

**ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ –
ИНСТРУМЕНТИ ЗА ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ
ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА У ПРАВНИ
СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Тематски зборник радова
књига трећа

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ
Ниш, 2009

Тематски зборник радова

ПРИСТУП ПРАВОСУЂУ – ИНСТРУМЕНТИ ЗА
ИМПЛЕМЕНТАЦИЈУ ЕВРОПСКИХ СТАНДАРДА
У ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Ова књига је резултат рада на пројекту Правног факултета у Нишу „Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије под бројем 149043 Д

Рецензенти:

проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић
проф. др Милан Петровић

Издавач:

Правни факултет у Нишу- Центар за публикације

За издавача:

проф. др Невена Петрушић, декан Факултета

Уредник:

Проф. др Невена Петрушић, руководилац пројекта

Превод и лектура:

Гордана Игњатовић

Техничка обрада:

Срђан Павловић

Дизајн корица:

Бранко Стевановић, дипл. инж. електронике

Штампа:

„Пунта“ Ниш

Тираж:

200

ISBN 978-86-7148-103-8

ПРЕДГОВОР

Нова свеска тематског Зборника радова „*Пристап правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*,” садржи ауторске радове настале као резултат истраживања у оквиру истоименог научно-истраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, који финансијски подржава Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

У Зборнику радова представљен је део резултата индивидуалног научно-истраживачког рада на учесника на Пројекту током 2009. године. Највећи број радова посвећен је правним установама из домена грађанског материјалног и грађанског процесног права. Аутори су критички анализирали постојећа законска решења и актуелну правну праксу, указујући на пропусте законодавца и проблеме у примени законских прописа. Радови из области јавног права посвећени су људским правима и начину њихове заштите, као и појединим класичним теоријским питањима из управноправне области. У кривичноправној области највећи број аутора бавио се проблемима везаним за посебно осетљиве друштвене групе (малолетници и старе особе), критички сагледавајући специфичне правозащитне инструменте у овим правним секторима у светлу међународних и европских стандарда. Области кривичног права припада и рад посвећен инкриминацији међународних злочина у домаћем праву. Радови из домена трговинског права посвећени су теоријским и практичним импликацијама електронске трговине, док су радови из пореског права фокусирани на пореску процедуру. У области Права Европске уније предмет пажње аутора били су јединствено европско тржиште и поједини облици заштите потрошача у праву ЕУ.

Поред радова аутора који су ангажовани на Пројекту, у Зборнику су објављени и резултати научно-истраживачких пројеката студената са основних и докторских академских студија права, који су реализовани под менторством истраживача на пројекту.

Према тематици, радови су груписани у пет целина: Право Европске уније, Јавно право, Грађанско право, Трговинско право, Пореско право, Кривично право и Радови студената.

Објављивање овог Зборника радова мотивисано је потребом да се резултати истраживања учине доступним научној и стручној јавности, како би се подстакла расправа о актуелним теоријским и практичним проблемима у правним областима обухваћеним истраживањем. Аутори се надају се да ће њихови радови бити од користи законодавцу и допринети унапређењу правне праксе.

УРЕДНИЦА

САДРЖАЈ

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Проф. др Александар Ђирић
КАРАКТЕРИСТИКЕ ЈЕДИНСТВЕНОГ ТРЖИШТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ .. 13

Проф. др Милена Јовановић – Zattila
ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕИСПРАВНИ ПРОИЗВОД
КАО ОБЛИК ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА У ПРАВУ ЕУ 37

ЈАВНО ПРАВО

Др Ирена Пејић
ДЕЈСТВО ЉУДСКИХ ПРАВА
У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 55

Проф. др Слободанка Константиновић-Вилић
Проф. др Невена Петрушић
МЕЂУНАРОДНО ПРАВНИ ДИСКУРС ПОЛИТИКЕ ПРЕМА ДЕЦИ 69

Доц. др Горан Обрадовић
О ПОТПУНОЈ НАКНАДИ ШТЕТЕ КОД НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА 95

Мр Маја Настић
УСТАВНА ЖАЛБА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ
У РАЗУМНОМ РОКУ У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ 103

Милош Прица, сарадник у настави
УПРАВНА СТВАР У СРПСКОЈ УПРАВНОПРАВНОЈ ДОКТРИНИ 123

ГРАЂАНСКО ПРАВО

Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић
ПРИВАТНА СВОЈИНА И ЗАШТИТА ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА 135

Проф. др Мирослав Лазић
СУСЕДСКА ПРАВА И ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА 151

<i>Проф. др Наташа Стојановић</i> КАКО СЕ ОСТАВРУЈЕ И ШТИТИ ПРАВО НА НУЖНИ ДЕО, ПОВРЕЂЕНО ПРЕКОМЕРНИМ ЗАВЕШТАЈНИМ РАСПОЛАГАЊИМА И УЧИЊЕНИМ ПОКЛОНИМА?	163
<i>Мр Ивана Симоновић</i> РОКОВИ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ	181
<i>Сања Марјановић-Цветковић</i> САОПШТАВАЊЕ ПРАВНИХ СХВАТАЊА СУДА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ	201
<i>Анђелија Адамовић, сарадник у настави</i> ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ПРЕТХОДНОГ ПЛАЋАЊА ТРОШКОВА ПОСТУПКА – ПРАКСА ОПШТИНСКОГ СУДА У НИШУ У 2007. ГОДИНИ	211
<i>Крстић Новак, студент докторских студија</i> УЛОГА ПАРНИЧНОГ СУДА И СТРАНАКА У ПРИКУПЉАЊУ ПРОЦЕСНОГ МАТЕРИЈАЛА – КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА РЕШЕЊА РАНИЈЕГ И ВАЖЕЋЕГ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ	223
<i>Урош Здравковић, студент докторских студија права</i> ИСКЉУЧИВА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ У ПРАВУ СРБИЈЕ КАО СМЕТЊА ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕД МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ АРБИТРАЖОМ	241
ТРГОВИНСКО ПРАВО	
<i>Проф. др Предраг Димитријевић</i> ВРЕМЕ ДА СЕ СУДОВИ СУОЧЕ СА ЕЛЕКТРОНСКОМ ТРГОВИНОМ .	257
<i>Проф. др Љубица Николић</i> ЕЛЕКТРОНСКА ТРГОВИНА КОД НАС	273
ПОРЕСКО ПРАВО	
<i>Проф. др Милева Анђелковић</i> МОДИФИКАЦИЈЕ ПОРЕСКЕ ПРОЦЕДУРЕ	289

<i>Доц. др Марина Димитријевић</i> УСАГЛАШЕНОСТ НАЧЕЛА ПОРЕСКОГ ПОСТУПКА У СРБИЈИ СА НАЧЕЛИМА УПРАВНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ...	301
---	-----

КРИВИЧНО ПРАВО

<i>проф. др Драган Јовашевић</i> СИСТЕМ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА	317
--	-----

<i>проф. др Миомира Костић</i> ВИКТИМИТЕТ СТАРИХ ОСОБА (регулисање правног положаја и заштите старијих (остарелих) особа од свих облика дискриминације/виктимизације код нас)	345
--	-----

<i>Проф. др Саша Кнежевић</i> ПРИМЕНА ПРОЦЕСНЕ ПРИНУДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА	385
---	-----

<i>Дарко Димовски, сарадник у настави</i> ПРИМЕНА РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ У МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ	399
---	-----

РАДОВИ СТУДЕНАТА

<i>Драгана Пасула</i> СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ	423
---	-----

<i>Јована Тодоров, Радмила Васиљевић, Јелена Видојевић, Љиљана Пенева, студенткиње Правног факултета у Нишу,</i> ЕТИОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ДЕВИЈАНТНОГ ПОНАШАЊА ДЕЦЕ У НИШУ	459
--	-----

ПРАВО ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

UDK: 339.923:061.1EU

Проф. др Александар Ђирић,
Правни факултет у Нишу

КАРАКТЕРИСТИКЕ ЈЕДИНСТВЕНОГ ТРЖИШТА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

***Апстракт:** Истражујући карактеристике јединственог тржишта Европске уније (ЕУ), аутор је кроз краћа уводна излагања указао на дуг пут којим су се европске заједнице кретале од сопствене фазе настанка, преко заједничког до јединственог тржишта, без унутрашњих економских граница. Јединствено тржиште почива на економској територији на којој је успостављена привредна интеграција кроз реализацију начела слободне кретања робе, услуга, капитала и слободне кретања лица, односно радне снаге. У циљу успостављања и функционисања таквог привредног простора, на нивоу Уније је усвојено мноштво **правних аката**, који се непосредно примењују на територијама свих њених чланица и које је аутор у овом раду анализирао у контексту теме излагања. У закључку рада се констатује да основне руководне идеје тржишта ЕУ чине заједнички именуљ интеграције на нивоу ЕУ. Јединствено тржиште Уније је истовремено и њена најзначајнија тековина, на коме се заснива концепт, настанак, развој и будућност читаве ЕУ.*

***Кључне речи:** Јединствено тржиште Европске уније (ЕУ); Начела јединственог тржишта ЕУ; Слобода кретања робе; Слобода промета услуга; Болкенистејнова директива; Слобода кретања радне снаге; слобода промета капитала; Механизми функционисања унутрашњег тржишта; Контрола дисторзије тржишта; Антидампинг.*

1. Увод

Европске заједнице су у свом развоју прошле дуг пут, почев од међународних организација са довољно уском и конкретном сфером

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

делатности, (угаљ, челик, атомска енергија), до **широке економске сарадње** и до стварања јединствене интеграционе међународне форме, са готово универзалном надлежношћу – Европске уније (ЕУ). Данас на територији Уније, од Финске до Малте, **нема унутрашњих економских граница**.

Основна начела на којима почива Унија су: слобода, демократија, поштовање људских права и основних слобода, правна држава, поштовање основних права према критеријумима Европске конвенције о заштити људских права, као и поштовање националних идентитета држава чланица.

Римским оснивачким уговорима су пред Европску економску заједницу, између осталог, постављени циљеви о успостављању **заједничког тржишта**, које се заснивало на усклађивању економских политика држава-чланица.

Члан 2. Римског уговора предвиђа: ”Заједница има задатак оснивања заједничког тржишта и поступно приближавање економских политика земаља чланица, унапређење усклађеног развоја економске активности у целокупној Заједници, континуирану експанзију, уравнотежен, стабилан раст, убрзано подизање животног стандарда, блискије односе између земаља чланица“.

Заједничко тржиште почива на заједничкој економској територији на којој је успостављена привредна интеграција кроз реализацију начела слободе кретања робе, услуга, капитала и слободе кретања лица, односно радне снаге. Фазе економске интеграције ЕУ су оствариване постепено и обухватају изградњу:

- а) Зоне слободне трговине, која подразумева укидање царина између држава чланица;
- б) Царинске уније, коју одликује установљавање заједничких царинских стопа према државама нечланицама;
- в) Јединственог тржишта, које омогућава слободан проток робе, услуга, радне снаге и капитала између држава чланица и
- г) Економска унија, која хармонизације економске политике држава чланица.

Након успостављања и функционисања заједничког тржишта ЕУ, Јединственим европским актом је утврђен нови економски циљ – **успостављање унутрашњег, или јединственог тржишта** Заједнице. Процес усклађивања техничких, правних, административних, културних и протекционистичких одредби везаних за одвијање слободне трговине и кретања људи и добара у Унији је започет 1985. године. Од тада се кренуло на пут од заједничког ка јединственом унутрашњем тржишту, чији су темељи постављени 1. фебруара 1993. године¹.

¹ Међу резултатима постигнутим од 1993. године до данас су: отварање више милиона радних места, директна могућност такмичења привредних организација из свих земаља чланица, већи

У циљу успостављања и функционисања јединственог привредног простора и унитарног тржишта, на нивоу Уније је усвојено мноштво **правних аката**, који чине њен правни систем, и који се непосредно примењују на територијама свих њених чланица. Донето је низ одлука, правилника, директива, уредби, препорука и других аката, који се тичу свих грана привредних и трговинских односа. Готово да не постоји област трговине без одговарајуће нормативне регулативе, које су државе – чланице и њихови трговински субјекти дужни примењивати.

2. Начела јединственог тржишта ЕУ

Јединствен привредни простор ЕУ се заснива на нормама Уговора о оснивању Европске Заједнице. Њима се предвиђа: забрана примене царинских дажбина међу државама-чланицама, уз истовремено установљавање опште царинске тарифе у односима са трећим земљама²; забрана количинских ограничења у трговини, односно увозу и извозу између држава-чланица³; општа трговинска политика⁴; стварање унутрашњег јединственог тржишта Уније⁵ и др.

Правни основ унутрашњег тржишта је садржан у одредбама Поглавља I (Слобода промета робе), Поглавља III (Слобода кретања лица, услуга и капитала), Поглавља IV (Визе, азили, имиграциона и друге политике везане за слободу кретања лица), као и чланова 94 - 95. Уговора о ЕЗ.

Напред поменуте слободе се групишу на:

- а) слободу промета робе;
- б) слободу промета услуга;
- в) слободу кретања радне снаге и
- в) слободу промета новца и трансфера капитала.

Наведене слободе представљају **основу права привредне интеграције ЕУ**. Оне су истовремено и подлога руководних идеја, односно начела заједничког тржишта⁶. Ваља подвући да све одредбе Уговора о ЕЗ, којима се уређују сва четири вида слободе, користе тзв. „негативни метод интеграције“. Другим речима Уговор их не прокламује на посебан и изричит начин, већ забрањује све радње које им противурече.

избор и ниже цене производа. Европским фирмама је заједничко тржиште истовремено и платформа за пласман њихових производа на глобалном нивоу.

² Видети чл. 3, 23. Уговора.

³ Видети: чл. 3, 28, 29 Уговора ЕЗ.

⁴ Чл. 3. Уговора.

⁵ Видети: чл. 3, одељак III дела 3. Уговора.

⁶ Тач. «с» § 1 чл. 3 Уговора

Основне руководне идеје тржишта ЕУ су заједнички именитељ интеграције на нивоу ЕУ. Јединствено тржиште Уније је истовремено и њена најзначајнија тековина, на коме се заснива концепт, настанак, развој и будућност читаве ЕУ. Поменута четири начела су и изричито садржана у тач. ц, параграфа 1. ст. 3 Уговора ЕЗ. Њих подупиру принципи непосредног дејства, одсуства дискриминације, принцип приоритета права ЕУ, као и **начело међусобног признавања**, које омогућава да сви производи који су регуларно произведени у било којој земљи чланице могу бити пласирани на тржишту друге земље-чланице. Правна регулатива јединственог тржишта и његове четири темељне слободе спадају у искључиву компетенцију Уније и осталих заједница, тако да нема примене ни принципа супсидијарности, ни принципа пропорционалности.

2.1. Слобода кретања робе (чл. 23 Уговора ЕЗ)

Суштина овог начела и посебног облика слободе на јединственом тржишту ЕУ значи да државе чланице немају право да постављају ограничења у трговини робом која је на законит начин произведена и стављена у промет на тржишту у другој држави чланице.

Правни оквири садржине начела слободе промета робе унутар Заједница су постављени у самом Уговору⁷. Штитећи његову реализацију, Уговор предвиђа забрану следећих мера:

а) истовремене примене увозних и извозних царинских дажбина и такси које имају исти значај, као и царинске дажбине фискалног карактера међу државама чланицама (чл. 25. Уговора);

б) свих мера које су еквивалентне увозним или извозним царинским дажбинама;

в) директно или посредно дискриминационо опорезивање⁸;

г) количинских ограничења у промету робе међу државама-чланицама⁹;

д) еквивалентних количинских ограничења у робној размени међу државама-чланицама.

Уговор не садржи дефиницију «мера, еквивалентних извозним или увозним царинским дажбинама». Тај појам је одредила судска пракса. **Европски суд је заузео став:** «Свака врста новчане таксе, ма ког износа она

⁷ Видети: чланове 25, 28 и 29. Уговора ЕЗ. О томе детаљније: Право Европског сојуза, отв. редактор С. Ю. Кашкин, «Проспект», Москва, 2005. стр. 152. и даље.

⁸ Чланови 90-93. Уговора регулишу забрану примене унутрашњих мера државе са дискриминационим дејством.

⁹ Чланови 28 – 29. су посвећени количинским ограничењима, односно квотама, које су забрањене, као и све друге мере, које имају исти ефекат у трговини између држава-чланица Уније.

била, без обзира на образложење циља њене примене, која је уведена једностраним поступком за робу националног порекла, или увезену робу, која прелази државне границе, а није царина у строгом смислу тог појма, сматра се дажбином која има еквивалентни ефекат царинским дажбинама.., чак и уколико она не обезбеђује добит држави, или ако нема дискриминаторски или протекционистички карактер, или није израз заштитне мере у односу на домаће производе и др.»¹⁰.

Слична ситуација је и у погледу мера, које су еквивалентне количинским ограничењима. Имајући у виду да Уговор не дефинише шта се подразумева под тим мерама, празнина је попуњена праксом Суда. Суд је утврдио да се мерама еквивалентним количинским ограничењима могу сматрати: «све државне норме донете од стране државе-чланице, које могу директно или индиректно, у конкретном случају, или потенцијално отежати трговину унутар Заједнице»¹¹.

За слободу промета робе је значајно успостављање тзв. „**комуни-тарне марке квалитета**“ («*CE*»). У том смислу се могу користити сви погодни знакови графичке презентације, речи, укључујући назив робе, дезен, слова, бројке, облик производа. Знак треба да разликује и дистанцира производе или услуге једног предузећа од других. Комунитарна марка се примењује на око 70% производа на тржишту ЕУ-а и Европског економског простора (ЕЕА). Одобрава се на период од десет година, а продужава је Биро за усклађивање на унутарњем тржишту. Предност ЦЕ ознаке је у томе што она представља неку врсту „трговинског пасоша за производ“ за ЕУ тржиште. Производима са ознаком «*CE*» је омогућено слободно кретање на јединственом тржишту, на коме земље чланице немају право забране његовог промета, осим уколико не постоји кршење одредби директива, или уколико постоји ризик који директиве не предвиђају.

У вези са слободом кретања робе је **важно указати** и на правила **о слободним зонама и слободним складиштима**. Ова област је регулисана чл. 166. до 181. Царинског закона Европске Заједнице (ЕЗ), који је установљен **Уредбом Савета (ЕЗ) бр. 2913/92** од 12. октобра 1992. године.

