник РС, бр. 41/2009.

Уредбе о премијама за млеко за период од 2000 до 2010. године.

Деветаковић, С., и други, Национална економија, Економски факултет, Београд 2006.

Бекић, С., Економика пољопривреде, Економски факултет, Ниш, 2006.

Божих, Д., и други, Аграрни буџет у функцији развоја пољопривреде Србије, Симпозијум агроекономиста, Пољопривреда и рурални развој у Европским интеграцијама, Пољопривредни факултет, Београд, 2005.

Закић, З., Станковић, Ж., Економика аграра, Економски факултет, Београд, 2008.

Божих, Д., и други, Економика пољопривреде, Пољопривредни факултет, Београд, 2011.

Јововић, Д., Цветановић, С., Економске интеграције и Европска унија, Еко-номски факултет, Приштина, 2010.

Dr Ljubomir Mitrović, LL.D
Full professor
Mr Slavka Mitrović, LL.M
Faculty of Agriculture Priština-Lešak

SUBSIDIES AND THEIR IMPACT ON AGRICULTURE PRODUCTION IN SERBIA

Summary

This paper discusses the subsidies and their impact on agricultural production in Serbia. The analysis in this paper has shown that subsidies to agriculture were insufficient, both in level and in structure. The authors point out that regardless of the natural benefits of the Serbian agriculture, yet she can not because of the lack of subsidies to achieve high productivity and get the competitive ability in the global

market. Also, the authors concludes that it our comparative advantage in agriculture, we can produce healthy food for our own needs and for export, and for that they need substantial financial resources to subsidize agricultural production .

The aim of this study was to review the incentives (premiums, reimbursements, incentives for the production and support of non-conventional farms) and point out the still low level of pay farmers, both supplied agricultural products, and the quantity purchased inputs necessary for agricultural production. In particular, the paper insisted on strengthening the incentives for production and non-commercial farms.

Мр Сузана Димић, асистент

ОПШТИ ОСВРТ НА НЕГАТИВНО ОПОРЕЗИВАЊЕ ДОХОТКА

Апстракт: Бројне идеје о увођењу негативног опорезивања обогатиле су теорију јавних финансија од средине прошлог века до данашњих дана. Међутим, негативног пореза као посебног модела опорезивања дохотка физичких лица нема у постојећим пореским системима. На садашњој степенаци развоја пореских структура може се говорити само о постојању неких елемената негативног опорезивања кроз различите облике социјалних трансфера. Да ли ће се изградња пореских система кретати у правцу интеграције пореза на доходак и социјалних трансфера у облику негативног пореза, показаће време.

Кључне речи: *порез на доходак, социјални трансфери, негативни порез.*

УВОД

Порез на доходак физичких лица представља један од најважнијих пореза у савременим земљама, без чијег постојања се не може замислити порески систем. Тако значајно место у пореском систему овај порез дугује својој особини да се ради о веома издашном порезу. Уз порез на промет (одн. уз његов најчешће присутан облик - порез на додату вредност - ПДВ), порез на доходак има највеће учешће у пореским и јавним приходима савремених држава. Поред фискалног значаја, порез на доходак је показао и своју социјалну црту, те се традиционално сматра праведним порезом.

Савремени порески системи обилују различитим моделима пореза на доходак. Традиционално се разликују синтетички, цедуларни и мешовити систем пореза на доходак физичких лица. У новије време направљен је помак ка новим приступима у опорезивању дохотка, познатим у теорији под називом алтернативни (дуални, *flat tax* и негативни порез).

Теорија је богата бројним идејама о увођењу негативног опорезивања, почев од средине прошлог века па до данашњих дана. Међутим, негативног пореза као посебног модела опорезивања дохотка физичких лица нема у постојећим пореским системима. Елементи негативног опорезивања, присутни у свим савременим државама, реализују се кроз разне облике социјалних трансфера. Бројни системи социјалне помоћи која се пружа угроженим појединцима и породицама су тековина са-времене државе и представљају незаобилазну ставку у буџетима свих држава. Идеја о негативном порезу на доходак представља покушај да

се повежу ова два фискална инструмента, на једној страни социјални трансфери као билансно значајни јавни расходи, а на другој страни порез на доходак као један од најпогоднијих пореских облика за остваривање социјалних циљева.

ПОРЕЗ НА ДОХОДАК ФИЗИЧКИХ ЛИЦА У САВРЕМЕНИМ ПОРЕСКИМ СИСТЕМИМА

Порез на доходак физичких лица, један од главних стубова савремених пореских система, имао је занимљиву историју настанка док се није усталио у примени. Уведен од стране енглеског министра финансија William Pitt-a 1798.год. у циљу прикупљања средстава за потребе рата са Наполеоном, овај порез је био омражен. Више пута увођен, у зависности од ратних прилика и укидан, нпр.у време склапања мира са Наполеоном, енглески порез на доходак се усталио тек након увођења 1853.год., мада на одређено време - период од 7 година. Неопходна средства за ратна и слична дешавања (нпр.кримски рат, велика побуна у Индији), условила су његов останак у енглеском буџету. За разлику од савременог пореског система, да би се примењивао, чак и оних година када је уведен, било је потребно да га енглески парламент сваке године посебно одобри. Са аспекта савременог пореза на доходак интересантан је податак да је енглески порез на доходак подразумевао изузимање одређеног износа дохотка од опорезивања. Поред тога, како је овај порез имао пет разреда (јер се посебно плаћао порез на поједине дохотке, нпр.на приходе од власништва над земљиштем и кућом, од државних папира, трговачки и други доходак, доходак јавних и државних чиновника, доходак закуподавца), представља претечу цедуларног опорезивања дохотка. Постојало је пет врста пореза, који су се разликовали како по начину на који се доходак одређује, тако и по контроли која се спроводи.¹ За разлику од енглеског пореза на доходак, пруска доходарина из 1891.год. представља својеврсну претечу синтетичког опорезивања, јер се плаћала од свих доходака узетих као једна целина. Свеукупни доходак који је био испод одређеног прописаног износа није подлегао опорезивању.²

Место и улога пореза на доходак физичких лица у пореским системима савремених држава може се сагледати кроз велики фискални значај и његову улогу погодног инструмента за остваривање социјалних циљева.

Детаљније о историјату енглеског пореза на доходак видети: Stjepan Radić, „Današnja finansijska znanost“, Zagreb, 1908, стр.25-31,
О пруској доходарини видети детаљније: *ibid*, стр.31-34

Настао као ванредни порез у циљу обезбеђивања додатних средстава за финансирање ванредних расхода државе, порез на доходак се задржао постао редовни порез, због своје издашности. У даљем периоду развоја (дугом преко једног века), нарочито 60-тих година прошлог века порез на доходак добија на значају, његово учешће у пореским приходима расте заузима доминантно место у пореским структурама већине земаља. Међутим, након овог периода, у складу са преовлађујућом економијом понуде, долази до смањења учешћа пореза на доходак, у односу на остале приходе, нарочито у односу на порез на промет губи своју доминанту улогу. Узроке за кризу капиталистичке привреде економска теорија види на страни понуде, а не на страни тражње, као Кејнз и његови следбеници. заговорници економије понуде се залажу за смањење пореза, чиме би се стимулисао радни напор и инвестиције и тиме утицало на оживљавање привреде.³ Високе пореске стопе утичу на штедњу и инвестиције, отуда долази до смањења учешћа пореза на доходак физичких лица у укупним приходима. Данас је овај порез, поред пореза на додату вредност (ПДВ-а), најважнији порески облик и заузима значајно место у пореској структури, по својој издашности.