Слободне зоне и слободна складишта су делови царинског подручја ЕЗ или простори који се налазе на том подручју и одвојени су од осталог дела царинског подручја. Државе чланице могу да одреде делове царинског подручја ЕЗ за слободне зоне или да дозволе отварање слободних складишта.

Улаз у слободну зону или слободно складиште, као и излаз подлежу мерама царинског надзора. Лица, превозна средства и роба у том случају могу бити предмет царинског прегледа. Приступ слободној зони или

¹⁰ Видети: С. 24/68, *Commission v. Italy*, 1969, ECR, 193. О томе: Основы права ЕС, под редакцией, С.Ю. Кашкина, Москва, «Инфра -М», 2002, стр.100.

¹¹ С 8/74, *Procureur de Roi, v Dassonville*, 1074, ECR 837, *Ibidem*, сmp.100.

слободном складишту може се забранити лицима која не гарантују да ће се придржавати прописаних правила.

Роба из ЕЗ, као и роба која није из Заједнице може се сместити у слободну зону или слободно складиште.

Када роба из ЕЗ улази у слободну зону или слободно складиште не мора да се пријави царинским органима, нити је потребно да се за њу поднесе царинска декларација, изузев у случају:

а) да је над робом спроведен царински поступак који се окончава уласком робе у слободну зону или слободно складиште (када наведени царински поступак дозвољава изузеће од обавезе пријављивања робе, такво пријављивање се неће захтевати);

б) да је смештена у слободну зону или слободно складиште на основу одлуке органа да се дозволи повраћај или отпис износа увозних дажбина;

в) да испуњава услове за примену мера наведених у члану 166б наведеног закона.

Не постоји временско ограничење за задржавање робе у слободној зони или слободном складишту. У слободној зони или слободном складишту дозвољено је обављање свих индустријских, комерцијалних и услужних послова под условима прописаним Царинским законом ЕЗ.

На робу која није из ЕЗ, а смештена је у слободну зону или слободно складиште могу се применити следећи поступци: стављање у слободан промет; уобичајени облици манипулације (ради очувања, побољшања изгледа, припреме за дистрибуцију итд.); активно оплемењивање; прерада под царинском контролом; уступање и уништење.

Роба која излази из слободне зоне или слободног складишта може да се извезе или да се поново извезе, а може и да се унесе у неки други део царинског подручја ЕЗ.

2.2. Начело слободе пружања услуга

Ово начело подразумева привремено или повремено пружање услуга ван граница матичне државе. Услуге су, у поређењу са робом, нематеријални производ, који се не може ускладиштити и чувати, али који се може продати¹². Предмет услуге је све оно чиме се тргује, али што вам **не може пасти на ногу**¹³.

¹² У ЕУ се подвлачи да је «сектор сфере услуга одлучујући фактор даљег развоја привреде, који чини 70 процената друштвеног производа и запошљава око 120 милиона људи. О томе детаљније: А. Ђирић, Слобода пружања услуга на тржишту ЕУ у светлу Болкенштејнове директиве 2006/123. реферат на Међународном научном скупу, Правни факултет, Ниш, 2009, као и <http://eur-lex.europa.eu> and <http://www.bankir.ru>

¹³ И.И. Дюмулен, Международная торговля услугами, «Экономист», Москва.

Термин „услуге“ обухвата најразнородније врсте делатности, у најразличитијим гранама трговине на унутрашњем тржишту Уније.

Правне норме, **које чине основ регулисања пружања услуга на тржишту ЕУ су садржане у Уговору ЕЗ**¹⁴. За разлику од високо оствареног промета у трговини робом и високог нивоа унификације права у тој области, значај сектора услуга је у правним документима ЕУ **више наговештаван**. У тој области се осетила потреба за веома озбиљном доградњом формално – правног оквира и за успостављањем истинског и стварног унутрашњег тржишта у промету услуга, које чини највећи потенцијал у сектору европске привреде и бизниса.

Најшири оквир правног регулисања сфере услуга на регионалном нивоу, који одређује садржину и схватање начела слободе пружања услуга **на тржишту ЕУ**, је Уговор ЕЗ. Широк карактер правних норми у области услуга, условио је појачану активност Суда правде ЕУ (ЕСП), који је решавањем конкретних спорних питања у вези са прометом услуга на тржишту Уније, преузео улогу креатора права. Суд је, у основи, поступајући по конкретним захтевима, проглашавао одређена понашања учесника у промету услугама допуштеним и сагласним општим нормама Уговора, или је налазио да су те норме прекршене. На тај начин су, преко праксе Суда, заузмани општи ставови у вези са питањем да ли је, или није поједини национални извор права земље-чланице ЕУ у супротности са одредбама Уговора о оснивању, посебно његове Главе 3. (чл. 49. до чл. 55.), као и Наслова V - „Саобраћај“, од члана 70. до члана 80. Уговора, на основу кога државе-чланице, реализују циљеве предвиђене Уговором у оквиру заједничке саобраћајне политике.

Упркос неспорном значају стваралачке улоге праксе Суда правде, јасно је да се његовим појединачним одлукама нису могла изградити сва правила за реализацију начела слободе промета услугама на основама слободне утакмице на тржишту. Било је потребно усвојити и **акте секундарног законодавства**, чијом је применом требало ускладити законодавство у државама-чланицама у сфери услужне делатности. Донето је више директива, чији су предмети регулисања различити, а тичу се пружања услуга у привреди, осигурању, банкарству и у другим областима¹⁵. Имајући у виду изузетно широк дијапазон услуга, све донете директиве које су поједина

¹⁴ Видети: чл. 49-54. Уговора.

¹⁵ У поступку предвиђеном Уговором о оснивању, Савет ЕУ је донео више директива у вези са пружањем услуга, које се могу сврстати у три групе: У прву групу се убрајају директиве које се односе на услове уласка и боравка држављана других држава чланица и чланова њихових породица. Директиве које се односе на поједине области пружања услуга као што су привреда, осигурање, банкарство и друге секторе, припадају другој групи. Њихов циљ је либерализација, или координација националног законодавства. Коначно, трећој групи припадају директиве које се тичу вођења опште политике у сектору услуга.

питања о пружању услуга регулисала више на посебан, секторалан начин (*lex specialis*), оцењене су заједно, као недовољна основа за успостављање унутрашњег тржишта ЕУ у области услуга.

Услед наведених разлога, Европски парламент је 12. децембра 2006. године, донео **Директиву** 2006/123/ о услугама на унутрашњем тржишту¹⁶, која је позната и по називу **Болкштејнова директива** (*engl. Bolkestein Directive*)¹⁷. Од покретања иницијативе за њено доношење, Директива је била предмет контроверзних ставова у земљама чланицама. Ваља поменути да је она оштро критикована од стране синдикалних организација и левичара, посебно од Социјалистичког европског покрета. Критичари Болкштејнове директиве тврде да ће она довести до конкуренције између радника у различитим деловима Европе и да ће резултирати падом цене радне снаге и **социјалним дампингом**¹⁸.

Текст Директиве садржи **Преамбулу**, у којој су веома детаљно изнети циљеви и значај њеног доношења, као и елементи важни за њену интерпретацију и примену¹⁹.

¹⁶ Директива Европског парламента и Већа бр. 123/2006. о услугама на унутрашњем тржишту је потписана 12. децембра 2006. године у Стразбуру. Ступила је на снагу 27. 12. 2006. године даном објављивања у Службеном листу Еуропске уније. Рок за њену имплементацију у национална права свих држава чланица је три године од дана објављивања, тј. 28. 12. 2009. (*Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market*). Текст Директиве је доступан на веб адреси: www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/default_en.htm - 230k.

¹⁷ *Frits Bolkestein je био комесар* Генералног директоријата за унутрашње тржиште ЕУ у време доношења Директиве.

¹⁸ Персонификација појаве социјалног дампинга у сектору услуга се означава изразом «пољски водоинсталатер» («*Polish plumber*»). Видети: *Directive on services in the internal market, From Wikipedia, the free encyclopedia*, http://en.wikipedia.org/wiki/Directive_on_services_in_the_internal_market. Међутим, оцењује се да је рачио социјалног дампинга из Источне Европе, поред негативне импликације на армију запослених, садржан у чињеници о његовом утицају на знатно појефтињење радне снаге у процесу производње и пружања услуга, што би требало да, као позитиван резултат, обезбеди већу конкурентност европске привреде на светском тржишту. Видети: М. Митрофанов, *Убытъ Директиву, «Ракурс», 2004, www.pctvl.lv/?lang=ru&mode=rakurs&submode=akcent&page_id=2960-61k*.

¹⁹ Текст Преамбуле је, могло би се рећи, неуобичајено дуг и садржи 118 тачака. То указује да овај део Директиве није само козметичко одељење за украс читавог њеног текста и пука декларативна форма, већ је реч о нормама које директно утичу на уређивање, иначе, сложене материје пружања услуга на јединственом тржишту ЕУ. Поред Преамбуле текст садржи укупно 46 чланова распоређених у осам глава: Глава I – Опште одредбе, које упућују на предмет Директиве; Глава II, која се тиче утврђивања административног поједностављења процедуре пружања услуга; Глава III носи назив „Слобода настањивања давалаца услуга и одобрења за обављање делатности“; Глава IV уређује питање слободе пружања услуга на тржишту ЕУ; Глава V се односи на квалитет услуга; Глава VI предвиђа услове под којима се одвија административна сарадња у области пружања услуга између држава-чланица Уније; Глава VII носи назив „Програм за зближавање“, док последња Глава VIII садржи завршне одредбе.

Директива има **синтетичку природу**, будући да се примењује на све врсте услуга на јединственом тржишту ЕУ, осим оних које су изричито изузете из њеног режима. Она је допринос остваривању реалног нивоа унутрашње размене услуга на јединственом унутрашњем тржишту. У том смислу, Директива садржи правила фер конкуренције у услужној сфери, која би требало да учине помак у смеру успостављања суштинског унутрашњег тржишта услугама, као највећем сектору европске привреде²⁰. Полази се од претпоставке да је укидање баријера за кретање услуга преко државних граница битан услов јачања интеграције европских народа као претпоставке одрживог привредног и друштвеног напретка.

Директива има улогу инструмента будуће хармонизације прописа у области на коју се односи²¹. Заснива се на добро утврђеној судској пракси Европског суда у области слободе кретања услуга. Превазилажење правних препрека у циљу реализације права настањивања је приоритет утврђен и од стране Европског савета у Лисабону 23 – 24. марта 2000. године. На тим основама се тежи успостављању социјалне кохезије у области запошљавања, као и постизању стабилног економског раста, што би требало да омогући да ЕУ постане најконкурентнија и најдинамичнија привреда света до 2010. године.

Концепција услуге према Директиви је у складу са концептом услуге дефинисаном у Уговору, према којој се делатност може сматрати услугом уколико се она пружа од стране физичког или правног лица, ван ограничења која произлазе из уговора о раду²². Поред тога, пружање услуге би требало да се обавља уз накнаду, тј. треба да има привредни карактер, што се цени у сваком конкретном случају. Сам факт да одређену услужну делатност обавља држава, државни орган или непрофитна организација, не значи да она није услуга у смислу Уговора ЕЗ и Директиве о услугама²³.

Услуге нарочито обухватају:

- а) делатности индустријског карактера;
- б) делатности трговачког карактера;
- в) делатности занатског карактера;
- г) делатности слободних професија.

²⁰ *Handbook on Implementation of the Services Directive*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007.p. 7. http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

²¹ Како се напомиње у Преамбули Директиве, она «успоставља општи оквир за промет широког круга услуга, уз респект различитих карактеристика сваке поједине врсте. Такав оквир се заснива на динамичном и селективном приступу кроз процес који омогућава брзо уклањање постојећих препрека. За препреке сложеније природе покрећу се поступци евалуације, консултација и комплементарне хармонизације специфичних проблема, што треба да омогући поступну и координисану модернизацију националних регулаторних норми о услугама. Таквом приступу придаје се значај виталне важности за остваривање стварног унутрашњег тржишта у промету услугама до 2010. године». Видети: www.europarl.europa.eu/comparl/imco/services_directive/default_en.htm - 230k.

²² Одлука од 12. 12. 1974. у предмету *Walrave* (36/74).

²³ Одлука од 11. 04.2000. из здружених предмета *Deliège* (C-51/96) и (C-191/97).

Директива у чл. 4. опредељује појам услуге као сваку привредну делатност, извршену од самостално запосленог лица, уз надокнаду, која се наводи у чл. 50. Уговора. Дакле, надокнада или плаћање (engl. *remuneration or pay*) је основни критеријум за оцену да ли се нека привредна активност, у смислу права ЕУ, може сматрати услугом. Сагласно пракси Суда правде ЕУ „битна карактеристика надокнаде се огледа у чињеници плаћања за конкретну услугу²⁴, при чему није од значаја да ли накнаду плаћа непосредно сам корисник услуге, или то чини треће лице²⁵.“ У вези са услугама образовања, које пружа **национални образовни систем**, Суд је заузео становиште да се надокнада за упис или школарина, коју ученици или њихови родитељи повремено плаћају националном образовном систему у циљу доприноса за покриће оперативних системских трошкова, не сматрају надокнадом за пружену услугу, уколико се систем финансира из државне благајне²⁶. Према пракси ЕСП, наплатна природа услуге је њено битно обележје. Тако, спортске активности улазе у подручје примене права ЕУ само у мери у којој оне условљавају економску активност²⁷. То значи да уколико у вези са спортским активностима нема платежне функције, такве активности не улазе у подручје на које се примењује право ЕУ. Из праксе Европског суда произлази да услуге које обавља држава за свој рачун, у контексту друштвених, образовних и правосудних активности, а не укључују наплату, попут услуга националног образовања, или управљања националним социјалним осигурањем, не представља услугу у смислу права ЕУ.

Услугама се може трговати на више начина. Један од могућих начина трговине услугама је пример када продата услуга, аналогно продаји робе, прелази државну границу, идући од продавца (даваоца, произвођача) услуге из једне земље ка њеном потрошачу (програмер из једне државе изради софтвер за корисника у другој држави). Други начин је премештање иностраног даваоца услуге на територију земље, на којој се налази корисник услуге, док се трећи начин реализације промета услуге састоји у премештању иностраног корисника услуге на територију земље у којој се услуга

²⁴ Одлука од 27. 09. 1988. у предмету *Humbel* (263/86).

²⁵ Одлука од 26 априла 1988. у предмету *Bond van Adverteerders* (352/85); Одлука од 13. 05. 2003. у предмету *Müller Fauré* (C-385/99); Одлука од 12. 07. 2001. у предмету *Smits u Peerbooms* (C-157/99). *Handbook on Implementation of the Services Directive*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2007.p. 10. http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

²⁶ Одлука од 7. 12. 1993. у предмету *Wirth* (C-109/92).

²⁷ На пример, у предмету *36/74 Walrave and Koch v Union Cycliste Internationale* је заузет став да је „бављење спортом предмет права Заједнице само у мери у којој представља економску активност у смислу чл. 2 Уговора, што се цени према конкретним околностима. Уколико таква активност има карактер запослења уз накнаду или уз наплату услуге, она подпада под чл. 48. до чл. 51. или чл. 59. до чл. 66. Уговора ЕЗ, док у супротном она не задира у правно подручје ЕУ.”

пружа. У литератури се наводи и четврти вид пружања услуга, који подразумева привремени излазак даваоца услуге из државе у којој је настањен и улазак у неку другу државу чланицу, са циљем да на њеној територији пружи услугу кориснику који је настањен на територији исте државе у којој је настањен и сам давалац²⁸.

Државе-чланице Уније неће поступати или вршити утицај на услужне делатности на својој територији на начин којим се не поштују начела недискриминације, неопходности и пропорционалности. Другим речима, Директива обезбеђује да се мерама националних законодавстава неће постављати услови који су у пракси Суда ЕЗ оцењени као типична ограничења слободе пружања и коришћења услуга, као што је на пример захтев да се давалац настани у земљи у којој пружа услуге, да добије дозволу за рад (осим у изузетним случајевима), да мора да изгради одговарајућу инфраструктуру, да је дужан да поседује идентификациони документ и т. д.

2.3. Слобода кретања лица и радне снаге (чл. 39-42. Уговора)

Овај вид слободе значи да се држављани ЕУ могу слободно кретати, боравити и радити у било којој чланици Уније. У најширем смислу, слобода кретања лица произлази из одредаба којима се уређује европско држављанство, које у начелу гарантује право на кретање и слободан боравак на простору било које државе чланице.

На слободу кретања лица односе се правила, која се тичу: кретања грађана ЕУ у циљу становања; кретања радника и чланова њихових породица; кретања запослених и лица, која нису грађани Уније; кретања лица на основу примене Шенгенског споразума.

У ову категорију свакако спада и слобода на тзв. **право настањивања**. Слобода настањивања подразумева право лица да уђу на територију државе-чланице ЕУ и да се настане, са циљем да у тој држави обављају одређене привредне делатности. Другим речима, институт права настањивања подразумева постојање права лица из једне државе чланице да се на територији друге државе чланице ЕУ настани и да у њој трајно у својству samozапосленог лица обавља самосталну делатност личним радом, или право да отвори радњу, односно да оснује трговачко друштво у циљу обављања делатности комерцијалног карактера²⁹.

Овај вид слободе има два основна вида:

- а) слобода кретања предузетника и
- б) слобода оснивања правних лица и других форми обављања привредних делатности, без статуса правног лица.

²⁸ О овоме више: Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 286-287.

²⁹ Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 286.

Слобода оснивања подразумева право започињања и настављања делатности од стране лица из било које државе чланице, које се бави самосталном делатношћу, као и оснивање и управљање предузећима, под условима који важе за грађане државе седишта на чијој територији су она основана.

Поставља се питање да ли се право физичких лица на слободу оснивања протеже на правна лица и у ком обиму. Одговор је садржан у чл. 48. Уговора: «трговачка друштва и предузећа која су основана у складу са прописима једне државе чланице и која имају своје регистровано седиште, своју главну управу или главно место пословања унутар, изједначена су у примени одрбди овог поглавља са физичким лицима држава чланица³⁰.

Оснивање трговачког друштва за пружање различитих врста услуга, омогућава обављање трговачке делатности на неодређено време³¹. Супротно од тога, сагласно пракси Суда Европских заједница, слобода обављања привредних делатности подразумева и пружање услуга без обавезног и сталног институционалног присуства њихових давалаца у привредном животу земље пријема. Право настањивања изискује интеграцију у привреду државе-чланице, укључујући и привлачење клијената у тој држави-чланици на основу сталног професионалног седишта³².

На реализацију права настањивања могу се позивати држављани држава-чланица, у својству физичких лица, као и правна лица, сходно Уговору о оснивању ЕЗ. Категорију физичких лица обухватају тзв. „самозапослена лица“³³ из реда држављана држава-чланица, укључујући и она која имају боравиште у некој трећој држави нечланици ЕУ. Категорију правних лица обухватају трговачка друштва која су основана применом прописа државе-чланице, која имају седиште и централно место пословања у Заједници.

Садржину начела опште слободе кретања лица, употпуњује принцип **слободе кретања радне снаге**. «Таква слобода... обухвата укидање сваке дискриминације између радника држава-чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада» (чл. 39. ст. 2.

³⁰ Оснивачки уговори Европске уније, приредио Д. Лопандић, Београд, 2003, стр. 70. О томе видети и: Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 103-104.

³¹ Одлука од 25 јула 1991. у предмету *Factortame* (C-221/89). У вези са тим видети појам „настањивање“ у чл. 4, параграф 5. Директиве.

³² Одлука од 11. децембра 2003. године у предмету *Schnitzer* (C-215/01).

³³ Самозапослена лица се разликују од категорије радника. Она су ван односа субординације и сама сnose ризик неуспеха сопственог запошљавања, или користи успеха у послу којим се баве. Таква лица се, за пружене услуге, плаћају директно и у потпуности. Баве се најразличитијим пословима индустријског или трговачког карактера, занатима и другим професијама, укључујући и послове нуђења љубави. Више о овоме: Р. Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2008, стр. 261.

Уговора). Ово право се не гарантује на запошљавање радне снаге у јавној управи држава-чланица.

2.4. Слобода кретања капитала и слобода плаћања

Руководни принцип слободе кретања капитала односи се на забрану ограничења у кретању новчаних вредности, инвестиционог улагања и плаћања за робу и услуге. Степен достигнуте слободе у трансферу капитала и слободног плаћања је индикатор нивоа либерализације трговине.

Захваљујући слободном кретању капитала европски грађани и пословни субјекти имају слободан приступ финансијским услугама на територији целе Уније. Слободно кретање капитала омогућује проток средстава унутар ЕУ, олакшава прекограничну трговину, погодује мобилности радника, олакшава прикупљање капитала потребног за започињање пословања и раст привредних субјеката.

Осим забране предузимања мера ограничења у кретању капитала између држава чланица, забрањена су и ограничења кретања капитала између држава чланица и трећих земаља. Међутим, задржана је могућност увођења заштитних мера у случајевима озбиљних тешкоћа које могу погодити Европску монетарну унију.

Ваља указати на чињеницу да између начела слободе кретања капитала и слободе реализације текућих плаћања, постоје одређене сличности и разлике. Како Уговор о ЕЗ не даје изричит појам категорије «кретање капитала», празнина се попуњава одлукама Суда. Суд је одлучио да се под «кретањем капитала» подразумевају финансијске операције, које су суштински повезане са инвестирањем из извора финансирања једне земље, чија се средства користе за инвестициона улагања у другој земљи, при чему се она не трансферишу, у одређеном року, повратно у земљу свог порекла»³⁴.

Без обзира што је слобода плаћања у тесној вези са слободом кретања капитала, ипак, се ради о два различита начела слободе заједничког тржишта. Текућа плаћања подразумевају: пренос иностране валуте; плаћања на нивоу две државе; дознаку средстава за испоручену робу или пружене услуге; предмет преноса су валуте, као законска средства плаћања поједине државе у којој се налази поверилац или корисник одређене новчане трансакције.

Најкраће речено, **начело слободе трансфера капитала подразумева да су забрањена сва ограничења у трансферу капитала међу државама-чланицама међусобно и између држава –чланица и трећих земаља**³⁵.

³⁴ Одлуке у предмету *Luisi and Carbone v. Ministero del tesoro* и у предмету *R. V. Tompson*, на основу: Право Европског сојуза, отв. редактор С. Ю. Кашкин, «Проспект», Москва, 2005. стр. 166-167.

³⁵ Видети: *Ibidem*, стр. 166-169. и тачка 1 чл. 56 Уговора.

Националну јурисдикцију су државе чланице Уније задржале у односу на: директне инвестиције, право настањивања; пружање финансијских услуга; пласман хартија од вредности на финансијско тржиште.

2.5. Европска монетарна унија као део јединственог тржишта и израз начела слободе трансфера капитала

Као што смо напред истакли, Уговор ЕЗ (чл. 56.) забрањује било које форме ограничења слободе у промету капитала, не само међу земљама-чланицама ЕЗ, већ и између њих и трећих држава. Појам “**слободни трансфер капитала**” укључује у себи знатно шире захтеве од простог плаћања и трансфера новца преко државних граница, или граница јединствених монетарних унија. Он обухвата и друге трансакције, које подразумевају трансфер потраживања и дуговања (активе и пасиве). Ту спадају и директне инвестиције компанија, куповина њихових акција и других хартија од вредности, промет непокретности, као и портфолио (индиректне) инвестиције.

Свакако да је велико обележје јединственог тржишта, па и читаве данашње Европе, успостављање јединствене Монетарне уније, са јединственом валутом (еуро/евро)³⁶. Европска монетарна унија (ЕМУ) је део ЕУ. Земље чланице ЕУ усклађују своју економску политику и укључене су у монетарну унију са јединственом валутом и заједничком централном банком. Монетарна унија је основана 1.1.1999. године, а јединствена валута еуро је пуштена у оптицај 1.1.2002. године. Данска, Шведска, Велика Британија, Румунија и Бугарска, које су земље чланице ЕУ, нису чланице и ЕМУ. Европска централна банка (ЕЦБ) једина има право емитовања новца. Она одговара за новчану политику ЕМУ, и има за циљ одржавање стабилности цена и ниске инфлације. Централне банке држава чланица ЕМУ функционишу као **филијале** ЕЦБ. Њен централни орган је Савет гувернера. Захваљујући успостављању јединствене валуте Европа је већ постала својеврстан «**хипермаркет**». Уз еуро туристи више немају потребу да мењају валуте. Рачунице показују да су трошкови путовања путника много мањи и да европском туризму долазе бољи дани.

³⁶ *The Economic and Monetary Union (EMU) European Monetary System (EMS) is the exchange rate structure of the EU. It was established in 1979 to stabilize exchange rates among members at a time when currencies were fluctuating dramatically because of the economic recession of the 1970s. The promotion of stable currencies, it was hoped, would provide the foundations for a future monetary union and a single currency among member states.* Истичу се пет критеријума на којима почива Европска монетарна унија: 1. јавни дугови влада могу износити највише 60 одсто бруто националног дохотка земље (БНП); 2. буџетски дефицити националних влада не смеју премашивати три одсто БНП; 3. годишња инфлација ни у једној привреди не сме бити виша од 1,5 процентних поена од висине инфлације три најуспешније земље, чланице Уније; 4. камате на дугорочне кредите не могу одступати за више од два процентна поена од просека камата три најуспешније земље чланице и 5. Критеријум, који је већ прошлост: ни једна земља чланица не може извршити девалвацију националне валуте без одобрења Европске централне банке, али је може извршити тек две године после одобрења.

У Уговору о оснивању ЕМУ је предвиђено да чланство у Унији подразумева **прихватање *aquis-a*** (норме комунитарног, наднационалног права), који садржи правила о заједничком тржишту, посебно норме о слободном трансферу капитала (глава 4). У тој области *aquis* је могућно поделити на елементе који се обавезно морају изградити на нивоу националног законодавства пре пријема у ЕУ и након тога. У вези са условима које држава - кандидат мора испуњавати пре пријема, посебно се инсистира на забрани директног финансирања државног сектора, или кредитирања државних дугова од стране централне банке, односно ЕЦБ, што указује на потребу очувања финансијске дисциплине и независности централне банке. Поред тога, инсистира се и на забрани привилегованих приступа државног сектора финансијским институтима, чиме се настоји постизање потребног нивоа у дисциплиновању државе према поштовању тржишних услова у приступу капиталу свих његових учесника. Та мера истовремено доприноси **слободи трансфера капитала** и спречавању нарушавања дејства начела тржишне привреде. Независност Централне банке би требало, поред осталог, да доприноси и стабилности цена. Органи изван централне банке не би смели утицати на њено пословање, као и на доношење одлука из њеног делокруга.

Услови које држава мора поштовати после пријема у ЕУ, укључују економску политику и политику валутног курса, координацију економске политике са члановима ЕУ кроз учешће у мерама Уније, извршавање одредби Пакта о стабилности и расту (енгл. *Stability and Growth Pact*), као и поштовање Статута ЕЦБ.

3. Механизми функционисања унутрашњег тржишта

Да би тржиште ЕУ правилно функционисало, успостављена су одговарајућа правила кроз усаглашавање прописа на нивоу ЕУ. То значи да су све државе - чланице усагласиле међусобно своје прописе, преносећи у своја национална законодавства европску правну тековину (***aquis communautaire***), односно заједничке европске директиве којима се регулише промет робе, услуга, лица и капитала на јединственом тржиштиу ЕУ. За случајеве који нису регулисани усаглашеним законским прописима, примењује се тзв. **принцип «узајамног признавања»**, који подразумева да, уколико се производ легално производи и продаје у једној земљи ЕУ, и преостале земље морају омогућити његово слободно кретање на својим тржиштима (земља чланица има право да обустави продају производа уколико има индиција да он представља опасност по општу безбедност, или може угрозити здравље потрошача)³⁷. Исти принцип се примењује и у погледу услуга.

³⁷ И сама регулатива предвиђа да принцип међусобног признавања гарантује слободно кретање роба и услуга без потребе за усаглашавањем националних законодавстава. Роби, која се легално производе у једној држави чланици, не може бити забрањен промета на територији друге државе чланице, чак и ако се производни и технички поступци њене израде, па и

Наиме, у процесу стварања **унутрашњег тржишта**, државе чланице Европске уније сусреле су се са проблемом различитог техничког законодавства. **Техничко законодавство** своју важност црпи из идеје да производи који су понуђени на тржишту морају испуњавати одређене техничке захтеве (правила која се односе на ознаку, облик, величину, тежину, састав, презентацију, етикетирање, паковање и сл.), како у првом реду не би били опасни за њихове кориснике/потрошаче, а онда и за друга лица. Један случај из **практике сликовито** илуструје проблем различитих захтева, који је решаван пред Европским судом правде. Немачке власти су забраниле промет француском ликеру *Cassis de Dijon*, зато што има премало алкохола. Аргументи немачке владе заснивали су се на заштити права потрошача на минимални квалитет (минимални проценат алкохола), па чак и на заштити јавног здравља јер *«тића са малим учешћем алкохола повећавају толеранцију према алкохолу»*. Европски суд правде је пресудио у корист увозника, дозволивши пласман француског ликера на немачко тржиште. Управо је овај случај искоришћен да се уведе правило „**узајамног признавања**“, које укида техничке баријере у промету робом међу државама чланицама. Правило налаже да производу, који се легално налази у промету у једној држави чланици, не може бити забрањен приступ тржиштима других држава чланица, чак иако он не испуњава све техничке захтеве на тржишту свог пласмана. Изузеци од овог правила се дозвољавају ако су оправдани у интересу заштите најважнијих интереса, као што су здравље и животна средина. Процена о њиховој оправданости се подвргава строгим критеријумима. Данас се примена овог принципа не заснива само на одлукама Суда³⁸, већ од недавно и на Регулативи ЕУ 764/2008, која додатно разрађује ову материју. Регулатива је усвојена 2008. године, а ступила је на снагу маја 2009. године³⁹.

Принцип чија је примена постала обавезна и на основу наведене Регулативе омогућава поштовање начела супсидијарности избегавањем стварања детаљних правила на нивоу ЕУ. Тиме се осигурава веће поштовање локалне, регионалне и националне традиције и омогућава да се одржи разноликост производа и услуга. Стога је он постао прагматично и моћно средство трговинске и економске интеграције у јединствено тржиште ЕУ. Према начелу **узајамног признавања**, захтева се да законодавство сваке

квалитет, разликују од оних примењених на домаћи производ исте врсте. Једини изузетак је дозвољен превасходно ради заштите општег интереса, као што су здравље, заштита потрошача или заштита животне средине.

³⁸ Највећи број одлука Суда правде тиче се материје регулисања заједничког тржишта Уније.

³⁹ REGULATION (EC) No 764/2008 OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 9 July 2008 laying down procedures relating to the application of certain national technical rules to products lawfully marketed in another Member State and repealing Decision No 3052/95/EC. It shall apply from 13 May 2009. Текст Регулативе је доступан на сајту: <http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:218:0021:0029:EN:PDF>, 02. 11. 2009.

друге државе чланице има еквивалентно дејство законодавству државе у којој је производ, као предмет трговине произведен.

Сагласно процедури утврђеној у чл. 251. Уговора:

(1) унутрашње тржиште обухвата подручје без унутрашњих националних граница, у коме је слободно кретање робе гарантовано самим Уговором, којим се забрањује предузимање мера које имају ефекте еквивалентне квантитативним ограничењима увоза. Таква забрана се односи на све мере националног карактера, које могу да ометају директно или индиректно, стварно или потенцијално, промет робе унутар ЕУ.

Стварање унутрашњег тржишта подразумева не само либерализацију трговине међу државама чланицама, већ и либерализацију кретања производних фактора: робе као репроматеријала, услуга, капитала и радне снаге. То омогућава реализацију права на тзв. слободу настањивања лица и трговачких друштава на целој територији држава чланица како би им се омогућило обављање професионалних делатности. Због свега наведеног, јасно је да је кључна реч унутрашњег тржишта управо „слобода“. Основна идеја његове реализације је начело недискриминације, које произлази из члана 12. Уговора о ЕЗ, којим се забрањује „било каква дискриминација на основу националне припадности“. Оно спречава различит третман на основу националне припадности у једнаким условима.

4. Мере забране и контрола дисторзије у функционисању јединственог тржишта ЕУ

Римским уговором (чл. 32 – 33.) је утврђена забрана увођења контингента у трговини међу државама-чланицама ЕУ. Забрањено је субвенционисање извоза. Предузетницима је забрањено (чл. 85 - 86) «обављање сваке координирајуће делатности, која има за циљ или непосредни резултат спречавање, ограничавање или нарушавање слободу конкуренције на заједничком тржишту Заједнице», као и злоупотреба «доминантног положаја на тржишту или његовом делу».

У погледу *нетарифних* мера, Унија је увек настојала и сада чини напоре да их на координисан начин потпуно уклони из трговинске праксе.

Генерално посматрано, када је реч о заштитним мерама, њихова примена се допушта, уколико се «било која врста робе увози у таквим увећаним количинама и под таквим условима (на пример, дампинг цене), који причињавају или прете да произведу знатну штету националној привреди...» (чл. XIX ГАТТ).

Најзначајнији правни основ реализације начела слободе кретања робе, а тиме и трговине, у ЕУ има Уговор о оснивању (чл. 23, 25, 28. и 29.). Да би се та слобода успоставила, ЕУ је увела **пет облика забране** и то:

- а) Забрану извозних и увозних царинских дажбина међу државама чланицама;
- б) Забрану свих мера, које имају ефекат извозних и увозних царинских дажбина;
- в) Забрану, односно укидање дискриминационог опорезивања;
- г) Забрану квантитативних ограничења у размени робе између држава-чланица и
- д) Забрану мера еквивалентних квантитативним ограничењима у робном промету између држава-чланица.

Основна подела **законодавних мера** које су предвиђене и тзв. „Белом књигом“⁴⁰ и Јединственим европским актом⁴¹ су:

- а) укидање физичких граница и граничних контрола за робу, имовину и лица на унутрашњим границама;
- б) укидање техничких граница, рушењем националних баријера за производе и услуге, хармонизацијом права или међусобним признавањем;
- в) елиминација фискалних граница, превазилажењем препрека створених посредним порезима, хармонизацијом или приближавањем стопа ПДВ-а и трошарина.

Амстердамским споразумом су утврђени **главни стратешки циљеви** успостављања јединственог тржишта, који за њихову реализацију предвиђа три временске етапе, почев од 1. фебруара 1999. године. У њих се, пре свега убрајају: јачање ефикасности комунитарног права; уклањање мера са негативним дејством, које изазивају дисторзију (витоперење) на тржишту; укидање секторских препрека интеграцијама на тржишту и успостављање јединственог тржишта у интересу свих грађана Уније.

У основне елементе јединствене политике ЕУ о унутрашњем тржишту и лојалној тржишној конкуренцији спадају:

- а) Ограничавање концентрације, у виду трустова и картела;
- б) Контрола спајања предузећа;
- в) Либерализација монополских сектора и

⁴⁰ Године 1985. нова Комисија ЕЗ и њен председник *Jacques Delors* представили су Парламенту начела оријентације и будућег деловања, па је маја 1985. године објављена „Бела књига“ о остваривању унутрашњег тржишта. У „Белој књизи“ стоји да Европа све више касни у развоју и да превише препрека онемогућава остварење јединственог привредног и трговинског простора. У „Белој књизи“ је истичано да се унутрашње тржиште не може успоставити само укидањем трговинских препрека, царина, формалности и бирократије, него и укидањем свих унутрашњих препрека.

⁴¹ „Јединствени европски акт“ потписан је у Луксембургу 17. фебруара и у Хагу 28. фебруара 1986. године. Ступио је на снагу 1. јула 1987. године. Овај акт је прва ревизија изворног права (Римског уговора), који је омогућио прелаз из Европске економске заједнице на Европску заједницу, као и са заједничког тржишта на јединствено тржиште. Акт даје већи значај Европском парламенту и гласању квалификованом већином у већу министара. Посебно је значајан што предвиђа довршење унутарњег тржишта до 1.1.1993. године.

г) Контрола пружања државне помоћи привредним субјектима.

Контрола спајања трговачких друштава и контрола пружања националне државне помоћи спада у надлежност Европске комисије и Опште управе за тржишну конкуренцију. Контролу осталих мера врше овлашћени органи држава - чланица надлежни за област слободне тржишне конкуренције на домаћим тржиштима.