За разлику од неких других пореза (нпр. пореза на потрошњу, где доминира ПДВ), постоје различити модели пореза на доходак физичких лица у савременим пореским системима, од традиционалних (синтетич-ки, цедуларни и мешовити систем), до појаве нових, тзв. алтернативних начина опорезивања дохотка физичких лица (дуални, *flat tax* и негативни порез (енгл. *negative income tax*)).

негативном опорезивању као посебном моделу опорезивања дохотка физичких лица не може се говорити, бар не на овој степеници развоја пореских система. Бројни аутори указују на могућност повезивања пореза на доходак и социјалних трансфера у облику негативног пореза. Да ли ће се изградња пореских система кретати у правцу интеграције ова два фискална инструмента, показаће време. О неким облицима негативног опорезивања, свакако, се може говорити, јер се не може замислити савремена држава без своје социјалне компоненте.

Једна од важних тековина у развоју државе и права је управо улога државе у остваривању социјалне правде и социјалне сигурности. Савремена држава, као социјална држава, има задатак да становништву обезбеди задовољавајући ниво егзистенције и достојанства. У ту сврху коришћени различити системи социјалне помоћи односе немала средства из буџета.

Вид. детаљније: Зоран Исаиловић, *Оправдање, улога и значај пореза у савременим државама, Правни живот* 11/2007, стр.972

Због нарастајућих социјалних проблема у свету, као што су сиромаштво, незапосленост, социјална раслојеност и сл, последњих година се све већи значај придаје социјалној политици. Поред социјалних давања, која, свакако, имају суштинску улогу у остваривању социјалних циљева, традиционална теорија јавних финансија порезима даје одређени значај у социјалном домену, јер се као један од циљева опорезивања дефинише и социјални циљ. Првобитна идеја теоретичара о социјалној циљу опорезивања, одн.о тзв. редистрибутивној функцији пореза, залагала се за потпуно отклањање неправедности које су настале у примарној расподели богатства (деловањем тржишних закона). Временом напуштена радикална идеја о изједначавању богатих и сиромашних путем опорезивања, данас социјални циљ опорезивања своди на осигурање људског достојанства кроз обезбеђивање минимума социјалног стандарда становништва. У савременим условима улога социјалне државе у свим областима, па и у домену јавних финансија, је усмерена само на ублажавање, али не и на укидање социјалне неједнакости. Социјална држава не тежи асполутној социјалној једнакости ни егалитаризму у имовинским односима.⁴ Редистрибутивна улога пореза на доходак физичких лица постиже се прописивањем одбитка од пореске основице. Тај неопорезиви износ представља минимум пот-ребан за преживљавање, тзв.егзистенцијални минимум. Од дохотка који подлеже опорезивању одбија⁵ се онај износ прихода пореског обвезника који је неопходан за подмиривање његових не само физиолошких, већ и културно-социолошких потреба. Висина егзистенцијалног минимума, свакако, зависи од степена привредног развитка државе у којој порески обвезник живи, јер се просечни животни стандард разликује од државе до државе. Та разлика је посебно уочљива између развијених земаља и осталих земаља (нарочито земаља у развоју). Поред тога, законодавства савремених држава прописују и ослобођења на име издржаваних чланова породице (деце и осталих чланова породице). Стандарди одбици на име издржаваних чланова породице имају демографски значај. Њихов циљ није да пенализију лица која нису у породици и не издржавају чланове породице, нити да порески обвезници који издржавају чланове породице

Olivera Lončarić-Horvat, *Socijalna država i posredni porezi*, Rev.soc.polit.god.II, br.2, Zagreb 1995, стр.115

У појединим државама се примењују различити механизми за пружање стандардног одбитка. Поред одбијања од дохотка за опорезивање користе се: порески кредит и тзв.нулта зона (када се у најнижој транши пореске прогресије примењује нулта сто-па) (вид.: Дејан Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Open Society Inaritude Constitutional and Legislative Policy Institute, Budapest и Савремена администрација, Београд, 1997,стр.535).

уживају повољнији порески третман, него уважавање објективне чињенице која се састоји у смањењу економске, а самим тим и пореске способности.⁶

Друга важна компонента социјалне димензије пореза на доходак је праведно опорезивање. Теорија јавних финансија посебан значај даје принципу правичности код опорезивања, који се остварује кроз два облика: принцип да сва лица морају да плаћају порез (принцип општости) и принцип да се порез плаћа према економској снази (принцип равномерности). Разликује се хоризонтална и вертикална правичност. Хоризонтална правичност подразумева да сва лица са истом економском снагом треба да плате исти порез. Вертикална правичност захтева да лица са већом економском снагом треба да плате већи порез од лица са мањом економском снагом. Поставља се питање како то постићи: применом пропорционалне или прогресивне пореске стопе. Дилема да ли је правичније прогресивно или пропорционално опорезивање траје веома дуго у финансијској литератури и не незиру се коначни одговори. Избор између те две могућности зависи од преференција које се желе постићи пореским системом и пореском политиком.

У правцу тражења одговора на питање да ли је прогресивно опорезивање примереније захтеву за вертикалном правичношћу треба рећи да новије тенденције у теорији и пракси јавних финансија иду против претеране прогресије пореза на доходак. Савремени токови економије утичу на промену пореских структура, јер слободно кретање људи, капитала и технологије даје простор земљама да, приликом креирања пореских система, искористе могућности за привлачење страног капитала. У правцу обезбеђивања повољнијег пореског третмана штедње и инвестиције претерана прогресија није пожељна. Распрострањеност синтетичког пореза на доходак физичких лица, који подразумева примену прогресивних стопа и бројних пореских ослобођења, у односу на период од пре једне деценије је смањена. Нордијске земље су увеле дуални порез, код кога постоји различити третман прихода од рада и прихода од капитала. Приходи од рада се опорезују прогресивном стопом. Привилегован порески третман се даје приходима од капитала, у циљу симулисања штедње и инвестиције, што се постиже применом пропорционалне стопе, која је, по правилу, једнака најнижој стопи из пореске прогресије којом се опорезује приход од рада.

Божидар Раичевић и други, Систем и политика јавних прихода у Србији у функцији демографске политике, Становништво 1-4, 2000, стр.98-99

Marko Radičić, Božidar Raičević, Javne finansije, teorija i praksa, Ekonomski fakultet Subotica, 2008, стр.79

У систему пореза на доходак зељама у транзицији преовлађује *flat tax*, који примењује пропорционалну пореску стопу. Према неким ауторима глобални (синтетички) концепт пореза на доходак физичких лица, нарочито када се примењује са високим маргиналним пореским стопама, неће опстати, већина земаља ће се вратити цедуларном опорезивању. Постоји већа вероватноћа да ће опцију коју су увеле нордијске земље прихватити већина земаља у свету. Међутим, независно од опције која буде прихваћена у будућности, промене у систему пореза на доходак ће се одразити на његову социјалну улогу. Обе ове опције указују на удаљавање од принципа плаћања пореза према економској снази.⁸

НЕГАТИВНИ ПОРЕЗ НА ДОХОДАК

Милтон Фридман, за чије се име везује настанак идеје о негативном опорезивању, предлагао је у књизи «Капитализам и слобода» да лица, чији је доходак који подлеже опорезивању мањи од одређеног износа, плати негативни порез, тј. уместо да плати порез примесу бенцију од државе. Тај нови систем је требало да замени мрежу разних облика социјалне помоћи у САД-у. Увођењем негативног опорезивања уместо бројних мера социјалне помоћи укупно административно оптерећење би било мање и на овај начин би се тачно утврдио трошак који друштво има за ублажавање сиромаштва. Поред тога, администрирање таквим системом би било не само административно једноставније, него би његово увођење било спроведено без додатних трошкова јер би се уклопило у постојећи систем опорезивања дохотка физичких лица.⁹