а) Ограничавање концентрације забрањује поделу тржишта међу трговачким друштвима, дефинисање њихових интересних услова пословања, стварање доминантног положаја на и сл. Непоштовање правила ЕУ о ограничењу концентрације се санкционише плаћањем новчаних казни чију висину одређује Европска комисија. Дозвољени изузеци у овом смислу су: сарадња трговачких друштава ради успостављања јединственог технолошког стандарда за заједничко тржиште, као и сарадња мањих предузећа у циљу подизања њихове конкурентске способности на тржишту.

Либерализација у контексту тржишне конкуренције значи ограничавање стварања монопола појединих предузећа, што за последицу има диктирање цена, квалитета робе и услуга и др. У случају тзв. «природног монопола» (енгл. *natural monopoly*), као што је доминација одређене мреже бензинских пумпних станица или телекомуникацијске мреже на појединим подручјима, Европска комисија својим правилима условљава коришћење њихових услуга под истим условима за све кориснике.

По правилима ЕУ, свака **Државна помоћ привреди** у било ком облику, коју додељује држава или која долази из државних средстава (односи се и на локалну самоуправу), сматра се **недозвољеном** ако омогућава предност одређеном трговачком друштву или производњи одређених добара, или утиче на трговину између држава чланица. Дозвољена је државна помоћ индивидуалним потрошачима која има социјални карактер или представља помоћ неопходну за отклањање штета насталих због ванредних околности.

Државна помоћ привреди поред директне финансијске помоћи укључује и омогућавање повољних услова кредитирања, пореске олакшице, царинске рефакције. Укључује и подршку науке и научна истраживања, мере у циљу регионалног развоја и др. Усмерена је на послове који у перспективи могу постати конкурентни на заједничком и светском тржишту, нарочито за мало и средње предузетништво. Државна помоћ је дозвољена уколико она има за циљ реализацију интереса ЕУ⁴².

⁴² Србија је донела Закон о контроли државне помоћи („Службени гласник РС“ број 51/09), који је ступио на снагу 22.07.2009. а примењиваће се од 01.01.2010. године. Контрола државне помоћи је обавеза државе дефинисана Споразумом о стабилизацији и придруживању. Неопходна је због усклађивања нашег правног система са прописима ЕУ. Законом о контроли државне помоћи утврђена је обавеза Владе да донесе програм усклађивања државне помоћи са овим законом, у року од годину дана од дана почетка његове примене.

У складу са правом ЕУ дели државну помоћ на дозвољену и недозвољену.

Дозвољена државна помоћ обухвата изузетке, као што су помоћ неразвијеним подручјима,

Поред напред поменутих забрана, вредно је истаћи да се Унији примењују правила за заштиту од дампинга и субвенционисања извоза, сходно правилима СТО. Дампинг (енгл. *dumping*), се схвата као једнострана мера у спровођењу националне економске политике, у циљу стимулесања производа намењених извозу. Дампинг се дефинише као једностран акт државе који се предузима у циљу извоза њених производа у другу државу, по ценама исте врсте производа, нижим од цена по којима се он продаје на домаћем тржишту, или од цена његових трошкова производње. Износ дампинга се одређује дампиншком маргином. Њу чини износ за који је извозна цена производа нижа од уобичајене цене на тржишту земље извоза, или производне цене истоврсног производа (*engl. Like product*). Конкуренција која није у стању да се носи са тако ниским ценама, се, по правилу, повлачи са тржишта. То доводи до појаве монопола и ограничења начела слободе трговине. Инструмент заштите домаће привреде против таквих нелојалних мера иностране конкуренције су антидампиншке дажбине, које поред царина представљају додатне дажбине на увоз производа са дампинг ценама. Најзначајнији правни извор у области антидампиншких мера Еу је **Регулатива Савета 384/96** о заштити од дампинг увоза из земаља које нису чланице Уније⁴³. Антидампинг регулатива је до 2010. године мењана и допуњавана шест пута у форми амандманских регулатива које важе уз њен основни текст. Када је реч о објекту заштите, Антидампинг директива говори о производу, без конкретнијег одређења његовог појма. Због тога је тешко закључити да се под тим могу подвести и услуге као објект заштите Директиве.

Када је реч о субјектима, Регулатива штити домаће произвођаче истог или сличног производа. Другим речима, правну заштиту од дампинга **не уживају** инострани произвођачи и трговци који продају истоврсне производе на јединственом тржишту Уније по тржишним ценама, без обзира што они могу претрпети штету услед дампинга иностраних конкурентских фирми.

Поред антидампиншких мера, као најчешће коришћеног инструмента спољнотрговинске заштите, њима су, по својој природи и циљу, најближе **антисубвенцијске мере**. Поштујући правила СТО и ГАТТ-а (чл. XVI), Савет ЕУ је усвојио Регулативу бр. 2026/97 о заштити од субвенционисаног извоза из земаља нечланица ЕЗ⁴⁴. Антисубвенцијске мере имају карактер компенза-

отклањање озбиљног поремећаја привреде у земљи, развој одређених привредних делатности и очување културног наслеђа. Давалац државне помоћи дужан је да, пре доделе помоћи, поднесе пријаву посебној Комисији за контролу државне помоћи. Комисија је овлашћена да врши накнадне контроле додељивања државне помоћи на основу сопствених информација, или информација добијених из других извора.

⁴³ O.J. L. 56 od 6. 3. 1996.

⁴⁴ O.J. of the European Communities, L. 288 of 21.10.1997. Регулатива је два пута амандмански ревидирана и то Регулативом од 8. 11. 2002. и Регулативом Савета 461/2004 од 20.3.2004.

торних дажбина, које се примењују ради ублажавања последица увоза, које настају доделом субвенција од стране државе извознице производа. Субвенције подразумевају уживање директне или индиректне државне помоћи извозника (новчане дотације, помоћ у производњи, транспорту и сл.). За разлику од царина, као редовног облика дажбина, антисубвенцијске мере имају карактер ванредних дажбина. Њихова примена је оправдана уколико увоз субвенционираних робе изазива повреду домаће производње.

Унија познаје и **средства заштите од трговинских ограничења трећих држава**. У тој области је донета Регулатива Савета 3286/94 о процедури ЕЗ у области заједничке трговинске политике, којом су предвиђене мере за остваривање права која се заснивају на међународним правилима, посебно оним успостављеним у оквиру СТО 1994. године. Регулатива је, до краја 2009. године, ревидирана два пута: Регулативом 365/95 од 23. фебруара 1995. године и Регулативом 126/2008, од 14. фебруара 2008. године.

Компаније из држава-чланица имају право, на подлози Регулативе, да од органа ЕУ захтевају одговор на било које трговинско ограничење успостављено од стране трећих држава у циљу изналажења мера за елиминисање штете и отклањање неповољних трговинских ефеката у међународној трговинској размени, сагласно усвојеним међународним правилима. Услов примене таквих мера потребно је да трећа држава крши правила међународне трговине, посебно она која су предвиђена споразумима у систему СТО. У могуће мере по овом основу, Регулатива предвиђа: суспензију или укидање трговинских повластица, које је трећа држава имала у трговини са Унијом; повећање царина на увоз из државе у питању, као и увођење нових дажбина на увоз, као и увођење мера квантитативних ограничења на увоз робе и услуга из земље која је прекршила правила.

У области инвестиција, ЕУ је донела посебну Директиву још 1988. године, на основу које је изграђиван процес либерализације кретања капитала у оквиру тржишта ЕУ. То је омогућило да се 1994. године укину сва ограничења трансфера капитала на тржишту Уније.

Дуготрајни напори чинили су се и на плану хармонизације и зближавања акционарског законодавства земаља-чланица. Изграђен је институт «европске компаније» и разрађен текст типског статута⁴⁵. То погодује укрупњавању компанија Уније и стварању њених транснационалних компанија (ТНК), које ће се подвргавати јединственом правном поретку. Суштина се састоји у чињеници да се оснивање и правни положај трговачких

⁴⁵ На нивоу ЕУ, сагласно принципима узајамне сарадње, постоји систем једнообразних норми за трговачка друштва свих држава-чланица. Так, на пример, Прва директива (68/151 *EWG* од 9. 3. 1968.) регулише питања у вези са објављивањем података из регистра о трговачким друштвима, док се 11. директива (89/666/*EWG* од 21. 12. 1989.) тиче материје у вези са објављивањем докумената о оснивању иностраних друштава.

друштва регулише нормама на нивоу Уније, а не правним изворима националног законодавства држава-чланица. Успостављање форме европске компаније (*societas europea*), успоставило је и формално-правни оквир за формирање самосталног облика транснационалне или наднационалне компаније.

Изградњом јединственог тржишта ЕУ, као што смо напоменули, јавила се потреба за правном регулативом у циљу стварања услова за слободном тржишном конкуренцијом у промету робе, услуга и новца. Правна регулатива у тој области је одраз политике слободне тржишне утакмице, коју координира и усмерава Европска комисија и Општа управа за тржишну конкуренцију, у сарадњи са институцијама држава - чланица. Конституционалну вертикалу те политике чине и одговарајуће норме права Светске трговинске организације.

5. З а к љ у ч а к

Унутрашње, односно јединствено тржиште представља срж данашње ЕУ. Његово обележје је укидање препрека у слободном кретању роба, лица, услуга и капитала. Јединствено тржиште спада у највећа достигнућа у функционирању саме ЕУ. Стварање унутрашњег тржишта обухвата не само либерализацију трговине међу државама чланицама, већ и либерализацију кретања производних фактора: рада, капитала и услуга. То подразумева признавање **права слободног настањивања** физичких лица и трговачких друштва на целој територији, коју чине државе – чланице, као претпоставке обављања пословних делатности. Јасно је стога да је кључна реч унутарњег тржишта - «слобода».

Процес настанка јединственог тржишта може се посматрати са више аспеката:

а) Политичког, будући да је прелазна фаза ка остваривању економске, монетарне и политичке уније, као елемената јединственог тржишта резултат политичке воље држава- чланица;

б) Правног, који подразумева хармонизацију правних и других прописа у оквиру

ЕУ са циљем уклањања постојећих и онемогућавања увођења нових препрека у трговини између држава-чланица

в) Економског, који јединствено тржиште доводи до нивоа међународне економске интеграције ка свеобухватној унији као крајњем циљу, са успостављеним унутрашњим тржиштем и политичком унијом. Ваља приметити да се успостављање заједничког тржишта није за све делатности одвијало истом брзином. Услужни сектор се најспорије прилагођава заједничким условима, нарочито у области финансија и саобраћаја, посебно у железничком и ваздушном саобраћају.

Јединствено, односно, унутрашње европско тржиште данас обухвата око 500 милиона људи. Поред тога, Исланд, Норвешка и Лихтенштајн, као земље нечланице, су придружене многим областима преко **Европског економског простора** (ЕЕА). Унутрашње тржиште се у Јединственом европском акту дефинише као «простор без унутрашњих граница, унутар кога је обезбеђено слободно кретање робе, људи, услуга и капитала, у складу са одредбама Уговора».

Prof. Aleksandar Ćirić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CHARACTERISTICS OF THE EUROPEAN SINGLE MARKET

Summary

In exploring the characteristics of the single market of the European Union (EU), in the introductory part of this paper the author provides a brief historical overview of the sustained development of the European Communities from their original foundation and the establishment of a common market to the subsequent establishment of the European single market without internal economic frontiers. The cornerstone of the single market is a common European Economic Area which has facilitated and generated the economic integration based on the fundamental principles of the free movement of goods, services, capital and persons (labour).

In order to establish and make such an economic area really functional and efficient, the European Union has adopted a multitude of legal documents which take direct effect in the territories of all EU member states. In this paper, the author analyses the relevant documents related to the single market of the European Union. In conclusion, the author points out that the principal ideas governing the EU single market are concurrently a common denominator of the European integration. The EU single market is also the most important attainment which the entire concept, creation, development and future of the EU rest upon.

Key words: the Single Market of the European Union (EU); the principles of the EU single market; free movement of goods; free movement of services; *the Bolkestein Directive*; free movement of labour; free movement of capital; mechanisms for the operation of the internal market; control of market distortion; anti-dumping.

UDK: 366.546.2(4-672EU)

Проф. др Милена Јовановић – Zattila,
ванредни професор Правног факултета у Нишу

ОДГОВОРНОСТ ЗА НЕИСПРАВНИ ПРОИЗВОД КАО ОБЛИК ЗАШТИТЕ ПОТРОШАЧА У ПРАВУ ЕУ *

Резиме

У овом раду аутор се бави анализом Директиве 85/374/ЕЕЗ о уједначавању законских и административних прописа држава чланица о одговорности за штету од производа са недостатком и њеним утицајем на заштиту права потрошача. Посебна пажња посвећена је одговорности произвођача, у односу на кога је установљена објективна вануговорна одговорност и која је на снази у свим државама чланицама, равноправно са традиционалним правилима о деликтној одговорности. Аутор указује на бројне предности које Директива собом носи, међу којима су и императивне одредбе о произвођачу као лицу одговорном за наканду штете. Истовремено, указује се и на озбиљне недостатке Директиве, нарочито услед постојања појединих контроверзних обредаба и њеног ограниченог домаћаја.

Кључне речи: одговорност, недостатак, произвођач, кривица, потрошач.

Уводне напомене

У условима масовне потрошње производа повећава се и опасност по здравље и живот потрошача, услед чега им је неопходно осигурати посебну заштиту. Различити стандарди одговорности у националним правним системима и несигурност у погледу реализације одштетних захтева негативно се одражавају на конкуренцију, а тиме и на слободно кретање робе на јединственом европском тржишту. Ова идеја садржана је и у Директиви о одговорности за недостатак производа.¹

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Директива о уједначавању законских и административних прописа држава чланица о одговорности за штету од производа са недостатком (*Council Directive 85/374/EEC of 25 July*

Директива 85/374/ЕЕЗ треба да усклади законска решења из домена одговорности за неисправне производе.² Сходно томе, она има за циљ потпунију интеграцију тржишта, а правни основ црпе из члана 100. Уговора о оснивању. Хармонизација националних прописа, у вези одговорности произвођача за штету изазвану неисправним производима, захтева се у светлу поремећаја на тржишту ЕУ узрокованих разликама у регулативи држава чланица. Стога, Директива 85/374 представља једну од основних мера ЕУ на пољу заштите права потрошача. Подручје њене примене су уговорни и вануговорни односи одговорности за накнаду штете. Обзиром да је реч о новом облику одговорности који није ограничен на купца, он укључује и сва лица која су претрпела штету неисправним производом. Увођењем нових и строжих облика одговорности не укидају се постојећи прописи држава о уговорној и вануговорној одговорности, као и посебни случајеви одговорности за накнаду штете.³ Ипак, границе разликовања ових видова одговорности

1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products; amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of May 1999).

² Неисправан производ (*defective product*) је производ који не пружа сигурност коју лице легитимно очекује, узимајући у обзир све околности, укључујући: представљање производа, намену за коју се разумно очекује да ће производ бити употребљен и време када је производ стављен у промет. Производ нема недостатака само зато што је накнадно стављен у промет бољи производ (чл. 6. Директиве). Директивом је, такође, предвиђено да судија, приликом тумачења да ли производ има недостатак, као полазну оцену узима оправдана очекивања потрошача. Тест потрошачевих очекивања у Европи и Америци битно се разликују. Карактеристика европског теста полази од образложења суда да ли је потрошач од производа очекивао оно на шта је био овлашћен, односно од правила да постоје одређени ризици које потрошачи треба да предвиде. Док је суд у обавези да образложи своју одлуку, у Сједињеним Америчким Државама порота као чињеницу утврђује да ли производ задовољава очекивања конкретнoг потрошача и да ли су та очекивања разумна. Разумна су она очекивања која има просечан потрошач. Тако: J. Stapleton, *Product Liability in the United Kingdom: The Myths of Reform*, 34, *Texas International Law Journal* 45, 1999, стр. 50-51.

³ Упоредно право разликује четири врсте одговорности произвођача за недостатке производа. Прву чини одговорност уговорне природе и почива на неиспуњењу обавезе продавца да испоручи купцу ствар саобразну одредбама уговора, односно суплеторним нормама облигационог права или, пак, на теоријској конструкцији о заштитном дејству уговора на трећа лица. Преостали типови одговорности су деликтноправне природе. Први се темељи на кривници произвођача, док су остала два заснована на објективној одговорности произвођача, обзиром на својство његовог производа. Објективна одговорност произвођача може свој основ наћи у испуњењу субјективних критеријума, као што су оправдана очекивања потрошача у правном промету. Исто тако, она може бити апсолутна, односно да почива на схватању да ствар са недостатком има својства опасне ствари, при чему је за одговорност произвођача довољно да се докаже да је штета настала од производа. Више о томе: G. Howells, *Comparative Product Liability*, Adlershot/Brookfield/Hong kong/Singapore/Sidney, 1993, стр. 19 i dalje; C. Hodges, *Product Liability*, European Law and Practice: United Kingdom, London, 1993, стр. 587 i dalje; S. Hewitt, *Manufactures Liability for Defective Goods*, Oxford/London/Edinburgh/Boston/Melbourne, 1987, стр. 31 и даље.

за накнаду штете могу, под одређеним условима, бити укинуте и оштећено лице⁴ може изабрати по ком правном основу ће захтевати накнаду штете.

Режим одговорности предвиђен Директивом

Први предлог Комисије за регулисање ове области представљен је 1976. године. Чињеница да је требало да прође девет година како би се постигао споразум о усвајању Директиве, указује на дубоке контроверзе које су пратиле ову иницијативу. Режим објективне вануговорне одговорности, који је креиран Директивом, на снази је у државама чланицама равноправно са традиционалним правилима о деликтној одговорности. Национални системи деликтног права варирају, нарочито код избора критеријума у складу са којима ће бити решавано питање одговорности продавца према оштећеном потрошачу.⁵ Различитост националних правила о одговорности за штету, доводи до тога да произвођачи бирају подручје на које ће пласирати своје производе, узимајући у обзир правила о одговорности која важе на релевантном тржишту.

У неким областима се могу запазити учињени компромиси, посебно када је државама чланицама допуштено уско одступање од решења предвиђених Директивом.⁶ Она представља компромис и то, не између супротстављених интереса држава чланица, већ између интереса произвођача и интереса потрошача ЕУ. У суштини, Директива представља очигледан пример конфронтације законодавства Уније, која у покушају изградње заједничког тржишта дубоко задире у срж националног приватног права.