Бројни су предлози у погледу различитих степена интеграције пореза на доходак и социјалних трансфера, кроз увођење елемената система негативног пореза. Почев од теоријских предлога, као што је Аткинсонов предлог *flat tax-a*, па све до практичних решења, увођењем појединих елемената негативног пореза (нпр. порески кредит за доходак од рада у САД). Најједноставнији облик потпуне интеграције пореза и система социјалне помоћи у облику негативног опорезивања се постиже код *flat tax-a* када се иста пропорционална пореска стопа примени и на негативну пореску основицу. Суштина опорезивања дохотка физичких лица *flat tax-ом* се састоји у примени једне пореске стопе на доходак умањен за неопорезиви део (управо прописивањем неопорезивог дела остварује се социјални циљ

Tanzi Vito, Globalization, tax competition and the future of tax systems, IMF Working Paper 96/141, стр.19

Видети: Milton Friedman. - Kapitalizam i sloboda, Novi Sad, 1997, стр.259-260

опорезивања). Ако би та разлика била негативна, када је доходак мањи од прописаног неопорезивог дела, у случају примене негативног пореза тако добијена негативна пореска основица се множи са истом пореском стопом, а добијени износ се исплаћује у виду готовинског трансфера.¹⁰ Аткинсонов *flat tax* са основним доходком (*енг. basic income flat tax*) представља негативни порез на доходак за ниске дохотке, где појам «основни доходак» обухвата све новчане и натуралне трансфере социјалног осигурања. За разлику од традиционалног дефинисања *flat tax*-а, које подразумева јед-ну пореску стопу у комбинацији са одбитком од пореске основице, код овог типа *flat tax*-а пореском обвезнику се признаје порески кредит. Од износа пореске обавезе, добијене применом пропорционалне пореске стопе, одбија се порески кредит. Уколико је порески обвезник без дохотка, долази до «негативног опорезивања» у висини целог пореског кредита, одн. добија субвенцију у висини основног дохотка. Идеја је да основни доходак (*non wastable* порески кредит) замени како све трансфере, тако и пореске олакшице (које се дају у виду одбитака).¹¹

Повезивањем пореског система и система социјалних трансфера у облику негативног опорезивања омогућава се да доходак појединца или породице достигне одређену минималну висину. На овај начин се ублажава сиромаштво, обезбеђивањем минимума потребног за егзистенцију. Међутим, поред те социјалне компоненте, негативни порез садржи и механизам путем кога се остварује подстицај за рад лица са маргине социјалне структуре.¹² По-растом тржишног дохотка смањује се износ примљених субвенција. Да би се постигао жељени ефекат на заинтересованост за повећање радног напора, мора се водити рачуна при одређивању тарифе у систему негативног опорезивања. Додатни рад прималаца субвенције награђен је само ако је смањење социјалних трансфера мање од пораста тржишног дохотка.¹³ Уколико би смањење социјалних давања ишло брже од повећања дохотка, деловање ефекта супституције рада доколицом подстицало би ова лица да мање раде.

Helena Blažić, - Usporedni porezni sustavi - oporezivanje dohotka i dobiti, Ekonomski fakultet u Rijeci, 2006, стр.128

Видети: *ibid*, стр.51-52

На одређеној висини дохотка долази до преплитања повећаног фискалног оптерећења рада (порезима и доприносима) и смањења различите социјалне помоћи које остварују сиромашни, одн незапослени. Укупно пореско оптерећење рада и опадање социјалних трансфера и повластица има негативне ефекте на одлуку о запошљавању. Услед тзв. ефекта супституције (рада са доколицом) долази до дилеме да ли треба радити мање - ефекат *тзв. замке сиромаштва* (*енгл. poverty trap - lowwage trap*), као и дилема да ли уопште треба радити - *тзв. замка незапослености* (*енгл. unemployment trap*).

(Вид.: *ibid*, стр.126)

Dieter Brummerhoff, Javne finansije, Zagreb, 2000, стр.481

Изненађујуће може звучати податак да се највећи програми социјалних трансфера у САД не спроводе преко социјалних институција, већ у оквиру пореског система. Идеја о негативном опорезивању се овде показала применљивом увођењем неких елемената негативног опорезивања у систем социјалне заштите. То је учињено одобравањем се тзв. *пореског кредита на доходак од рада (EITC) породицама са ни-ским приманима*. Порески кредит на доходак од рада, који представља субвенцију на зараду сиромашних лица, је у складу са настојањима програма социјалне заштите уведеног 1996.г. под називом Програм привремене помоћи угроженим породицама (TANF). Сва лица, чији је доходак испод одређеног нивоа, имају право на коришћење овог програма ако испуњавају одређене услове и само привремено. Поред тога, добијање социјалне помоћи путем овог програма је условљено радом, јер је за њихове кориснике предвиђена обавеза да раде. Корак даље у повезивању социјалне помоћи и рада у односу наTANF, који то чини у оквирима система социјалне заштите, *EITC*представља саставни део пореског система. Порески кредит на доходак од рада се манифестује кроз смањење пореске обавезе и кроз рефундацију разлике (одн.порески кредит). Величина субвенције одређује се према броју деце у породици, сваке године у одређеном проценту у односу на укупан доходак од рада. Лице, коме је држава одобрила порески кредит, неће бити дужно да плати цео износ пореза на доходак од рада, долази до смањења пореске обавезе, већ само разлику између висине субвенције и износа пореске обавезе. У случају када је порески кредит на доходак од рада већи од пореске обавезе, долази до рефундације разлике, уместо да плати по-рез, то лице ће од државе добити чек.¹⁴ Мада је велики корак у проце-су интеграције система социјалне помоћи и пореског система учињен *EITC*-ом, предлози у стручним круговима се не завршавају на томе. Наиме, последњих година присутне су снажне иницијативе за реформу постојећег система социјалне помоћи у САД. Првенствено се инсистира на интеграцији мреже различитих програма социјалне помоћи, чиме би се поједноставио систем социјалне заштите и смањили трошкови. Мноштво постојећих програма социјалне помоћи није се показала као довољна гаранција за ублажавање сиромаштва. Предлози за интеграцију свих социјалних програма, на основу којих би давања била у готовом новцу, би се свели на проширењепостојећег програма *EITC* и увођење негативног пореза на приход. У таквом систему сва лица би била дужна да подносе пореске пријаве, а порез на приход би се плаћао у зависности

14 Harvey S. Rosen, Ted Gayer, Javne finansije, Ekonomski fakultet Beograd, 2005, стр.312

од висине прихода. Лица, чији приход не прелази одређену границу не би плаћала порез, већ би добила чек од државе.¹⁵

Негативни порез као посебан модел пореза на доходак не постоји у Србији, слично већини земаља у свету. Одређени елементи негативног опорезивања су заступљени путем разних облика социјалних трансфера. То су разне врсте материјалне подршке за кориснике социјалне заштите. Као корисници социјалне заштите појављују се појединац, одн.породица којима је потребна друштвена помоћ и подршка ради савладавања со-цијалних и животних тешкоћа и стварање услова за задовољење основних животних потреба.¹⁶

Путем ове групе, једне од најзначајних јавних расхода у савременим државама, пружа се социјална заштита оној категорији становништва која није успела да обезбеди неопходну социјалну и економску сигурност. Ту спадају лица која, због неспособности за рад, нису својој породици и себи обезбедила минимум егзистенције, као и лица која нису у могућности да по основу рада обезбеде задовољавање основних животних потреба своје породице и себе.