Обзиром да су усвајању Директиве 85/374 претходили осетљиви преговори, не изненађује што је споразум из 1985. године великим делом напуштен. Објављена су два извештаја Комисије о примени Директиве, али ни један од њих није предлагао значајнију промену.⁷

⁴ Оштећеним лицем (*injured person*) сматраће се купац који производ користи за личну употребу, али и трећа лица, као и лица у пролазу (*bystanders*). У стварности се ради о потрошачу, иако се у самој Директиви овај појам не користи. Досадашња пракса је показала да се оштећена лица у неким земљама позивају на оба правна основа, претходне прописе и нову објективну одговорност. У другим случајевима систем објективне одговорности примењује се у изузетним случајевима. То се тумачи унапеђењем положаја оштећеног лица у односу на произвођача, због све чешћег споразумног решавања захтева за накнадом штете.

⁵ G. Howells, *op.cit.*, стр. 17; S. Weatherill, *EU Consumer Law and Policy*, 2005, Elgar European Law, Cheltenham, UK /Northampton, MA, USA, стр. 135.

⁶ Један од учињених компромиса је и могућност да се произвођач ослободи одговорности уколико докаже да је стање научног и техничког знања, у време када је пустио производ у промет, било такво да није било могуће открити недостатак ствари. Ово је тзв. одбрана развојног ризика (*development risk defence*), контроверзна одредба Директиве, о којој ће бити речи касније у овом раду.

⁷ Види: *Report from the Commission an Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Product*,

Разлике у националним законима који регулишу одговорност за продају неисправних производа препрека су интеграцији тржишта. Теоретски, циљ хармонизације биће остварен постављањем прага одговорности на одређеном нивоу заштите, пре него што се усвоји униформни облик заштите на нивоу ЕУ.

Основ хармонизационог режима успостављеног Директивом представља одговорност, без обзира на кривицу произвођача неисправног производа (објективна одговорност). Такав систем строге одговорности, за разлику од система одговорности заснованог на кривици, представља значајну предност за потрошача који се претрпео штету.

Одредбе Директиве указују на избор система хармонизације заснованог на објективној одговорности, узимајући у обзир све ризике које са собом носи савремена технолошка производња.⁸ Суштина Директиве садржана је у члану 1. који предвиђа „да ће произвођач бити одговоран за штету изазвану неисправношћу његовог производа“.⁹ Расподела ризика због неисправних производа може се извршити осигурањем, те би се трошкови исплате накнаде оштећеним потрошачима могли расподелити на начин што би били укључени у цену производа, која би на крају била делимично увећана. Систем одговорности заснован на кривици оставља потрошача оштећеним и без права на компензацију, те трпи критике због неуравнотежене расподеле ризика. Шта више, трошкови доказивања кривице у парници често одвраћају потрошаче од тужбе, чак и када околности случаја указују да су реални изгледи за успешан исход.

Производи обухваћени Директивом

У производе обухваћене Директивом спадају све покретне ствари, па и оне које представљају саставни део неке покретне или непокретне ствари.

Brussels 31 January 2001, COM (2000) 893 final. Чињеница је да ни након увођења одредаба Директиве у национална законодавства није дошло до видљивијих помака, те да се већина спорова држава чланица решавала применом националних правила о деликтној одговорности. Као један од директних узрочника наводи се недостатак судске праксе везане за Директиву.

⁸ Развој објективне одговорности за штету од неисправних производа у ЕУ уско је повезан са случајем изазваним употребом лека Thalidomide шездесетих година прошлог века. Реч је о леку за смирење који је, као безопасан, преписиван трудницама против мучнине и несанице. Супротно предвиђањима, употреба овог лека узроковала је тешка телесна оштећења код новорођенчади чије су га мајке користиле у прва три месеца трудноће. Деца, која су претрпела оштећења употребом лека од стране мајки, типичан су пример трећих лица, тзв. посматрача (*bystanders*). Овај догађај убрзао је постизање договора о садржини Директиве и подстакло дебат о томе ко треба да сноси одговорност за ризик који се није могао предвидети. Види: J. Stapelton, *International Torts: A Comparative Study: Restatement of Torts: Product Liability, An Anglo-Australian Perspective*, Washburn Law Journal 363, 2000, стр. 368.

⁹ Према члану 1. Директиве произвођач одговара уколико је: а) ставио производ у промет у циљу и у оквирима вршења привредне делатности; б) производ у том моменту имао недостатак; ц) произвођач одговоран за постојање недостатка.

Изричито је наглашено да се електрична енергија сматра производом.¹⁰ Производом се сматра и софтвер, али само ако је уграђен у хардвер као услов његовог оперативног коришћења, али не ако се индивидуално развија за одређену сврху и према посебној поручбини.¹¹ Директива полази првенствено од производа који су у масовној индустријској производњи и искључује некретнине које подлежу посебним правилима одговорности.¹² Уколико је неисправан производ уграђен у некретнину, мора се доказати узрочно-последична веза између производа и настале штете.

Једина измена Директиве 85/374 извршена је Директивом 1999/34, а тичала се питања дефиниције производа. У првобитној верзији Директива 85/374 није обухватала основне пољопривредне производе, иако је државама чланицама допуштено да те производе обухвате својим националним регулативним мерама. До изостанка усвајања регулативе, која би својим правилима обухватала пољопривредне производе, дошло је лобирањем европских фармерских удружења. Таква пракса измењена је Директивом 1999/34. Прамбула Директиве изричито каже да ће обухватање основних пољопривредних производа њеном регулативом „повратити поверење потрошача у безбедност пољопривредних производа“.¹³ Преамбула Директиве такође наглашава да је захтев за високом заштитом права потрошача испуњен поједностављењем процедуре за надокнаду штете која је настала неисправношћу пољопривредних производа.¹³

Такође, сматраће се да производ није стављен у промет ако је украден, па је као такав узроковао штету. У том случају оштећено лице остварује право на накнаду штете, уколико докаже да произвођач није употребио дужну пажњу надзора и чувања ствари. Произвођач, дакле, одговара само уколико је неисправност постојала у тренутку стављања у промет. Уколико, пак, докаже да је ставио у промет производ, који у том тренутку није био неисправан, постоје разлози за ослобађање од одговорности.¹⁴

¹⁰ Члан 2. Директиве. По том питању мишљења су подељена. Већина америчких судова сматра да је електрична енергија услуга, а не производ. Више о томе види: M. Shapo, *Comparing Products Liability: Concept in European and American Law*, 29 Cornell Int'l L.J. 279, 1993, str. 281-282.

¹¹ W. Posch, *Comparative Aspects of Products Liability in Europe and the United States* u *Product Liability: Prevention, Practice and Process in Europe and United States*, Hulsens/Campbell, Kluwer, 1989, стр.131;

¹² То је потврђено и у другом извештају Комисије о примени Директиве 85/374. Vidi: *Report from the Commission on Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Product*, Brussels 31 January 2001, COM (2000) 893 final, стр. 24.

¹³ Поменута Директива 1999/34/ЕУ интервенисала је приликом појаве тзв. крављег лудила, коју су усвојиле све државе чланице. У догађајима изазваним појавом ове болести, затражено је од држава чланица проширење примене Директиве 85/374 и на примарне пољопривредне производе који су до тада били искључени из описа производа са недостатком.

¹⁴ Д.Мликотин-Томић/Х.Хорак/В.Шољан/Ј.Пецотић-Кауфман, *Европско тржишно право*, Школска књига, Загреб, 2006, стр. 204.

Директива не примењује овај систем одговорности и на услуге, мада постоји иницијатива о успостављању строже одговорности за обављање услуга у ЕУ.¹⁵

Одговорна лица

Термин „одговорни произвођач“ обухвата произвођача финалног производа, полупроизвода, односно сировина, али и произвођача компоненти као дела производа.¹⁶ Овим се обухвата широк круг лица, од појединаца у породичној мануфактури до мултинационалних компанија, као и лица која се представљају као произвођачи.¹⁷

Регулисање питања одговорног лица за неисправни производ, уз њихово тумачење и примену, од пресудног је значаја за разумевање деловања тих прописа, али и за стварно остварење накнаде за претрпљену штету потрошача. Најчешћи проблем неостварених обештећења и непотпуне заштите потрошача, до сада, је било откривање и постављање правилног захтева према удаљеном и непознатом произвођачу или ограничења која произлазе из лимитиране одговорности продавца, односно тешкоће доказивања кривице на основу правила о одговорности за накнаду штете.¹⁸

Савремене услове продаје, обзиром на нове уговорне моделе дистрибуције и значајна ограничења и искључења уговорне одговорности произвођача (трговца на велико или испоручиоца), карактерише проблем идентификације лица од кога ће потрошач остварити своје право на стварно насталу штету. Ради се, дакле, о могућности да оштећени потрошач независно од уговорног односа оствари накнаду штете коју је узроковао неисправан производ.

Продавац може сносити одговорност због продаје неисправног производа, иако према Директиви¹⁹ може избећи одговорност идентификавањем произвођача или његовог добављача. У светлу ове одредбе трговинска пракса

¹⁵ Треба имати у виду да се услуге разликују од роба. Структура режима одговорности који регулише снабдевање услугама разликује се режима одговорности за робу, као што је то било већ наглашено у оригиналом нацрту Комисије из 1990. године, која се заснивала на систему одговорности базираном на кривици. Неисправност производа, која је коришћена при пружању услуга, регулисана је Директивом 85/374, али не постоји Директива која би регулисала одговорност за пружање услуга са недостатком. Изузетак је летонски закон о одговорности за производ који изричито проширује примену ових правила и на услуге (види: *Law on the Liability for Product and Service Deficiency*, no. 250/251 od 5.7.2000).

¹⁶ Члан 3. Директиве.

¹⁷ Таква маркетиншка стратегија претвара супермаркет у произвођача за сврху ове Директиве. Члан 3(2) такође изједначава увозника производа са произвођачем у погледу опсега одговорности.

¹⁸ Д.Мликотин-Томић/Х.Хорак/В.Шољан/Ј.Пецотић-Кауфман, *оп. цит.*, стр. 210.

¹⁹ Члан 3. ст. 3. Директиве.

налаже продавцима производа да пажљиво чувају податке о пореклу робе коју продају. Уколико не поседују ту документацију сносиће одговорност. Посматрано из угла потрошача, овај систем пружа сигурност да тужба за накнаду штете не буде осујећена немогућношћу идентификације произвођача.²⁰ Тужба се може подићи против продавца или другог лица идентификованог у дистрибутивном ланцу.²¹ Ипак, у обзир ће се узети непажња потрошача те ће, у том смислу, накнада штете бити умањена.²²

Одговорност произвођача може се умањити или ограничити ако је штета настала због неисправности производа и кривицом оштећеног, односно лица које одговара оштећеном. У случају да је штети због неисправног производа допринео оштећени, Директива предвиђа умањење одговорности за њену накнаду. Опсег штете која се надокнађује оштећеном у границама је примене Директиве и обухвата: а) штету проузроковану смрћу или телесним оштећењима; б) штету узроковану оштећењем или уништењем ствари оштећеног, различите од неисправног производа, а која је намењена личној употреби или потрошњи, под условом да је оштећени ту ствар користио претежно за своје потребе или потрошњу.²³

Произвођач неће бити одговоран ако докаже „да производ који је произвео није намењен продаји или било каквој дистрибуцији у економске сврхе, нити је произведен и њему испоручен у пословне сврхе“²⁴ (нпр. ослобађа од одговорности особу која припрема храну за госте на приватној вечери). Ипак, члан 7(ц) не искључује из опсега Директиве куповину ограна

²⁰ J. Culhane, *The Limits of Product Liability Reform Within a Consumer Expectation Model: A Comparison of Approaches Taken by the United States and European Union*, Hastings International and Comparative Law Review 1, 1995.

²¹ Одштетни захтев може се поставити у односу на увозника или произвођача, односно лица које се представља како произвођач. Они, сагласно Директиви, нису солидарно одговорни за штету. Увозник ће бити одговоран примарно, ако има ексклузивна права као увозник који располаже информацијама о производу, а које прослеђује дилеру или купцу. Постоји сагласност у вези тога да је дилер, односно дистрибутер посредно одговоран, и то само уколико не достави податке о произвођачу или увознику. Ово постаје озбиљан проблем уколико дилеру није у интересу да открије идентитет својих пословних партнера од којих му зависе даље испоруке робе. Мада дилер, односно дистрибутер одговора по основу секундарне одговорности, он може одговарати и по основу објективне кривице, ако је знао за недостатке производа (рекламације, поправке и сл.) или ако је он истовремено увозник. Више о томе: W. Posch, *op. cit.*, стр. 134; O. Lousanoff / P. Moessle, *German Product Liability Law and the Impact of the EC Council Directive* The International Lawyer, 1988, стр. 682.

²² Члан 8. ст. 2. Директиве. Прописани износ изједначава увозника производа са произвођачем у погледу опсега одговорности.

²³ Члан 9. (а, б, и, ии) Директиве. Прописани износ накнаде штете износи најмање 500 ЕСУ (екија). Као што се може приметити пренесено је правило *de minimis* Директиве, према коме је право на накнаду штете веће од вредности 500 еура. Уколико је штета мања од овог износа ризик од штете сноси потрошач, а код штета које премашују овај износ штетник надокнађује све преко тог износа. Сврха је била у томе да се растерете судови спорова мање вредности.

²⁴ Члан 7. ст. ц. Директиве.

за трансплантацију у медицинске сврхе, чак и када се она финансира из јавних фондова и не долази до директне наплате трошкова потрошачу.²⁵

Кључни концепт „недостатака“, који су услов одговорности из члана 1., дефинисан је у члану 6., који прописује да производ има недостатке ако не пружа онај обим безбедности који се може очекивати.²⁶ При доношењу одлуке узимаће се у обзир све околности (неисцрпна листа дата је у првом ставу члана 6.). Листа укључује употребу производа у сврхе у које се то разумно може очекивати и не обухвата штету насталу употребом производа супротно његовој сврси. Члан 6(2), који инсистира на томе да се производ не може сматрати неисправним само из разлога што је након њега у продаји понуђен бољи производ, показује да производ мора постићи релативни, а не апсолутни ниво безбедности употребе чиме усмерава своју пажњу на својства производа.²⁷

Концепт „развојног ризика“

Систем строге одговорности предвиђен Директивом, умањен је једним делом укључивањем одбране тзв. „развојног ризика.“ Произвођач неисправног производа у могућности је да избегне одговорност уколико докаже „да је степен научног и техничког знања у време када је произвео производ био на том нивоу да се постојање недостатка није могло открити“.²⁸

Пошло се од тога да сваки нови производ у условима замршених процеса настанка, производње и дизајна носи одређене опасности и непредвидивости, тако да је све недостатке и несавршености могуће открити тек у процесу њихове, каткад дуготрајне примене. Када би иновације и њихова примена морале уклонити сваки ризик као услов производње и употребе, тада би у опасност био доведен развој и иновација производа.²⁹ У настојању да се

²⁵ У случају *Henning Vedfeldt*, Case C-203/99 (2001) ECR I-3569, Европски суд правде је инсистирао да такве околности задржавају економски карактер, те се правила о искључењу одговорности из поменутог члана не могу применити.

²⁶ Да би смо у потпуности схватили домен примене Директиве 86/374, којом се у раду бавимо, потребно је истаћи њену повезаност са Директивом о општој сигурности производа (*Council Directive 92/59/EEC of Jun 1992 on general product safety; amended by Directive 2001/95/EC of the European Parliament and of the Council, of 3 December 2001 on general product safety*). Директива о општој сигурности производа примењује се као *lex generalis*, онда када нема посебне директиве која би регулисала безбедност одређене врсте производа. Она намеће произвођачима стандарде безбедности који морају бити задовољени да би се производ појавио на тржишту; P. Nebbia / T. Askham, *Product Liability and General Product Safety* u *EU Consumer Law*, Oxford, 2004, str. 62.

²⁷ Правни основ објективне одговорности јесу својства производа, а не уговорни однос. Стога, производ који је стављен у промет може, због настале штете, одговорност за накнаду проширити осим на произвођача и на најближег испоручиоца (*nearest supplier*); C. Hodges, *Product Liability of suppliers: the notification trap*, *European Law Review*, 2002, str. 758; P. Nebbia / T. Askham, *op. cit.*, стр. 65.

²⁸ Члан 7. (е) Директиве.

²⁹ Д.Мликотин-Томић/Х.Хорак/В.Шољан/Ј.Пецотић-Кауфман, *он.цум.*, стр. 210-211.

успостави нека равнотежа између интереса за развојем и иновацијама производа, па и оном који доноси неке опасности с једне стране и захтева сигурности и заштите потрошача са друге стране, обликовано је изузеће које се у литератури назива “развијни ризик” (*development risk*).³⁰

Произвођач неисправног производа, биће ослобођен одговорности ако докаже да је недостатак њему био непознат или да за њега није могао знати. У том случају ризик недостатка пребацује се на потрошача. Природа ове одбране била је контроверзна у време усвајања Директиве, те се још увек очекује релевантна судска интерпретација.³¹

Управо случајеви који су имали судски епилог³² скренули су пажњу јавности на постојање ризика који се не могу предвидети. Иако они нису

³⁰ *Development risk defense* подразумева доказивање да објективно стање научног и техничког знања, у часу пуштања производа у промет, није било довољно да открије недостатка учини могућим; Д.Мликотин-Томић/Х.Хорак/В.Шољан/Ј.Пецотић-Кауфман, *ibidem*, стр. 211.

³¹ Највише контроверзи настало је у вези са ослобођењем од одговорности у случају доказа “да објективно стање научног и техничког знања, у часу пуштања производа у промет, није било довољно да открије недостатка учини могућим.” Према тумачењу неких аутора, развијни ризик представља својеврсну ману производа, обзиром да утиче на недостатак безбедности производа. Тако: М. Davis, *Individual and Institutional Responsibility: A Vision for Comparative Fault in Product Liability*, Villanova Law Review 281, 1994, стр. 334.