У систему социјалне заштите Србије постоје следеће врсте материјалне подршке:

новчана социјална помоћ,
додатак за помоћ и негу другог лица,
помоћ за оспособљавање за рад
једнократна новчана помоћ
друге врсте материјалне подршке у складу са овим законом и прописима донетим за његово спровођење.¹⁷

Поред тога, посебним законом је регулисано пружање материјалне подршке породици са децом. У циљу побољшања услова за задовољавање основних потреба деце, посебног подстицаја рађању деце, као и подршке материјално угроженим породицама са децом, породицама са децом са сметњама у развоју и деци без родитељског старања прописана су следећа права на финансијску подршку породици са децом:

накнада зараде за време породилској одсуства, одсуства са рада ради неге детета и одсуства са рада ради посебне неге детета,
родитељски додатак,
дечији додатак,
накнада трошкова боравка у предшколској установи за децу без родитељског старања,

Joseph E. Stiglitz, *Ekonomija javnog sektora*, Beograd, 2008, стр.413-414
Чл.4 ст.1 Закона о социјалној заштити („Службени гласник РС“, бр.24/2011)
Чл.79 Закона о социјалној заштити

накнада трошкова боравка у предшколској установи за децу са сме-тњама у развоју,
 регресирање трошкова боравка у предшколској установи за децу из материјално угрожених породица.¹⁸

Табела 1.: Упоредни приказ износа одбитака код пореза на доходак и износа релевантних социјалних трансфера у Србији

	порез на зараде	годишњи порез на доходак	дечији додатак	новчана социјална помоћ у разлици до:
носилац	стандардни одбитак 7.822,00 дин. ¹⁹	лични одбитак за пореског обвезника 22.972,00 дин.		6.552,00 дин.
остали одрасли		лични одбитак за издржаване чланове породице 8.614,00 дин.		3.276,00 дин.
дете			2.205,00 дин. (цензус - 6.911,00 дин.)	1.965,00 дин.

Извор: Износи прописани чл.15а и чл.88 ст.1 Закона о порезу на доходак грађана ("Службени гласник РС", бр.24/01,80/02,135/04,62/06, 65/06- исправка,31/09,44/09, 18/10,50/11,91/11-одлука УС, 75/12, 9/12,112/12 -одлукаУС и 8/13), чл.22 Закона о финансијској подршци породици са децом, чл.87 Закона о социјалној заштити; подаци Републичког завода за статистику о просечној годишњој заради у 2012 год.објављени у "Службеном гласнику РС" бр.8/12; Решење Министра за рад, запошљавање и социјалну политику бр.401-00-230/2011-12-VII; Обрачун за личне одбитке код годишњег пореза на доходак грађана урађен је на месечном нивоу, у циљу његове упоредивости са осталим износима прописаним одредбама наведених закона.

Основна сврха стандардног одбитка код пореза на зараде је у обезбеђивању тзв.егзистенцијалног минимума. То је новчани износ, за који се претпоставља да је потребан за задовољавање основних животних потреба. Код годишњег пореза на доходак грађана, поред (свог) личног одбитка у износу од 40% од просечне годишње зараде, има право на лични одбитак за издржаваног члана породице у износу од 15% од просечне годишње зараде по запосленом према подацима Републичког завода за статистику у години за коју се утврђује порез.²⁰ Право на дечији додатак

Чл.1 ст.2 и чл.9 ст.1 тач.1)-6) Закона о финансијској подршци породици са децом («Службени гласник РС», бр.16/2002,115/2005 и 107/2009).

Од фебруара 2013.год. неопорезовани износ зараде износи 8.776,00 дин.

Чл.88 ст.1 Закона о порезу на доходак

остварује се ако укупан месечни приход, умањен за порезе и доприносе, по члану породице остварен у три месеца која претходе месецу у коме је поднет захтев, не прелази цензус који прописује надлежни министар. Ви-сина дечијег додатка се утврђује такође решењем надлежног министарства у одређеном износу.²¹ Сам начин одређивања износа новчане социјалне помоћи појединцу или породици се разликује од одређивања висине дечијег додатка. Основица за утврђивање новчане социјалне помоћи је прописана законом, износ новчане социјалне помоћи се одређује према скали, прописаној за појединца, одн.носиоца права у породици у висини једне основице, за сваку наредну одраслу особу у висини 0,5 од основице, а за дете до 18.год. у висини 0,3 од основице. Разлика између тако утврђеног износа и просечног месечног прихода појединца, одн.породице оствареног током три месеца која претходе месецу у коме је поднет захтев, представља износ новчане социјалне помоћи који се признаје појединцу, одн.породици.²²

Упоредивањем износа одбитка и одговарајућих социјалних трансфера, може се уочити да постоје мале разлике у висини стандардног одбитка код пореза на зараде, цензуса за стицање права на дечији додаток и скале прописане за остваривање новчане социјалне помоћи за појединца, одн.породицу. Полазећи од претпоставке да се ради о износу потребном за задовољавање најнужнијих потреба појединца, може се уочити да је цензус, до кога се може остваривати право на дечији додаток одређен у приближном износу који је одређен и пореским законом. Слична ситуација постоји и у погледу висине основице, до чијег износа појединац, одн. породица има право на остваривање новчане социјалне помоћи. Међутим, много већа разлика се уочава у односу на износе личних одбитка код годишњег пореза на доходак за пореског обвезника (три пута већи износ!) и издржаваног члана породице.

У предстојећој (најављиваној) реформи система пореза на доходак, законодавац би требало да поведе рачуна о постојању извесне корелације ових института. Износи који су одраз вођења социјалне политике, како на пољу социјалне заштите појединца и породице, али и на терену опорезивања дохотка, требало би да не крње принцип социјалне правде, чијем остваривању управо треба да послуже. Отуда, независно од модела пореза на доходак грађана који буде уведен у наш порески систем, смањења пореског терета социјалног карактера не би смела да се драстично разликују од одговарајућих социјалних давања, ако већ не могу бити иста.

Чл.19 ст.1 и чл.22 Закона о финансијској подршци породици са децом
Чл.87 и чл.88 ст.1 Закона о социјалној заштити

ЗАКЉУЧАК

Порез на доходак физичких лица представља један од најважнијих пореских облика савремених држава. Поред великог фискалног значаја, јер се његовом наплатом остварују обилни приходи потребни за задовољавање потреба државе, овај порез има и социјалну улогу. Прописивањем одбитка од дохотка за опорезивање, обликовањем пореза на доходак води се рачуна о минимуму за егзистенцију. Социјални циљ се постиже остављањем тог дела дохотка који је неопходан за задовољавање најважнијих животних потреба. Поред тога, применом принципа опорезивања према економској снази постиже се правичност опорезивања.

Савремена држава са израженим обележјима социјалне државе пружа разне облике социјалне заштите угроженим појединцима и породицама. Отуда јавни расходи намењени социјалној сигурности становништва, познати у теорији јавних финансија као социјални трансфери, заузимају значајно место у буџетима свих држава. Негативни порез на доходак представља идеју о неком облику интеграције пореза на доходак и социјалних трансфера. То би значило повезивање пореза на доходак, који се традиционално везује за социјалну димензију опорезивања и социјалних трансфера, који су у функцији вођења социјалне политике у један инструмент на терену пореског система.

Порески системи савремених држава не познају негативни порез као посебан модел опорезивања дохотка физичких лица. На садашњој сте-пеници развоја пореских структура може се говорити само о постојању неких елемената негативног опорезивања кроз различите облике социјалних трансфера.

У Србији, такође, постоји систем социјалне заштите који се остварује кроз облике материјалне подршке појединцима и породицама. Упоредивањем износа одбитака код пореза на доходак грађана и одговарајућих социјалних трансфера може се закључити да постоје одређене разлике у висини. Ако се има у виду да одбитак представља износ потребан за задовољавање најнужнијих потреба пореског обвезника, као и висина социјалних давања угроженим појединцима и породицама, требало би очекивати извесну корелацију ових инструмената. Међутим, упоређивањем ових износа, може се закључити да се приликом доношења закона из ових области није водило рачуна о томе. У будућим изменама закона можда би требало размишљати о њиховом усклађивању, јер, мада потичу из различитих домена, једни на приходној, други на расходној страни буџета, у функцији су вођења исте социјалне политике.

Suzana Dimić, LL.M
Assistant

GENERAL REVIEW OF THE NEGATIVE INCOME TAX

Summary

The social feature of the income tax is clearly marked by the respect of personal characteristics of the taxpayer and by the acceptance of personal deduction as non-taxable part of income that serves to satisfy personal life necessities. The social trait of the income tax is expressed through the taxation proportionate to the economic power, which contributed to the fact that income tax is perceived as a relatively equitable tax. In the future we can expect a partial reduction of subjectivisation of the income tax, so-called income tax depersonalization, which will have a direct impact on the reduction of the social role the income tax.

Observation that only the elements of taxes is not sufficient to explain the picture of social justice in income tax, shows the tendency, present in more recent times, the need to establish different degrees of integration of income tax and social transfers.

КАТЕДРА ЗА
ТЕОРИЈСКО ПРАВНЕ
НАУКЕ,
ИСТОРИЈСКО ПРАВНЕ НАУКЕ
И СОЦИОЛОГИЈУ

Др Милорад А. Жижих, редовни професор

О ПРАВНОМ НОРМИРАЊУ

Апстракт: Сваки правник треба да буде ваљано едукован, поред осталог, и за правно нормирање с чиме ће се свакодневно сусретати у пракси. Правно нормирање је процес код кога до изражаја мора доћи поред правног, општег знања и вештина нормотворца а што неретко недостаје у потребној мери правницима.

Кључне речи: правно нормирање; знање и вештина нормотворца.

I

Један од често присутних проблема са којима се сусреће правник почетник, и не само почетник, у својој пракси јесте проблем недовољног познавања и несналажења у процесима стварања и примене општих појединачних правних аката. Такав проблем је често присутан и код његових старијих и искуснијих колега који раде у оквиру различитих државних органа.

Један од основних узрока за назначено стање треба тражити у самим наставним плановима и програмима правних факултета где правно нормирање као дисциплина најчешће није заступљено.

Последице недовољног познавања и несналажења у процесу стварања примене општих и појединачних правних аката, а што у пракси представља свакидашњу делатност правника практичара, имају директан штетан одраз на сами правни поредак и правни живот уопште.

Позитивно право пролази кроз два процеса: 1) процес стварања правних норми и правних аката; 2) процес примене правних норми и правних аката. Правник учествује у оба процеса.¹ Без адекватног знања и вештине правног нормирања оба процеса би била угрожена.

Правно нормирање подвео сам под појмове „Стварање и примена општих и појединачних правних аката“ или „Номотетика“ (који би обухватао не само технички део- номотехнику, већ и научно сазнајни део везан за назначене процесе).²

процесу стварања општих правних аката поред правнотехничког знања око израде истих, правник треба да искаже и научну сазнајност

Др Милорад А. Жижих, Стварање и примена општих и појединачних правних аката- правно нормирање, Крушевац 2004, с-1-10- Исто, с. 2-6

везану за такве правне акте. То би значило, поред осталог, да правник треба да се бави и циљним изучавањем полотичких, правних и друштвених фактора и околности који условљавају настанак стања потребе за доношењем устава, закона, подзаконски аката, везаних за то време и такав простор.

Један од прворазредних друштвених задатака, а свакако први за државноправно устројство, јесте стварање и доношење устава, као највишег, најјачег и најзначајнијег општег правног акта-извора права у формалноправном смислу. У уставу било да је настао на оригинарни или деривативни начин, формулишу се државни циљеви преко државне по-литике који се правно обликују и исказују преко устава и других закона и подзаконских аката.

Основни задатак оних који учествују у изради устава, као и код других општих аката, јесте да добро проуче друштвену стварност, односе, објективне историјске, традиционалне, економске, идеополитичке, со-циолошке, правне и друге околности и претпоставке које карактеришу, детерминишу одређену друштвену стварност која претходи доношењу устава и коју треба уставноправно нормирати. У процесу стварања устава, као и других општих правних аката, то је полазна етапа код оних који учествују у односном процесу.³

У таквом предуставном стању формирају се државни циљеви и инте-реси које треба остварити и штитити кроз делатност, односно функције државе, као и делатност недржавних субјеката.

Прва полазна претпоставка за назначено јесте израда устава, затим закона и других подзаконских аката.⁴

На самом почетку назначеног процеса израде устава нормотворци се могу сусрести са две друштвене ситуације.

Првом, сада ретком у друштву, да друштвено стање (ситуација) није регулисано уставом или каквим законским актом (правна празнина) а такво стање условљава да се конституише одређени државни облик и донесе устав. Дакле, из друштвено неправног треба прећи у друштвено правно стање. Такав устав (пошто нема претходног устава као формлног извора права) настаје на оригинаран начин, самоникло, и био је карак-теристичан за настанак првих држава, али се понекад јављао и касније када нова држава жели да рскине континуитет са претходном државом, одн. државним уређењем.

Друга друштвена ситуација из које треба да настане устав регулисана је претходним уставом, који ће послужити да нави устав свој извор нађе у њему, тј. да нови устав настане на основу претходног устава, да извире

Исто, с.8.

Исто, с.8

из њега. Тада устав у формалноправном смислу настаје на деривативан начин (изведен и ослоњен на претходни устав).

Дакле устав може настати на оригинаран и деривативан начин. Нај-чешће на деривативан начин.

Закони настају на деривативан начин, ослањајући се на свој формал-ноправни извор – устав.

Општи подзаконски акти настају на деривативан начин, ослањајући се на своје формалноправне изворе – законе и устав.

Нормотворац треба добро да познаје језик и његова правила. Надлежност, поступак и материјализацију правног акта.

Уставноправни одн. законоправни поступак најчешће се састоји из иницијативе, подношења предлога, претреса, гласања, потврђивања, промулгације, објављивања, ступања на снагу. А потом долази сама материјализација правног акта.

Др Сава Аксић, доцент

ПРАВНОПОЛИТИЧКА ПОЗАДИНА И ПОСЛЕДИЦЕ ДРЖАВНОГ УДАРА (на примеру шестојануарске диктатуре)

Апстракт: Легитимитет прве заједничке државе јужних словена није споран у смислу спољашњег континуитета, односно субјективитета у међународним односима, него је био споран у смислу унутрашњег легитимитета, односно легитимитета насталог уставноправног поретка. Творци уставног поретка су покушали да извор легитимитета новог поретка пронађу у самом том поретку, што наравно није било могуће. Нови поредак није био легитиман, јер није постојала политичка воља код Хрвата и Словенаца за уједињењем. Оно што је код њих постојало јесте само жеља за привременим савезом са Србијом да би као покрајине које су учествовале у рату ба страни силе која је изгубила рат помоћу српске војске сачувле територију за коју су сматрале да им припада, као и да би преко заједничке државе обезбедиле субјективитет у међународним односима. Разлике у концепцији заједничке државе су биле разлог због којег је државни и политички живот био парализован. У таквој безизлазној ситуацији краљ је суспендовао устав и увео диктатуру.