³² Поред поменутог случаја масовне употребе лека Тхалидомиде, у пракси америчког права учињен је преседан у предмету *Greenman v. Yuba Power Inc.* из 1963. године, као правни стандард објективне одговорности, кривице без доказа. Радило се о захтеву за накнаду претрпљене штете против произвођача неисправних алата. На приговор произвођача да није знао за недостатак суд је одбацио доказе о томе, квалификовао случај као грађански деликт (*torts*) и прогласио произвођача одговорним за накнаду штете услед телесних оштећења. У случају *Commission v. United Kingdom* ЕСП је пресудио у корист Уједињеног Краљевства, али није изнео свој став о другим питањима. Наиме, УК је имплементирало члан 7(е) Директиве на начин да је то представљало одбрану за произвођача ако докаже „да стање научног и техничког знања у релевантном временском периоду није било на том нивоу, да се од произвођача истог или сличног производа, као и производа у питању могло очекивати да открије дефект производа“. Ова допуна члана 7(е) базирана је на уверењу да би требало пружити заштиту „пажљивом“ произвођачу. Комисија је заузела гледиште да то није била правилна имплементација Директиве. Имплементационе мере УК садрже изричиту изјаву да је њихова сврха да усагласе национална правила са Директивом и дају смернице судовима да их правилно интерпретирају. У светлу постојања мера које повезују мере УК и Директиву 85/374, као и одсуства доказа да је Директива погрешно примењивана од стране судова УК, ЕСП одбио је да прихвати наводе Комисије да УК крши обавезе које проистичу из Уговора о оснивању. Ово отвара питање интерпретације. Суд је јасно ставио до знања да је одбрана могућа само када објективно стање научног и техничког знања, укључујући његов најнапреднији степен, није у могућности да открије постојање недостатка. Одбрана се не заснива на произвођачевом субјективном знању. У складу са ставом Суда, право произвођача на одбрану се губи ако је знање било „доступно“ у време када је производ у питању стављен у промет. Суд није дефинисамо значење и степен „доступности.“ Расподела ризика између произвођача и купца остала је, такође, нејасна. ЕСП је истако да ово питање, у случају парнице, национални судови треба да реше у складу са чланом 234. Уговора. Види: S. Weatherill, *op. cit.*, стр. 140.

чести у пракси, од суштинске су важности за концепт објективне одговорности. Полази се од становишта да, уколико није било могуће открити недостатак којим је проузрокована штета, није могуће ни тврдити да је криво лице које тај недостатак није открило.³³ У противном, то би значило учинити такво лице одговорним без обзира на кривицу.

Узимајући у обзир сложеност материје, поставља се питање због чега је одбрана „развојног ризика“ уопште обухваћена Директивом. Разлог за ову подршку произвођачу лежи у схватању да би у њеном одсуству, произвођачи били обесхрабрани да инвестирају у нове производе. У складу са током преговора, вођеним у вези са усвајањем Директиве, државе које су се залагале за усвајање одбране „развојног ризика“ нагласиле су његову улогу у остваривању технолошких иновација које су, у крајњем случају, корисне и за потрошача и за друштво у целини. Амерички подаци о износима плаћене одштете и повећању трошкова осигурања често су цитирани. Па ипак, ово није било довољно убедљиво за неколико држава чланица које су сматрале да таква одбрана произвођача није у сагласности са снажном политиком заштите права потрошача. Ово неслагање могло се решити једино компромисом.³⁴

То је и учињено на начин према коме државе чланице могу користити своје право избора да овакав разлог изузећа не пренесу у национално право. Из тог разлога, Директива³⁵ допушта државама чланицама проширење одговорности на недостатке овог типа. Тако је у неким државама произвођачима дозвољено коришћење одбране „развојног ризика“, када су суочени са тужбама потрошача који су претрпели штету куповином неисправних производа, док се у другим на ту заштиту не могу ослонити. Већ се може претпоставити да ће се релативно мали број држава одредити да користи опцију предвиђену чланом 15 ст.1.(б), те да ће на тај начин ускратити произвођачима право на делотворну одбрану, обзиром да би им то повећало трошкове у односу на конкурентне произвођаче. Ово се показало тачним, јер је Комисија у свом извештају 2000. године навела да је одбрана „развојног ризика“ била ван снаге у Луксембургу и Финској, а делимично у Шпанији, Француској и Немачкој.³⁶

³³ C. Newdick, *Risk, Uncertainty and Knowledge in the Development Risk Defence*, 20 *Anglo-American Law Review*, 1991, стр. 309

³⁴ За разлику од Сједињених Америчких Држава, у којима је развој објективне одговорности везан за практичне проблеме који су оштећени потрошачи имали у доказном поступку, у Европи је развој објективне одговорности везан за идеју правичне расподеле ризика. Више о томе: G. Howells/M. Mildred, *Is European Products Liability more protective than the Restatement (Third) of Torts: Products Liability*, 65 *Tennessee Law Review* 985, 1998, стр. 1025-1030; J. Stapleton, *Bugs in Anglo-American Product Liability*, 2002, 53 *South Carolina Law Review*, стр. 1225; M. Reimann, *Liability for Defective Products at the Beginning of the Twenty-First Century: Emergence of a Worldwide Standard?*, 2003, 51 *American Journal of Comparative Law*, стр. 751.

³⁵ Могућност опције, у смислу неприхватања таквог разлога изузећа од одговорности, предвиђена је чланом 15. ст. 1. (б) Директиве.

³⁶ Овакав вид одбране није допуштен произвођачима у Луксембургу и Финској. У шпанском

Као део политичког договора, чланом 15(3) установљено је да ће Комисија 1995. године поднети извештај о примени одбране „развојног ризика“ и његовом опционом искључењу.³⁷ Истим чланом Савет је позван да размотри да ли треба укинути члан 7(е), чиме би се укинула заштита произвођача од одговорности за штету изазвану познатим или непознатим недостацима. Већина присталица ефективне заштите потрошача подржала је ово укидање и то правдала потребом усвајања кохерентнијег система одговорности за продају производа са недостатком.

Ипак, равнотежа успостављена Директивом остала је непромењена. Извештај Комисије о примени Директиве 1995. године био је јако оскудан. Запажено је да је Директива олакшала положај тужиоца, али то није довело да повећања броја тужби, нити до повећања исплаћених премија осигурања. Комисија је признала да је „искуство још увек ограничено“, те да у складу са тим она није у прилици да предложи амандмане на Директиву, већ ће наставити да прати даљи развој примене.

1999. године објављен је Зелени папир.³⁸ Он је праћен другим извештајем Комисије о примени Директиве, објављеним у јануару 2001. године.³⁹ Закључено је да би на основу ограничених доступних информација било прерано предложити измене постојећег режима успостављеног Директивом 85/374.⁴⁰

Јуна 2004. године Комисија је објавила извештај о економским последицама одбране „развојног ризика“. Закључено је да одбрана „развојног ризика“ ретко коришћена у парницама, али да би њена елиминација могла негативно утицати на употребу иновација у производњи. Такође се истиче да би у случају елиминације трошкови осигурања порасли, као и да се неки ризици не би могли осигурати. У закључку се наводи да би одбрана „развојног ризика“ помогла стабилизацији трошкова осигурања у ЕУ. У том смислу одбрана би представљала својеврсну равнотежу.

праву је дозвољена одбрана позивањем на развојни ризик код одговорности за штету проузроковану храном и фармацеутским производима. У Француској је оваква одбрана могућа код одговорности за штету од производа добијених из људског тела (нпр. крви или крвне плазме) и код производа стављених у промет пре маја 1998. године, када је Француска унела одредбе Директиве у свој правни систем. У Немачкој, одбрана ове врсте није допуштена код штета проузрокованих фармацеутском производима и производима добијеним генетским инжињерингом. Види: М. Ј. Lebeau, *Elements of Products Liability Case*, Paris, 2001, стр. 21.-22.

³⁷ Директива оставља државама чланицама могућност да овакав начин одбране ускрате произвођачу својим националним прописима, што су неке од претходно поменутих држава искористиле.

³⁸ *Green Paper – Liability for defective products*, Commission of the EC, Brussels 28.7.1999. COM (1999) 396 final.

³⁹ *Report from the Commission an Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Product*, Brussels 31 January 2001, COM (2000) 893 final, стр. 22-23.

⁴⁰ М. Mildred, *A Response to the Europe Commission Green Paper on Liability for Defective Products*, 2000, 9 Nottingham Law Journal, стр. 104.

Директива и европско деликтно право

Директива нуди широк опсег повећане заштите потрошача на нивоу ЕУ, нарочито у оним државама које су усвојиле систем одговорности заснован на кривици. Њоме се установљава систем објективне одговорности, који означава одговорност без обзира на кривицу. Оштећени треба да докаже постојање штете, недостатак производа и узрочну везу између недостатка и штете. Централно питање у оваквим случајевима остаје питање узрочности. Уколико се узрочност утврди, суд се више неће упуштати у питање кривице.⁴¹ Када је више лица одговорно за исту штету Директива прописује њихову солидарну одговорност према оштећеном. Ипак, Директива не уређује расподелу одговорности међу солидарно одговорним учесницима у ланцу производње и дистрибуције.

Према одредбама Директиве, произвођачу није допуштено да се брани доказујући да није крив. Када оштећени докаже да производ има недостатак, те да је услед тог недостатка претрпео штету, произвођач ће бити одговоран без обзира на кривицу. Произвођач не може уговором да се изузме од правила о деликтној одговорности прописаних Директивом. Он, такође, не може да се брани доказујући да је треће лице, поред недостатка који постоји на производу, допринело наступању штете. Ипак, произвођач може да доказује кривицу оштећеног или лица за које оштећени одговара, чиме може да умањи своју одговорност или да је се ослободи. Кривица оштећеног се не поима на исти начин у државама чланицама, а сама Директива је не дефинише.⁴²

Са друге стране, одбрана „развијног ризика“ умањује напредак постигнут у домену одређења кривице. У околностима које нису јасно дефинисане, одбраном се омогућава произвођачу неисправног производа да избегне одговорност, на штету потрошача који је претрпео губитак. Укључивање одбране у националне имплементационе мере није обавезно али, као што се могло очекивати, неке државе су одбиле да је усвоје из разлога што сматрају да би тиме своје компаније ставиле у неповољнији положај на тржишту у односу на компаније суседних земаља. Тако је у већини држава чланица заштита потрошача умањена могућношћу произвођача да користе одбрану. Битно је истаћи да опциона природа одбране замагљује јасноћу режима успостављеног Директивом, а трпи критике и због свог утицаја на фрагментацију тржишта.

Избор правила која регулишу одговорност представља изазов за различите, често конкурентне, концепте функционисања приватног права.

⁴¹ G. Howells/M. Mildred, *op. cit.*, стр. 1027.

⁴² M. Davis, *Individual and Institutional Responsibility: A Vision for Comparative Fault in Product Liability*, 39 Villanova Law Review 281, 1994, стр. 332-338.

Интервенција ЕУ спровођена је искључиво у циљу обезбеђења заједничког тржишта, али значајан изазов представља усаглашавање националних система држава чланица. У циљу осигурања политичког споразума, заједничка правила морају бити усаглашена. Ово је видљиво у Директиви о одговорности за производе. Остаје спорно до ког степена одредбе Директиве признају националне особености.

Закључна разматрања

У тренутку њеног усвајања, Директива 85/374 је поздрављена као корак напред у креирању европског приватног права. Посебно се истиче афирмација заједничких европских стандарда по питању регулисања одговорности за производе. Њоме су, практично, укинуте разлике између уговорних и вануговорних обавеза накнаде штете са становишта потрошача као оштећеног лица. То претпоставља одговорност произвођача за недостатак производа када је производ, уз објективно посматрање ствари, могао да буде произведен без недостатка или, када је недостатак могао да буде откривен пре него што је стављен у промет.

Директива 85/374 успоставља вануговорну одговорност произвођача за недостатак производа и њиме проузроковану штету, без обзира на његову кривицу. Установљење објективне вануговорне одговорности значајно је у погледу елиминисања могућности да се крајњи произвођач ослободи од одговорности, тврдећи да недостатак производа потиче од манљивости неког полупроизвода из ланца производње финалног производа.

Значајну новину чини и апсолутна забрана уговорних искључења и ограничења одговорности. Она се првенствено односи на произвођача, али и увозника и сваког дистрибутера који робу ставља у промет. У случају позивања на било који разлог искључења или ограничења одговорности, терет доказа лежи на произвођачу, по принципу претпостављене кривице.

Иако је примарни циљ Директиве усклађивање правила која у овој области важе у државама чланицама, како би се спречила нелојална конкуренција и очували принципи слободног промета роба и једнаке заштите потрошача, због постојања појединих контровезних одредаба упућене су јој бројне критике. Обзиром да циљ инкорпорације Директиве није био да замени унутрашње право земаља чланица, у интерном праву земаља чланица ЕУ паралелно егзистирају правила о одговорности произвођача за недостатак производа. При томе долази до конкуренције правних наслова што додатно компликује проблем. Осим тога што не дерогира одредбе класичног облигационог права, ова регулатива препушта домаћем законодавцу да аутономно регулише многа важна питања из области одговорности произвођача за недостатак производа.

Како је релативно мали број случајева решаван пред Европским судом, стекао се утисак да је утицај Директиве мањи од очекиваног. С друге стране, питања попут каузалитета и обима накнаде штете препуштена су тумачењу националних судова држава које су инкорпорисале Директиву у сопствено законодавство. Без обзира на оправдане критике које јој се упућују, највећи допринос нове регулације и преузимања Директиве 85/374 садржан је у императивним одредбама о произвођачу као лицу одговорном за накнаду штете.

Prof. Milena Jovanović- Zattila, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

THE LIABILITY FOR DEFECTIVE PRODUCTS AS A FORM OF CONSUMER PROTECTION IN THE EU LAW

Summary

In this article, the author analyses the Directive 85/374/EEC concerning the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the EU member states concerning the liability of the producer for damage caused by defective products, particularly exploring the impact of this Directive on the protection of consumer rights. The author focuses on the producer's liability for manufacturing or placing defective products on the market, which is the basis for establishing the objective non-contractual liability of the producer for the damage caused by such a defective product. Thus, the Directive has practically eliminated the differences between the producer's contractual and non-contractual liabilities towards the consumer as an injured party. The provision on the manufacturer's product liability is in force in all member states on an equal footing and alongside with the traditional rules on tort liability. The author points out the numerous advantages of the Directive, among which are the explicit and imperative provisions on the producer's direct liability to compensate the injured party for the damage caused by a defective product. Concurrently, the author points to some serious drawbacks of the Directive, which has been criticized for some of its controversial legal provisions as well as for its limited impact and insufficient effect.

Key words: liability, deficiency, manufacturer, tort liability, consumer

ЈАВНО ПРАВО

UDK: 342.72/.73(497.11)

Др Ирена Пејић, ванредни професор

Правни факултет, Ниш

ДЕЈСТВО ЉУДСКИХ ПРАВА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ*

Апстракт: У раду се анализира систем људских права у правном поретку Републике Србије, посматран кроз основна начела о људским и мањинским правима која су садржана у Уставу (2006). Каталог људских и мањинских права, успостављен Уставом Србије, одговара принципима и стандардима постављеним у овој области на међународном плану. На челу прокламовања људских права налазе се основни уставни принципи, од којих су неки по први пут прокламовани у систему зајемчених права, као што је принцип пропорционалности у ограничењу људских права. С обзиром да су ова начела основ за тумачење не само људских и мањинских права, већ и целокупног уставног система, њих је, сматрамо, неопходно довести у везу са основним начелима владавине права. На овај начин, могуће је повезати две уставне претпоставке: прокламацију људских права као темељ владавине права, са једне стране и владавину права као услов гарантовања и ефикасне заштите људских права, са друге стране.

Кључне речи: људска и мањинска права, Устав, принцип пропорционалности, правна заштита, принцип једнакости, забрана дискриминације

I

Промовисањем каталога људских и мањинских права, Устав Србије (2006) следи пример европских устава друге половине двадесетог века у погледу гаранција права и слобода у националном правном поретку. Као последица институционализације права у савременој држави, људска права се данас дефинишу као стуб правног поретка, па је и сфера основних права као субјективних права прерасла у фундаменталне норме друштва које обликују објективни правни поредак.¹ Идеја „људских“ права заменила је традициона-

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ M.Loughlin, *The Idea of Public Law*, Oxford University Press, 2004, p. 127

лну доктрину о „природним“ правима. Људска права су оно што су под тим појмом подразумевали Џ.Лок и други теоретичари када су користили израз „природна права“, при чему се данас природа људских права не изражава у њиховом појму, већ у њиховом дејству. Као и природна права, тако се и људска права „морају извести из природног стања (тј. из потребе и способности) људи као таквих, било онаквих какви су данас или онаквих какви су у стању да постану“ (С.В. Macpherson).² Осим значаја људских права у националном правном поретку као темеља уставне демократије и правне државе, људска права се сматрају претечом у процесу „интернационализације“ демократије на међународном плану.

Национални правни поредак почива на корпусу фундаменталних права, која су по својој садржини индивидуална и која траже одговарајуће признање. Дејство људских права у уставној демократији заснива се на три претпоставке: 1) супра-позитивна снага људских права, која произилази из општих принципа владавине права; 2) постојање опште „политичке сагласности“ о функцијама људских права, која је утемељена у позитивном праву (национални и међународни правни извори); 3) институционални оквир за интерпретацију и примену гарантованих права и слобода у уставном систему.³

Људска права представљају темељ владавине права и прокламована су Уставом као основна вредност уставне демократије. Међутим, осим уставне прокламације и потврде вредности на националном и међународном плану, људска права захтевају ефективан систем заштите, што се генерално обезбеђује гаранцијом основних принципа правне државе. Зато је систем људских права у исто време услов, али и исход владавине права. Начелне уставне гаранције владавине права (чл. 3. Устава) садржане су у изреци о уставним јемствима људских и мањинских права, као и о слободним и непосредним изборима, о подели власти, о независној судској власти и о повиновању власти Уставу и закону. Такође, гаранције правне државе изражене су кроз уставна начела о народној суверености (чл. 2), организовању власти на темељу поделе (чл. 4), заштити уставности и законитости (чл. 194), као и јемствима независног судства (чл. 142). На овај начин, изграђен је општи уставни оквир за функционисање правне државе у којој је грађанин слободан не само у мери у којој су права и слободе прокламоване, већ у мери у којој он ужива ефективну заштиту у својим правима, првенствено заштиту од мешања власти.