Међутим, и ако је краљ завео диктатуру због реалних околности, као једино могуће решење, на конкретном примеру се види да диктатура никада не може бити начин решавања проблема у држави, јер и након тога односи уопште нису били решени. Тако да решење проблема у држави никада не може бити путем завођењем диктатуре, него путем легитимних принципа.

Кључне речи: Прва заједничка држава, словени, Срби, Хрвати, Словенци, државни удар, диктатура, краљ, легитимитет.

Прва заједничка држава јужних словена је у чисто правном сми-слу, смислу правног континуитета, првенствено континуитета у смислу субјективитета у међународноправним односима, није спорана. Наиме, са аспекта међународног права, то је у ствари једна иста држава, јер је Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца преузела све међународно – правне обавезе и овлашћења Краљевине Србије. У овом случају није било могуће постојање икаквих дилема чији ће субјективитет у међународним односима наставити нова држава, јер подручја која су ушла у састав нове државе на којима су већину чинили етнички Хрвати и Словенци, нису имала самосталност степена државе, а посебно не међународни субјективитет, тако да су једино у међународним односима ове области могле да се појаве кроз субјективитет који је Краљевина Србије пренела на нову заједницу.

Међутим, оно што је спорно, то је њен нови, унутрашњи легитимитет, тачније неспорно је било да тај легитимитет није би убедљив.

Легитимитет устава се може црпи из претходног устава, у случају деривативног начина настанка устава, или из воље народа, у случају оригинерног начина настанка устава. У овом случају, новом ус-тавноправном поретку (ако се поредак којем недостаје легитимитет као услов важења тако уопште може назвати) није обезбеђен легитимитет, ни на један начин. Једноставно, поредак је покушао да извор легитимног важења нађе у самом себи, с обзиром да је изостала сагласност Хрвата и Словенаца.

Недостатак воље за заједничким животом са Србима код ова два народа није био споран, од почетка. Оно што је у политичком смислу код Хрвата и Словенаца постојало јесте у политичком смислу њихово жеља да међународним односима буде артикулисан њихов међународни субјективитет, макар и преко привременог савеза са Србијом кроз Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца. И ако су у рату учествовали на страни силе која је била поражена, они су, првенствено Хрвати, приликом прављења дого-вора о заједничкој држави постављали услове, као да су сила победница,

чему их ништа мање нису подржавале поједине западне земље, које су, што је још несхватљивије биле у рату против Аустро – Угарске, као што је био случај са Великом Британијом.¹

Поред тога што није постојала политичка воља за уједињење која би обезбедила основу легитимитета новој држави, најшири спектар социо-лошких чиниоца који су услов заједничког живота је такође био диску-табилан.

То се у првом реду односи на културолошко - традиционалну основу Срба, Хрвата и Словенаца посматраних посебно, као и на политичке одлуке које би имале као резултат одређене законе, када је државна заједница већ формирана. Уз све ове разлике, неке наслеђене а неке и вештачки створене, није постојала било каква спремност да се нађе компромис.

Културолошке² – традиционалне разлике, одређене животом у различитом миљеу, социолошком, политичком и сваком другом, било је сасвим

Влатко Мачек тражи у писму Ситону Вотсону да нова заједничка држава мора да на-стане уговором. –*Записници са седница Министарског савета Краљевине Југославије 1929–1931*, приредили: Љубодраг Димић, Никола Жутић, Благоје Исаиловић, Београд 2002, XLVII.

Од ових чињеница треба споменути незнате разлике у језику, односно дијалекту која је ствар техничке природе али је подизана на ниво суштине. - *Прилози за национал-ну историју државе и права у 19. и 20. веку (до 1941 године)*, Друга књига, приредио Драган Суботић, (Тома Живановић "Досадашњи рад на изједначењу законодавства у Краљевини СХС") Београд, 1996 год. стр. 210.

нормално да буду присутне међу народима који пре тога никада нису живели у једној држави, него под различитим туђим властима, као што је случај да у једном народу постоје разлике у традицији, обичају, фолклору, али и ако сва три народа имају заједничко порекло, имајући у виду да су доста дуго били под страном влашћу, разлике ове природе и нису биле вели. Тачније разлике су биле врло мале. Оно што је чињеница јесте да је свака разлика била коришћена као разлог рушења државе и саботаже њеног јачања. Такав је случај био са наслеђеним односима у породичној задрузи, који су били различити на западу и истоку земље, што у принципу није разлика која се није могла превазићи, али је у томе нађен камен спотицања унификацији и кодификацији грађанског законика, који, јединствен за територију целе Краљевине, никада није донет. Недостатак жеље за заједништвом се огледао у тражењу и налажењу међусобних разлика, чак и областима које нису имали никакве директне везе са политичком организацијом државе, уместо да се пронађу чињенице које спајају, па да онда и сви имају заједничке користи од тога, у једној ситуацији, у том тренутку, реално јединственог тржишта.

А тек је стање у области уставних и политичких односа било доспело до једне безизлазне ситуације.

Ако од тренутка када је створена заједничка држава, десет година након тога нису били донети закони³ који су били услов функционисања привреде, тек нису донети закони који су били услов правне сигурности⁴, услов функционисања државе, којима је требало обезбедити политичку и правну основу заједничке државе. За доношење закона који би регулисао састав, надлежност и функционисање највиших државних органа⁵ је било четири предлога (1922, 1924. год. и у току скупштинског заседања за 1926–1927. годину) од којих ни један није био усвојен из разлога разлика у концепцији уређења заједничке државе, односно разликама у ставу да ли уопште треба да постоји једна држава или савез држава.

Наиме, након окончања првог светског рата, територија Словенија, као Аустро – угарска покрајина чије је становништво учествовало на

Иако је унификација законодавства Видовданским уставом била предвиђена, до ње ипак није дошло па је на пољу законодавства владала права анархија. – Живојин Перих, *Unifizierung der Strafgesetzgebung im Königreiche der Serben, Kroaten und Slovenen (Jugoslavien)*, Heidelberg 1926, 258.

Као што је био случај са кривичним законодавством. - Метод Доленц, *Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију*, Београд, 1933 год. стр. 17. Закон о формирању и функционисању највише државне власти. Овај закон донет је тек након суспензије Видовданског устава, за време диктатуре, 31. марта 1929. године, под називом Закон о уређењу врховне државне управе.

страни земаља које су изгубиле рат, је требала бити подељена између Аустрије и Италије, док би се Хрватска, ако се не уједини са Србијом, и по изјавама њених вођа, свела на четири жупаније. Тако да би овим двома Аустро – угарске покрајинама, ван савеза са Србијом, била доведена у питање територија, док би уједињењем са Србијом осигурале своју територију, и кроз савез са Србијом обезбедиле међународни државноправни суверенитет. И мимо тога, Словенија и Хрватска су у Србији виделе само начин осигурања своје територије, док се не поравнају рачуни након првог светског рата, а и како би у том периоду припремили, првенствено код земаља настајућег фашизма, терен за настанак самосталних држава, и то у случају Хрватске, идеја будуће независне државе је требала да се реализује на територији Босне Херцеговине и Србије. Док је краљ био вођен идејом братске љубави према једног народа са три вере⁶, словеначки, а првенствено циљеви хрватског политичког вођства су били отворено сепаратистички и хегемонистички, и како је то у најскорије време било показано, засновани на идеји геноцида према српском народу.

Тако да је оваква политичка концепција резултирала једним специфичним правно – политичким стањем.