Постојање „опште политичке сагласности“ о функцијама и дејству људских права изражено је кроз широк каталог људских и мањинских права,

² Цитирано према: М. Cranston, „У чему се састоје људска права“, у В. Васиљевић (ур), *Права човека – Зборник докумената о правима човека*, Београд: Прометеј, 1991, стр. 34

³ Упор. G.L. Neuman, „Human Rights and Constitutional Rights“, *Stanford Law Review* (55) 2003, pp. 1866-1872

садржан у Уставу. Он указује да прокламована права у доброј мери прате ширину и достигнућа савремених уставних демократија, као и принципа који су у истој области достигнути на међународном плану. Зато се позитивно-правним изворима у области људских права, са нивоа уставног нормирања, не може упутити озбиљан приговор.⁴ Други део Устава (*чл. 18-81*) односи се на људска и мањинска права и он је подељен у три одељка: 1) основна начела, 2) људска права и слободе, и 3) права припадника националних мањина. С обзиром да је скоро трећина уставног текста, одмах иза основних начела, посвећена каталогу људских права, као и да је највећи број прокламованих права преузет из Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода, може се рећи да су Уставом достигнути међународни стандарди у овој области права.

У погледу треће претпоставке, институционални оквир који треба да обезбеди интерпретацију и примену гарантованих права, важно је да постоји добар и ефикасан систем заштите у коме уставни органи, законодавни, извршни и судски, могу да интерпретирају и примењују гарантована права сагласно њиховој природи. У том циљу, Устав прокламује основне принципе у уставном поретку Србије, који су систематизовани и издвојени у посебном делу о људским и мањинским правима.

II

На челу другог дела Устава, којим се уређује систем људских и мањинских права у Републици Србији, налази се одељак о основним начелима (*чл. 18-22*). Уставна начела представљају правни основ за интерпретацију и примену гарантованих права и слобода од стране државних органа. Ови органи, првенствено судски и управни, приликом решавања у појединачним стварима, треба да обезбеде слободе појединца у њиховом пуном изражају. Основна уставна начела о људским правима су следећа: начело о непосредној примени зајемчених права (*чл. 18*), начело о сврси или разлогу уставних јемстава (*чл. 19*), начело о „границама“ ограничења људских и мањинских права (*чл. 20*), начело о једнакости и забрани дискриминације (*чл. 21*) и начело о заштити људских и мањинских права и слобода (*чл. 22*).

Прво уставно начело садржано је у одредби о непосредној примени зајемчених људских и мањинских права (*чл. 18 Устава*). Непосредна примена људских и мањинских права представља достигнуће савремене грађанске уставности.⁵ Овај уставни принцип односи се на све носиоце уставне власти,

⁴ Упор. Д.Стојановић, *Устав Републике Србије (поговор)*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 2006, стр. 110-111

⁵ У Француској је, на пример, директна примена уставом гарантованих права започела тек седамдесетих година, када је Уставни савет иницирао преузимање историјских докумената о

али првенствено има за циљ да обезбеди људска права у односу према законодавној власти. Законом се може прописати „начин остваривања“ зајемчених права, али се при томе не може дирати у „суштину зајемченог права“. Законска разрада људских и мањинских права допуштена је само у погледу начина остваривања ових права, и то под условом: 1) ако је то Уставом изричито предвиђено, или 2) ако је то неопходно за остваривање прокламованог права, што проистиче из природе права које захтева законску разраду, а 3) под условом да закон не сме да „утиче на суштину зајемченог права“.

Непосредна примена људских и мањинских права подразумева да су сви државни органи у процесу заштите загарантованих права и слобода дужни да се придржавају међународних стандарда, као и праксе међународних институција које надзиру спровођење ових права. Судови у Републици суде на основу Устава и закона, као и општеприхваћених правила међународног права и потврђених међународних уговора (*чл.142. ст.1 Устава*). Нема сумње да је концепт људских права афирмисан са намером да се у погледу заштите права и слобода примене највиши демократски стандарди и општеприхваћени принципи међународног права.⁶

Посматрано кроз призму надлежности државних органа, овај принцип треба довести у везу са другим уставним начелима. У светлу уставне одредбе о важењу међународних извора права, тј. да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике (*чл.16 ст.2 Устава*), гаранције права и слобода

људским правима. (Упор. A.S.Sweet, “The politics of constitutional review in France and Europe”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 5, No 1, 2007, pp. 93-94)

⁶ У неким правним системима редовни судови имају овлашћење да одбију примену закона или другог општег акта у националном правном поретку, уколико установе да је он у супротности са потврђеним међународним уговором. У Холандији, на пример, где није успостављен систем уставносудске контроле, редовни судови могу одбити примену нормативног акта уколико је он у супротности са потврђеним међународним актом. Редовни судови у Француској не могу да врше судску контролу уставности националног законодавства, али су они овлашћени да одбију примену националног акта када је он у супротности са потврђеним међународним уговором. У хијерархији правних прописа, француски Устав (*чл. 55*) даје потврђеним међународним уговорима ранг који је виши од општих правних аката националног парламента. У Белгији редовни судови дужни су да упуте питање о уставности нормативног акта уставном суду уколико сматрају да је реч о повреди уставности. Међутим, када редовни суд примењује законе и друге опште правне акте, он је овлашћен да одбије примену акта за који сматра да је у супротности са потврђеним међународним уговором. Устав Шпаније у делу о људским правима (*чл. 10 ст.2*) предвиђа да ће ова уставна област бити интерпретирана у светлу конвенција о људским правима, које је Шпанија ратификовала (једна од њих је Европска конвенција о заштити људских права). Шпански Уставни суд се декларисао да није надлежан да оцењује сагласност домаћег законодавства са међународним инструментима, па је редовним судовима препуштено да се баве овим питањем без позивања уставног суда на интервенцију. (Упор. V.F.Comella, „The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?“, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 2, No 3, 2004, pp. 483-484)

произилазе из непосредне примене, не само Устава и закона, већ и међународних докумената о људским правима, које је држава потврдила.⁷ И у овом делу уставних гаранција, Устав Србије следи пример савремених европских устава. Међутим, уставно решење је недовршено и оставља простора да се у процесу непосредне примене наруши успостављена хијерархија нормативних аката у правном поретку Републике. У основним одредбама Устава истакнуто је да су „општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују“. Исто правило (мада није јасно зашто се ово правило понавља) налази се и у делу Устава којим се уређује хијерархија општих правних аката у унутрашњем правном поретку (*чл.194 ст.4,5 Устава*). У овом другом случају користи се формулација да „потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом“, уместо израза да они „морају бити у складу са Уставом“. Такође, прецизније је одређена позиција закона у хијерархији општих правних аката, односно, закони се налазе испод Устава, потврђених међународних уговора и општеприхваћених правила међународног права.

Наведене уставне одредбе системски треба довести у везу са одредбом Устава (*чл.167 ст.2*), којом се уређује поступак уставносудске контроле општих правних аката у унутрашњем правном поретку. Уставни суд Србије у поступку накнадне и апстрактне контроле уставности одлучује, између осталог, о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом. Међународни уговори могу бити касирани накнадно, у било ком тренутку након њиховог потврђивања и ступања на снагу. Тумачењем наведених уставних одредаба долазимо до следећег закључка: док се, са једне стране, широко прихвата „интернационалистички“ приступ у конституционализацији правног поретка Републике (посебно у погледу гаранција људских и мањинских права), проглашавајући изворе међународног права као конститутивни елемент унутрашњег правног поретка, дотле се, са друге стране, сужава простор за извесност, правну сигурност и стабилност у примени правила међународног права. Препуштајући Уставном суду да у накнадном поступку апстрактне контроле уставности оцењује међународне уговоре, двоструко се повећава правна несигурност у уставном систему: како према субјектима права у унутрашњем правном поретку, тако и према субјектима права у међународном правном поретку.⁸

⁷ Једно од важних питања у погледу примене међународних инструмената за заштиту људских права, по мишљењу В.Димитријевића, сагледано у светлу функционисања Државне заједнице Србија и Црна Гора, било је „везано за ауторитет судова“ и за њихову спремност да непосредно примењују уставни акт. (Упор. В.Димитријевић, „Окружење у коме се остварују људска права у Србији“, у *Европски систем заштите људских права – искуства и нови изазови*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета, 2005, стр. 107)

⁸ Видети опширније: I.Пејић, „Ustavni sud i kontrola ustavnosti međunarodnih ugovora“, *Pravni život* 14/2008, str. 752-753

Уколико су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике, као и да сви потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом и могу бити предмет накнадне уставносудске контроле, почетни концепт гаранција „људских права“ преобликован је у систем гаранција „уставних права“. Како се од уставних органа очекује да заштиту овим правима пружи „сагласно важећим међународним стандардима“, као и сагласно „пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“ (чл.18 ст.3 Устава), то би се могло применити гледиште о функцијама и дејству „основних права“ у националном правном поретку. Уколико се допусти Уставном суду да накнадно укида потврђене међународне уговоре, које су судови и други државни органи непосредно примењивали у области заштите људских права, онда би то имало ефекат „извлачења цигле из темеља“, па би цео систем гаранција људских права у националном правном поретку могао бити урушен.

III

Други уставни принцип изражен је у начелу о тумачењу и сврси прокламованих права и слобода. Посматрано кроз формалну систематизацију, овај принцип изражен је у следећим уставним одредбама: 1) у члану 18. став 3. Устава, којим се успоставља принцип о непосредној примени зајемчених права, и 2) у члану 19. Устава, којим се уређује сврха уставних јемстава људских права. У циљу непосредне примене зајемчених права, одредбе о људским и мањинским правима треба да буду тумачене „у корист унапређења вредности демократског друштва“, а „сагласно важећим међународним стандардима људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење“ (чл.18 ст.3 Устава). На овај начин, Устав изражава вредност субјективних права и потребу заштите објективног правног поретка, јер се заштитом индивидуалних права грађана обезбеђује и заштита јавног поретка. У исто време, Устав уређује сврху јемстава људских и мањинских права, а то је да она служе „очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права“ (чл. 19 Устава).

У основи, реч је о јединственом уставном принципу, који обезбеђује институционални оквир за интерпретацију и примену гарантованих права од стране државних органа. Тумачење каталога људских права претпостављено је општем уставном циљу, који је изражен кроз програмско начело о унапређењу вредности демократског друштва. Овај циљ, међутим, не може бити остварен ако се не одговори на питање: шта је са „интересом поје-

динца“? Индивидуални интерес појединца штити се кроз очување људског достојанства, као и кроз остварење пуне слободе и једнакости сваког појединца. Интереси појединца могу да буду изражени према јавној власти, са циљем да се ограничи самовоља власти, као и према самом појединцу, са циљем да се обезбеди заштита објективног правног поретка и функционисање правне државе.

У оба нивоа уставних гаранција, како са аспекта друштва, тако и са аспекта појединца, наилазимо на нове уставне стандарде, који немају тачно одређену правну садржину. Они су изражени у правним формулацијама о „унапређењу вредности демократског друштва“ и о „праведном, отвореном и демократском друштву“. Ови стандарди немају јасну и изричиту садржину ни у највишим правним актима националног права, а ни у међународним правним документима. Њихова садржина потенцијално се развија и постепено попуњава у пракси националних судова, првенствено уставних судова, као и међународних органа који се баве заштитом људских и мањинских права. Тако је у примени Европске конвенције о заштити људских права у националним системима, у судској пракси развијено учење о тзв. пољу слободне процене, које се односи управо на стандарде за које се не може наћи универзална садржина и вредност. Утврђивање садржине и правне вредности оваквих правних стандарда спада у област тзв. дискреционих права држава.⁹ Тако се и код тумачења људских права „у корист унапређења вредности демократског друштва“, као и код стандарда „праведног, отвореног и демократског друштва заснованог на начелу владавине права“, може применити правило слободне процене у интерпретацији зајемчених људских и мањинских права. Од државних органа, првенствено уставног суда и редовних судова, очекује се да својим одлукама попуњавају садржину стандарда, процењујући „локалне“ услове и потребе државе. Основни циљ у интерпретацији правних стандарда је да осигурају владавину права, као претпоставку Устава, и обезбеде примену међународних извора о људским правима.

IV

Систем заштите људских и мањинских права у правном поретку Републике Србије по први пут укључује уставни принцип пропорционалности или сразмере у постављању граница зајемченим правима. Овај принцип садржан је у уставној одредби о „границама“ ограничења људских права (*чл. 20 Устава*). „Границе“ ограничења људских права постављене су у два нивоа: према законодавцу, који доноси опште правне акте и према државним

⁹ V.Dimitrijević, D.Popović, T.Papić, V.Petrović, *Međunarodno pravo ljudskih prava*, Beogradski centar za ljudska prava, 2007, str. 81

органима, првенствено судовима, који доносе појединачне правне акте. Дакле, принцип пропорционалности примењује се како у процесу нормирања, тако и приликом решавања спорова.

Устав, најпре, прописује границе у којима се може кретати законодавац када ограничава зајемчена права. Ограничење људских и мањинских права путем закона допуштено је под следећим условима: 1) ако је то Уставом изричито предвиђено; 2) у сврхе ради којих Устав то прописује; 3) у обиму неопходном да се сврха ограничења задовољи у демократском друштву, и 4) без задирања у суштину зајемченог права. Такође, Устав је гарантовао да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати (*чл. 20 ст. 1 и 2*).

Са друге стране, решавајући у појединачним правним стварима, државни органи пружају директну заштиту појединцима у погледу њихових права и слобода. Принцип пропорционалности обавезује све органе, првенствено судове, да воде рачуна о следећем: 1) о суштини права које се ограничава; 2) о важности сврхе ограничења; 3) о природи и обиму ограничења; 4) о односу ограничења са сврхом ограничења; 5) о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права (*чл. 20 ст. 3*).

Овај уставни принцип поставља општи оквир државним органима у погледу ограничавања уставом зајемченог права или одређивања степена и врсте повреде. Пропорционалност, изражена у одлуци надлежног органа, треба да укаже да се водило рачуна како о жалбеном захтеву у погледу повреде права, тако и о заштити јавног интереса поштујући принцип уставности и законитости. Од државних органа се очекује да пронађу одговор на питање: може ли држава да заштити јавни интерес на такав начин да изазове што мању штету индивидуалним правима и слободама? Применом теста пропорционалности судови допуњавају функцију законодавца и администрације. Уколико законодавство и управа примењују стандард „најмање рестриктивног средства“, тада се они понашају по „судском моделу“, јер се од њих очекује да размишљају као судије примењујући пропорционалност на своја овлашћења у доношењу нормативних аката. Посматрано у ширем смислу, принцип пропорционалности треба да допринесе повезивању сфере нормирања са сфером јавног интереса и доношењем конкретних одлука.

Упоредна уставносудска пракса (Шпанија, Немачка) показује да применом овог принципа уставни судови утичу на редовне судове и намећу га као услов у заштити зајемчених права и слобода.¹⁰ Посебно је значајно како ће уставни суд применити „тест“ пропорционалности у спору о колизији два уставна права, како са аспекта заштите уставности и законитости, тако и са аспекта заштите интереса појединца и његових права и слобода. Европски

¹⁰A.S.Sweet, “The politics of constitutional review in France and Europe”, pp. 76-78

уставни судови примењују принцип пропорционалности како у поступку заштите људских права, тако и у поступку нормативне контроле закона. Три су основна захтева о којима уставни суд води рачуна када оцењује уставност закона. Први захтев је да закон мора да испуњава постављени легитимни циљ у правном поретку. Други је захтев да закон треба да буде неопходан. Закон мора бити адекватан у погледу постизања његове сврхе и не сме да дозволи ни најмању могућност да се исти резултат постигне алтернативним решењем. Коначно, трећи захтев изражен је у сразмерности, тј. да предности и мане не смеју бити несразмерне претпостављеном циљу или постигнутом резултату.¹¹

У пракси Европског суда за људска права принцип пропорционалности долази до изражаја у поступку примене Европске конвенције о заштити људских права и то као „равнотежа између потреба друштва и захтева основних права појединца“.¹² Мерила која Суд користи су следећа: да ли су разлози за ограничење неког права „сувисли и корисни“, да ли за тако нешто постоји „хитна потреба“, да ли су предузете мере оправдане са аспекта легитимног циља који се жели постићи, као и да ли постоји „поштена равнотежа између општих и појединачних интереса“.¹³ Тако је у својој одлуци Лепојевић против Србије (*представка бр. 13909/05, пресуда од 6.11.2007*) Европски суд за људска права заштитио право из члана 10. Европске конвенције – право на слободу изражавања, са образложењем да углед једног политичара не може бити значајнији од угледа обичног грађанина. Став је Европског суда да је рад изабраних лица нарочито подложен критици.¹⁴ Такође, Врховни суд Србије је новембра 2008. године усвојио став да су границе прихватљиве критике шире када је реч о јавним личностима у односу на приватна лица. Јавне личности су, за разлику од обичних грађана, неизбежно и свесно изложене помном испитивању сваке речи и дела, како од новинара, тако и од јавности уопште, па се зато очекује да испоље већи степен толеранције.

Осим пропорционалности у ограничењу људских права, Устав уређује „границе“ одступања од људских и мањинских права у ванредном или ратном стању (*чл. 202*). Одступања од људских и мањинских права зајемчених Уставом, по проглашењу ванредног или ратног стања, дозвољена су „само у обиму у којем је то неопходно“. Државна власт је, дакле, дужна да

¹¹ P.Popelier, “The Role of the Belgian Constitutional Court in the Legislative Process”, *Statute Law Review* Vol. 26, No 1, 2005, p. 33

¹² Пресуда *Brogan and others v. United Kingdom, Soering v. United Kingdom*. (Цитирано према: V.Dimitrijević, D.Popović, T.Papić, V.Petrović, *op.cit.*, str. 80)

¹³ *Ibidem*

¹⁴ Слично и у одлуци Филиповић против Србије, *представка бр. 27935/05, пресуда од 20.11.2007. године* (доступно на: <http://www.hraction.org/?p=220>, посећено 23.11.2009)

принцип пропорционалности примени и у посебном „државном стању“, уколико је потребно учинити захват у загарантована права и слободе.