Парламентарни рад који је требао да буде централно место реализације политичке воље народа, и стожер целокупног политичког живота земље, постала је место где су биле реализовани лични интереси повезани са националистичким концепцијама кројеним од стране политичких вођстава и наметана народу, подупирана разним тезама о тобожњој угрожености, посебно када се Римокатоличка црква повратила након пораза Аустро-угарске, која јој је давала световну потпору. Парламент је служио за задовољење парцијалних, егоистичких и увек дневно политичких циљева.⁷ Вође хрватских политичких странака су у заједничкој држави видели арену за припрему своје будуће независне државе и амбијент за личне властодржачке аспирације. Када се свему овоме дода и рад странака из других делова земље којима заједничка држава није била на срцу, сасвим је јасно да је политичко – правни живот био у потпуност парализован. Законодавну активност су замениле политичке борбе, засноване на личним интересима и националној заслепљености.

⁶ ‘Троимени народ’, односно ‘југословенски национални унитаризам’ - Драгош Јевтић, Драгољуб Поповић, *Народна правна историја*, Београд, 2000 год. стр. 234. Поред законодавства, управа је такође била у потпуном расулу. - *Записници са седница Министарског савета Краљевине Југославије 1929-1931*, приредили: Љубодраг Димић, Никола Жутић, Благоје Исаиловић, Београд, 2002, стр. XXVIII

Тако ни десе година после стварања заједничке државе, из области уставног права материјалном смислу није постојало ништа друго осим Видовданског устава. Низ политичких закона, који су на основу њега требали да буду донети да би политички живот био правно уређен, те на тај начин избегнута диктатура или распад земље, нису донети. А онда, нису донети ни закони који би регулисали разне гране друштвеног живота, почев од робног промета, породичних односа, наследних итд.

У држави је постојало једно стање распада онога што је од те државе постојало, које је као такво стање могло да одговара највише хрватским политичким странкама. Њихов је био циљ распад земље, а конфедерал-ни савез за који су се декларативно залагале је по својој прилици имао за циљ да Хрватској обезбеди само спољне границе српским оружаним снагама.

Словенији је највише одговарало федеративно уређење, и у том смислу је пред крај заједничке државе било дошло до приличног приближавања словеначких политичких странкама са појединим политичким партијама из Србије.

Круни је одговарала централизована и ефикасна држава, која би располагала ауторитативним механизмима за очување правног поретка унутра, а посебно механизмима који би земљу могли да сачувају од спољних настрјаја.

Буржоазии није одговарала ни концепција круне, нити хрватских политичких партија. Наиме, настајућој тржишној привреди, никако није одговарала централизација која би бирократизовала привредни живот одозго, као ни некакв савез држава који би исцепкао државну територију локалним границама, те стварао разновразне непотребне бирократске баријере.

Спољнополитичка ситуација, је такође била далеко од сјајне. Земље које су биле поражене у рату: Италија, Мађарска и Бугарска, су отворено истицале ревизионистичке циљеве. Ватикан је са друге стране отворено роварио у новој држави, и није крио прозелитистичке циљеве.

У једној таквој потпуно безизлазној ситуацији, краљ је 6. Јануара 1929 год. суспендовао устав, забранио рад странака које су наступале са националних позиција и преузео врховну власт у држави.

Поставља се питање које је последице овакво насилно изведена тран-сформација власти имала, која по свим обележјима има карактеристике државног удара?

Изузев Видовданског устава и неколико закона који су важили на територији целе краљевине, ниједан други општи правни акт није био

заједнички. Дакле, не само да није извршена унификације⁸ него право није било ни усклађено или хармонизовано, како би макар остављало утисак да се ради о једној држави.

Унификација⁹, је процес који значи да је настала једна законодавна власт уместо више законодавних власти које су постојале на територијама које су се ујединиле. У том случају би се и правни акти у принципу односили на целокупно подручје које покрива односна законодавна власт, односно, њени прописи важе за подручје на којем односно законодавна власт функционише. Унификација, као стање супротно партикуларизму, подразумева једну законодавну власт, један највиши општи правни акт и једно важење на основу њега. Унификација је само последица постојећег политичког стања, односно уједињења више области у једну државу. У случају подручја на којем постоји права које је унификовано, за одређени друштвени однос постоји само један правни акт, као последица важења једног система права¹⁰, то јест односа правних аката међу којима не постоји икаква колизија.

Стање које је у држави постојало било је такво било такво да су били само створени услови за унификацију, у смислу да је постојала једна заједничка скупштина, као и да су постојали само формални услови за унификацију на начин да је донет Видовдански устав¹¹, без обзира на легитимитет тог устава, о којем се легитимитету може дискутовати са многим јачим аргументима да је легитимитет тог устава био споран него да је био неспоран.

С обзиром да није постојала жеља за унификацијом, односно није постојала стварна жеља за заједничком државом па онда ни за јединственим правом, а да је са друге стране фактички јединствена власт ипак била реалност, заједничка држава је, може се рећи, како – тако била створена, па је и право, ако не унификовано, онда барем могло бити хармонизовано, како би заједнички живот, привредни и сваки други био ефикаснији, јер би сви имали корист од тога. Хармонизација у ствари значи доношење

Унификација ће између осталог бити и један од разлога увођења диктатуре. - *Записници са седница Министарског савета Краљевине Југославије 1929-1931*, приредили: Љубодраг Димић, Никола Жутић, Благоје Исаиловић, Београд, 2002, стр. 353.

Станко Франк, 'О унификацији закона', *Споменица Мауровићу*, прва књига, Београд 1934, 289.

Ђорђе Тасић, Проблем оправдања државе, Увод у правне науке Енциклопедија права, Београд 1995, 426.

Иако је унификација законодавства Видовданским уставом била предвиђена, до ње ипак није дошло па је на пољу законодавства владала права анархија. – Живојин

Перић, *Unifizierung der Strafgesetzgebung im Königreiche der Serben, Kroaten und Slovenen (Jugoslavien)*, Heidelberg 1926, 258

правних аката који садрже исте принципе, посебно вредносне, док кон-кретне разлике међу њима не могу бити сметња функционисању права. У суштини, хармонизација је прихватање истих вредносних критеријума. Хармонизацијом, права задржавају културна, национална и друга обе-лежја, али је хармонизовани правни поредак на једном одређеном подручју ефикаснији у односу на важења разног типа која на том подручју постоје.

С обзиром да се под извором права у материјалном смислу подразумева она стварна друштвена сила која изазива настанак права, хармонизација права управо подразумева, усаглашавање, односно усклађивање извора права у материјалном смислу. Тако да је хармонизација у ствари прихватање исте материјалне изворности коју има и право са којим треба извршити хармонизацију. Али, ни тога није било.

И ако је право самостваралачко биће (како правилно примећује Келзен), на овом примеру се види потпуна социолошка одређеност права. Формална његова страна је само последица његове потпуне социолошке одређености. Вредносно социолошка димензија права је оно што омогућава постојање права у целини, јер ако је ово неспорно онда је однос више ниже норме само техника. Тако да социолошка основа права обезбеђује праву његово постојање, док виша норма обезбеђује нижој ефикасност у праву које је већ ефикасно. На примеру заједничке државе Срба, Хрвата

Словенаца се види да, иако је највиша норма била ефикасна, ниже норме нису ни донете да би уопште биле ефикасне, зато што није постојала социолошка и реална основа таквог државноправног поретка.

Као последица тога је да је и након десет година од уједињења постоја-ло правно стање какво је било затечено у тренутку уједињења.¹² Изузев територијалне поделе коју је предвидео Видовдански устав, плурализам извора и недоследност у правном животу, која као таква није са аспекта систематског важења могла дуго да опстане, била је општа карактеристика.

Овакво нестабилно стање је било бременито акцијама које имају најмање заједничког и са демократијом и са стабилношћу земље, као што је била завођење диктатуре. Иначе, разлози за концентрацију власти могу бити или стварни или то може бити само повод. У случају шестојануарске диктатуре, разлози државног удара јесу заиста били реални, односно такви да је морало бити урађено нешто инвазивно да би "спасло шта се спасти може", под условом да је такву државу уопште требало спашавати. Једна потпуна парализа државнополитичког живота у ондашњој држави

Термин који се употребљава да би означио стање које је постојало пре диктатуре је 'нормативна пустош'. - *Записници са седница Министарског савета Краљевине Југо-славије 1929-1931*, приредили: Љубодраг Димић, Никола Жутић, Благоје Исаиловић, Београд, 2002, стр. LIV.

је била њено генерално обележје. Уз све то, не само да није било икаквих назнака да ће се стање поправити, него су сви актуелни догађаји, свађе, сукоби, указивали да ће само бити још горе. Циљ јесте био спашавање државе, односно онога што је требало да настане а није настало. Дик-татура је трајала до доношења Септембарског устава,¹³ којим су донекле преуређени односи, али након доношења септембарског устава, држава је још мало функционисала, после тога су у бановинама са већинским хрватски и са словеначким становништвом само чекали крај заједничке државе. Значи да се након државног удара ништа није променило, стање је било исто као и пре тога.¹⁴

Поставља се питање у чему онда може бити суштина државног удара? Одговор је сасвим једноставан.

Разлози који претходе државном удару су потпуно ирелевантни за његову суштину са аспекта вишег интереса државе. На примеру шестојануарске диктатуре се види да када су разлози за неки облик концентрације власти у органу који је виђен као стожер државе, а круна је без и најмање сумње то била, били неспорни. Али и поред тога што је требало урадити нешто за спас државе, диктатура очигледно није имала ефекта. Снаге које су желеле разбијање земље, након Септембарског устава су имале моћне савезнике ван земље, првенствено у фашистичким земаља Немачкој и Италији. Тако да се свака диктатуре и стање настало државним ударом увек своди само на другачију прераспodelу моћи, углавном је то концентрација власти неког облика, али суштинске промене никако не може да произведе¹⁵. С тога диктатура никако не може бити рецепт за решавање нагомиланих противуречности у друштву, без обзира да ли се ради о наслеђеним или стеченим. У случају заједничке државе јужних словена, држава је створена на недефинисаним основама, у стању које је било бременисто сукобима, па није ни могла да потраје. Па, и ако су односи били такви да је требало нешто предузети, државни удар никако, као

Између осталог и због залагања Француске за децентрализацију. - Балкански диктатори, Диктатори и ауторитарни владари југоисточне Европе, Београд, 2009 год. Стр 98.

Осим наравно на пољу унификације законодавства где је након завођења диктатуре започео рад са великим ентузијазмом. - *Записници са седница Министарског савета Краљевине Југославије 1929-1931*, приредили: Љубодраг Димић, Никола Жутић, Благоје Исаиловић, Београд, 2002, стр. LV.

Краљ у својој прокламацији од 6. Јануара 1929 год. Позива цео народ да му помигне у изградњи институција. - *Записници са седница Министарског савета Краљевине Југославије 1929-1931*, приредили: Љубодраг Димић, Никола Жутић, Благоје Исаиловић, Београд, 2002, стр. XXXV. За време диктатуре заиста и јесу извршене промене у законодавству, али то све није могло да промени основе схватања заједничке државе, која је требала да буде основа законодавства.

једна незаконита и штетна акција, није био начин решавања ситуације, зато што није постојала основа за уједињење на начин како је то урађено. Као што се то каже, на лошем темељу кућа не може дуго трајати, па ни било каква промена фасаде је касније не може сачувати. Тако да се нагомилане противуречности никако не могу решавати државним ударом. Једини начин њиховог решавања је може бити путем легитимних инструмената. Као прво, са народима који нису имали искрену жељу да живе са Србијом у заједници није требало стварати било какву државу, него би Хрвати имали право реализације своје политичке воље само у областима где су били у већини, не и да области са већинским српским становништвом увлаче у своју државу, па да касније у два наврата, Србе у тим областима на најстрашнији начин биолошки униште. И друго, ако је круна видела да Хрвати нису ни након стварања државе желели да живе са Србијом, требало им је онда омогућити да живе самостално (као што је краљ у тренутку пре завођења диктатуре и о томе размишљао) али на претходним принципима, дакле не и да имају државу састављену и од области са већинским српским становништвом. То је био једини начин решавања противуречности, уместо диктатуром, која је хрватским снагама омогућила да сачека да њени фашистички савезници ојачају па да онда направи државу на српским територијама и то етнички чишћењем Срба, у два наврата.

Тако да је општи закључак да је државни удар уопште једна у потпуности штетна појава у државноправном поретку, чак и када се види као спас државе с обзиром на конкретне околности. Без обзира да ли постојали стварни разлози за било какву незакониту концентрацију власти или само повод за тако нешто, државни удар је увек непродуктиван. Недостатак легитимитета се никако није могао у конкретном случају, нити може надоместити државним ударом. Уопште се не поставља питање да ли се држава може спасавати диктатуром, па да ли се и та држава могла диктатуром спасити. Таква држава се диктатуром није могла спасавати, него је једини и искључиви рецепт требао бити редефинисање на основу легитимних принципа по стању територије и становништва које је постојало након завршетка првог светског рата. Области са већинским српским становништвом су требале да уђу у састав Краљевине Србије. Уместо да круна не одступи од јасних и чврстих принципа легитимитета, нереалним амбицијама и романтичарским идејама братства и одушевљења заједништвом, прво у тренутку уједињења, а онда и други пут – увођењем диктатуре, пропуштена је прилика да сваки народ добије оно што му припада. Диктатура не решава ствара чини их још компликованијим и нерешивијим.

Sava Aksić, LLD
Docent

COUP'S POLITICAL AND LEGAL BACKGROUND AND ITS CONSEQUENCES

Summary

Legitimacy of first common state of south Slovenian was not disputable in sense of exterior subjectivity in international relations, but it was disputable in interior legitimacy, in legitimacy constitutional order. Constitutional order's maker's tried to find legitimacy of constitutional order in itself. Of course it was impossible. New order was not legitimate, because there was no political will Croatians and Slovenian for united state with Serbian Kingdom. There was will to Croatians and Slovenians only for temporary union with Serbia to keep on territorial borders they pretended and over new state to secure his own international subjectivity.

Differences in conceptions about common state were reason because the political and state life was paralyzed. In that kind of situation without solutions king broke constitution and governed as dictator.

However, although the circumstances sabotaged political life caused king's dictators govern, the autocracy on this example shows that this way never could be the way solving state's problems. The only way to solve the state's problems is in only on legitimate principles.

CIP - Катаголизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

ПРАВНИ факултет (Приштина ; Косовска Митровица)

Зборник радова / Правни факултет, Универзитет у Приштини
са привременим седиштем у Косовској Митровици ; [главни и
одговорни уредник Мијал Стојановић]. – Приштина [тј.]
Косовска Митровица : Правни факултет, 2013 (Краљево :
Графи колор). – 291 стр. ; 25 cm

Текст ћир. и лат. – Тираж 100. – Напомене
и библиографске референце уз текст.
- Библиографија уз поједине радове.
- Summaries.

ISBN 978-86-6083-037-3

а) Право – Зборници
COBISS. SR-ID 204120076