Мере одступања од људских и мањинских права у ванредном или ратном стању (*чл.202 ст.2*) не смеју да угрозе принцип једнакости, при чему се у уставној одредби *чл. 202* наводе следећи основи за забрану дискриминације: раса, пол, језик, вероисповест, национална припадност или друштвено порекло. Међутим, нејасно је зашто основни уставни принцип о забрани дискриминације (*чл.21 ст.3 Устава*), који предвиђа широку скалу антидискриминаторских основа, преузету из међународних докумената, није примењен и у случају ванредног или ратног стања. Он је сужен и ограничен на неколико основа о забрани дискриминације у ванредном или ратном стању. Поставља се зато питање: да ли ће у стању државне нужде бити допуштено да се мере ограничења примене на појединце с обзиром на њихово политичко или друго уверење, рођење, имовно стање, културу, старост и психички или физички инвалидитет? С обзиром да све уставне одредбе уживају једнаку правну снагу, а тиме и заштиту пред Уставним судом, не може се говорити о неуставности овог уставног решења. Међутим, уставне норме којима се проглашавају основни принципи националног правног поретка, а нарочито оне којима се гарантује владавина права, представљају основ за тумачење Устава у целини. Зато сматрамо да у овом случају треба да буде примењен општи уставни принцип, те да су државни органи и у ванредном или ратном стању везани начелом о једнакости и забрани дискриминације по било ком основу, који је наведен у основним начелима о људским и мањинским правима (*чл.21 ст.3 Устава*).

На овај начин, ушли смо у следећи основни принцип који је Уставом проглашен у систему људских и мањинских права у Србији, а то је уставни принцип једнакости и забране дискриминације. Уставом су широко уређени антидискриминаторски основи који су коректно преузети из међународних аката. Сви имају право на једнаку законску заштиту, што значи да су сви пред законом једнаки. Посебне мере које држава предузима у циљу постизања пуне равноправности лица или група лица, која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима, су афирмативне мере (тзв. позитивна дискриминација). Оне се не сматрају дискриминаторским мерама или захватима власти, већ имају за циљ да афирмишу „мањине“ и не могу бити основ за интервенцију државних органа ради заштите „већине“.

VI

На крају одељка о начелима у систему људских и мањинских права проглашен је принцип судске заштите загарантованих права у националном правном поретку, као и пред међународним органима (*чл. 22*). Право на

судску заштиту у националном поретку обухвата право на заштиту пред редовним судовима и право на заштиту пред Уставним судом. Док је први облик заштите у континуитету присутан у домаћем систему, дотле је индивидуална заштита људских и мањинских права пред Уставним судом Србије новина у односу на претходни српски Устав од 1990. године. Грађани се могу директно путем уставне жалбе обраћати Уставном суду Србије у случају да су им угрожена људска или мањинска права. Уставна жалба је као облик заштите права и слобода регулисана кроз институционалне гаранције у члану 170. Устава.¹⁵

Уставни суд се често означава, и то претежно у немачкој правној литератури, као „заштитник основних права“.¹⁶ С обзиром на потребу успостављања правне државе у којој су људска права примарна и виша од власти, а са циљем да се доведе у потребну равнотежу систем поделе власти, Уставни суд има задатак да обезбеди заштиту уставности у формалном и материјалном смислу. У најширем смислу, Уставни суд остварује заштиту људских права преко своје основне надлежности да оцењује сагласност нормативних аката са Уставом и на тај начин интерпретира уставне одредбе у оквиру апстрактне контроле уставности. Систем уставносудске контроле треба да пружи генералне гаранције у држави заснованој на владавини права. Уставном суду је допуштено да интерпретира уставне норме сагласно теорији о „отвореној уставној норми“ и да, сагласно принципу пропорционалности, оцењује која акција власти је „неопходна, одговарајућа и непрекомерна“.¹⁷ Да би Уставни суд остварио добру равнотежу у оцени уставности од њега се, у најмању руку, очекује да процени који „уставни бенефит“ ће превагнути, односно, да највећа „корист“ буде достигнута најмањом „ценом“.¹⁸

Успостављање уставносудске заштите путем уставне жалбе уклапа се у систем генералне заштите људских права у европском правном простору, сагласно Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода (1950). Европски систем заштите обезбеђује да се Европски суд за људска

¹⁵ О уставној жалби у Србији видети: Д.Стојановић, *Основна права човека*, Ниш, 1989; В.Ђурић, *Уставна жалба*, Београд, 2000; О.Вучић, „Уставна жалба – о разлозима увођења овог средства непосредне заштите“, *Правна ријеч* (Бања Лука), 2009, Год. VI, Бр. 18, стр. 95-107; Б.Ненадић, „Уставни суд као „жалбени суд“, *Правна ријеч* (Бања Лука), 2007, Год. IV, Бр. 10, стр. 175-207; И.Пејић, „Уставносудска заштита основних права: уставна жалба у Србији“, *Правни живот* (Београд), Бр. 14, Vol. VI, 2007, стр. 833-845

¹⁶ Према: Y.Mény & A.Knapp, *Government and Politics in Western Europe: Britain, France, Italy, Germany*, Oxford University Press, 1998, p. 347

¹⁷ Слично је и у поступању Уставног савета Француске који одлучује у складу са „фундаменталним принципима које установљава право Републике“. (Y.Mény & A.Knapp, *op.cit.*, p. 348)

¹⁸ Упор. A.S. Sweet, *Governing with Judges – Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 97

права овим питањем бави тек по исцрпљивању свих расположивих средстава правне заштите у националном систему. Сагласно Европској конвенцији (чл.35 ст.1), Европски суд за људска права „може узети предмет у поступак тек када се исцрпу сви унутршњи правни лекови, у складу са општепризнатим начелима међународног права, и у року од шест месеци када је поводом њега донета правоснажна пресуда“. У националном правном систему, уставна жалба представља посебан инструмент правне заштите са карактеристикама ванредног правног средства, који обезбеђује заокружену заштиту људских права у уставном поретку. Употпуњен уставном жалбом,¹⁹ национални систем правне заштите људских права треба да обезбеди пуне гаранције пред домаћим органима.²⁰ Уколико грађани нису задовољни правном заштитом пред националним судовима, имају могућност да се обраћају европским и међународним органима за заштиту људских права.

У поступку уставносудске заштите људских права Уставни суд пружа једнаку заштиту тзв. субстанцијалним правима, као и процесним правима које Устав гарантује. У поступку заштите зајемчених права пред Уставним судом редовни судови се појављују у двострукој улози: прво, они су у правном поретку примарни заштитник права грађана и друго, они могу својим поступањем и/или актима да угрозе уставом гарантована права у редовном судском поступку. Посебну пажњу заслужује заштита људских права процесног карактера, која су повређена у поступку пред судским органима. Повреду може да трпи не само физичко већ и правно лице, што се све у крајњој линији одражава на гаранције правичног суђења предвиђене Уставом. Тако, на пример, уставна гаранција на правично саслушање пред судом може бити повређена како процесним законом, тако и у конкретном случају, поступањем суда. Основна права материјалног карактера, као што су уставни принцип једнакости грађана, принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*, правило *non bis in idem*, право на правично суђење (чл. 6 Европске конвенције), претпоставка невиности и друга права могу бити повређена у процесу пред надлежним државним органом. Изузетно, уставна жалба може бити усмерена и на врсту доказа у судском, најчешће кривичном поступку, којим је, на пример, повређено основно право на достојанство човека или повређена неприкосновеност стана.²¹ Предмет уставносудске заштите по

¹⁹ Да ли ће уставна жалба бити ефикасан инструмент заштите зависиће, сматра О.Вучић, и од „праксе рада судова у овом делу њихове надлежности“, која би требало да „потпомогне снажење вере грађана у систем, у власт и државу“. О.Вучић, *op.cit.*, стр. 105-106

²⁰ Док је прва претпоставка, садржана у захтеву да устав и закон пруже правни оквир за успостављање ефективне уставносудске контроле, испуњена, очекује се, сматра М.Пајванчић, да буду испуњене и друге, као што су "уставни идентитет заједнице" и "спремност свих актера политичке заједнице" да обезбеде независну уставносудску контролу. М.Пајванчић, *Србија између устава и уставности*, Београд: Хелсиншки одбор за људска права у Србији, 2005, стр. 16-17

²¹ У највећем броју случајева ова област заштите односи се на област кривичног права. Међутим, одређена питања могу бити предмет заштите у породичном праву, као на пример,

уставној жалби у Србији широко је Уставом постављен, јер се заштита генерално пружа свим људским и мањинским правима које су зајемчене Уставом. Ово је истовремено најшире уставно одређивање садржине заштите путем уставне жалбе.

Вредност уставних начела о људским и мањинским правима је несумњива и она представља израз владавине права. Ова начела су по први пут систематизована у Уставу као основа уставних гаранција права и слобода. То указује на стварање система људских права у националном поретку, који је у исто време израз интернационализације људских права. Са друге стране, уставна начела о људским правима представљају правни основ за интерпретацију и примену зајемчених права и слобода како пред националним, тако и пред међународним органима. Као специјална уставна начела, она су уклопљена у општи правни оквир који Устав поставља кроз основне принципе на којима се темељи владавина права.

основно право на породицу и заштиту родитељства, тј. заштиту деце. У области грађанског права, то су основна права везана за приватну својину, приватно предузетништво, као и одређена права која проистичу из радног односа.

Prof. Irena Pejić, LL.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

THE EFFECT OF HUMAN RIGHTS IN THE SERBIAN LEGAL SYSTEM

Summary

In this paper, the author analyzes the system of human rights in the legal order of the Republic of Serbia, which is based on the fundamental legal principles on human and minority rights contained in the Serbian Constitution (2006). Considering that these legal principles are concurrently the legal foundation of the rule of law, they serve as the basis for the interpretation and implementation of the guaranteed rights and freedoms by the state authorities, primarily the courts. In addition to the general principles of the rule of law, the Constitution has declared a number of special principles in the system of human rights protection, some of which are brand new in the legal system of the Republic of Serbia, such as the principle of proportionality. The achievements of a modern constitutional democracy are the direct application of the provisions contained in the Constitution and the international sources of law in the field of human rights, as well as the direct protection of human rights in the national system before the Constitutional court. The principle of equality and non-discrimination is traditionally a constitutional principle which has been expanded in the Serbian Constitution to comply with the requirements of modern constitutional democracies. The basic constitutional provisions on human rights are the governing principles which will be used by the Constitutional court and regular courts in the process of judicial interpretation and implementation of human rights, ultimately aimed at providing an effective legal protection of the guaranteed human rights.

Key words: guaranteed human and minority rights, the Serbian Constitution, proportionality principle, legal protection, equality, non-discrimination

UDK: 341.231.14-053.2

Проф. др Слободанка Константиновић-Вилић

Проф. др Невена Петрушић

МЕЂУНАРОДНО ПРАВНИ ДИСКУРС ПОЛИТИКЕ ПРЕМА ДЕЦИ *

Апстракт: *На међународном плану почев од доношења Конвенције о правима детета (1989.), која је нормативно уобличила универзално прихваћена права детета, до данас, донети су бројни документи у циљу даљег нормирања и заштите права детета. На основу обавеза из ратификованих међународних докумената, у Републици Србији је донето низ стратегија, смерница и препорука, којима су призната дечја права и утврђена политика према деци, као најосетљивијој категорији становништва.*

Нове концепције о правима деце, које се развијају на теоријском и практичном плану, односе се на стварање таквих друштвених услова за сву децу који ће омогућити обезбеђивање права детета на два нивоа: права на једнаке могућности у погледу коришћења друштвених ресурса (образовање, здравље, култура, информисање) и права на заштиту, која морају успоставити баланс између активности родитеља и самосталних активности. У том правцу се одвијаја креирање политике према деци и нормативна делатност на међународном и националном плану.

Међутим, иако су постигнути значајни резултати у погледу развоја и јачања међународног права у области права детета, општи контекст права детета у Србији и остваривање обавеза преузетих из међународних докумената, зависе од политичких, економских и социјалних промена и превирања до којих је долазило у дужем временском периоду. Стога је за остваривање политике према деци постављене у међународним и националним стратешким доку-ментима веома значајно да права деце буду у центру пажње, да се обезбеди ефективни правни систем, успостављање и јачање националних тела (омбудсман за децу) да постоји финансијска подршка државе, као и компле-ксно и повезано деловање институција за унапређење и заштиту права детета, појединаца и свих сегмената друштвеног живота.

Кључне речи: међународни документи, права детета, образовни систем, здравствена заштита, заштита од насиља, дечији рад.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. Уводне напомене

У великом броју теорија које се баве појединцем и друштвом, формулисана је теза да је карактер друштва одраслих директна последица начина на који су подизана њихова деца и, обратно, да начин подизања и васпитања деце директно утиче на вредности и приоритете друштва које чине одрасли.¹ Према савременим схватањима о концепцији детињства, деца су активни субјекти социјализације, социјална група која има специфичне карактеристике и вредности. Сматра се да је детињство социолошка категорија², социјална конструкција и нормативни појам, део културних норми које стварају одрасли и да је у великој мери зависна од основних цивилизацијских ознака, традиције и обележја друштвене структуре³, као и од друштвеног раздобља и културних образаца у одређеном друштву. Друштво је историјски посматрано имало различит однос према деци, различит систем вредности, правни и институционални оквир за њихову заштиту.

За разлику од периода када је постојало потпуно игнорисања детињства као развојне фазе у животу, у савременом друштву је дошло до формирања посебног односа према деци, као једном делу популације са специфичним карактеристикама, као и до знатног побољшања положаја детета у породици и признавања посебних, самосталних права детета којима се штите његова лична добра, слобода личности и самоодређење детета. Ипак, у великом броју држава од детета се очекује послушност, оно је и даље у апсолутној власти родитеља, најчешће оца и васпитава се традиционално у духу припадности класе којој породица припада. Друштвена брига и друштвена заштита деце оријентисана је на обезбеђивање свега онога што је добро и корисно за децу („добробит“ или „највећи интерес детета“), при чему се најчешће не узима у обзир аутономија детета и његова посебност.

Нове концепције о правима деце, које се развијају на теоријском и практичном плану,⁴ односе се на стварање таквих друштвених услова за сву

¹ Пешић, М., Бранковић, Б., Томановић-Михајловић, С., Дејановић, В., *Партиципација младих под лутом*, Југословенски центар за права детета, Београд, 1999, стр. 9.

² На Светском конгресу социолога у Билефелду 1994. основана је посебна група за социологију детињства (Thematic Grup on the Sociology of Childhood) и установљена „социологија детињства“ као међународно призната научна дисциплина. На конгресу у Монреалу основан је 1998. године Међународни истраживачки комитет за социологију детињства (Research Committe on Sociology of Childhood). Социологија детињства се развијала кроз различите теоријске приступе и емпиријска истраживања која се баве дечијом свакодневницом, што је значајно допринело конкретном препознавању социјалног положаја најмлађег дела популације и дефинисању циљева и мера политике према деци било као самосталне или као сегмента шире популационе политике. http://www.komunikacija.org.rs/komunikacija/casopis/stanov/XLIII_4/15/html_ser_lat.

³ Јањић-Комар, М., Обретковић, М., *Права детета – права човека*, Удружење правника Србије за социјално право, Београд, 1996., стр. 11.

децу који ће омогућити обезбеђивање права детета на два нивоа: права на једнаке могућности у погледу коришћења друштвених ресурса (образовање, здравље, култура, информисање) и права на заштиту, која морају успоставити баланс између активности родитеља и самосталних активности.⁵ У том правцу се одвија креирање политике према деци и нормативна делатност на међународном и националном плану.

Република Србија се активно укључила у процес европских интеграција, посебно у делу усклађивања националног законодавства са правом Европске уније. У домену дечијих права значајно је да Устав (2006.) изричито говори о правима детета, први пут у уставноправној историји Србије. Веома значајно је и доношење Породичног закона (2005.), Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (2005. у примени од 1.1.2006.), Кривичног законика (2005. у примени од 1.1.2006.), Закона о изменама и допунама Кривичног законика (2009.), Закона о основама система образовања и васпитања (2009.), Закона о заштити од дискриминације (2006.), Закона о заштити од дискриминације особа са инвалидитетом (2006.), Закона о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана (2005.).

На основу наведених законских прописа и низа стратешких докумената које је Србија усвојила последњих неколико година, током процеса правне транзиције и усаглашавања са међународним и европским стандардима⁶, може се закључити да се главни правци развоја политике према деци односе на: смањење сиромаштва деце и заштиту деце од најтежих ефеката економске кризе⁷ квалитетно образовање за сву децу; искључење свих облика дискрими-

⁴ О теоријским приступима у конституисању права деце, видети: Freeman, M.D.A., *The Rights and Wrong of Children*, London, Frances Pinter, 1983; Јањић Комар, М., *Права деце у породичним односима*, Центар за публикације Правног факултета у Београд, Београд, 1987; Обретковић, М., *Шта су права детета?*; Драшкић, М., *Права детета: Југославија и Конвенција Уједињених нација о правима детета*, у: *Права детета у свету и Југославији*, приређивач Невена Вучковић Шаховић, Београдски центар за људска права, Београд, 1997; Јањић Комар, М., Обретковић, М., *ор. ст.*

⁵ Јањић-Комар, М., Обретковић, М., *ор. ст.* стр.17.

⁶ Најзначајнија стратешка документа донета у Србији су: Национални план акције за децу (НПА, 2004.) којим је дефинисана општа политика државе према деци за период до 2015. године; Стратегија за смањење сиромаштва (2003.); Стратегија развоја социјалне заштите (2006-2009.); Стратегија за борбу против дрога у Републици Србији за период 2009-2013. (2009.); Стратегија за унапређивање положаја Рома у Републици Србији (2009.); Национална стратегија за превенцију и заштиту деце од насиља (2008.); Општи протокол за заштиту деце од злостављања и занемаривања (2005.) и посебни протоколи за рад полицијских службеника, свих учесника у образовно-васпитном систему, здравственим установама и установама социјалне заштите на заштити деце од злостављања и занемаривања; Стратегија развоја здравља младих у Републици Србији.

⁷ Последице транзиције и економске кризе у Србији су, поред осталог, значајно смањење породичних прихода, повећање насиља над женама и децом; смањење похађања наставе у

нације и инклузија сиромашне ромске деце у образовање; боље здравље за сву децу; унапређење положаја и права деце ометене у развоју, заштита права деце без родитељског старања, заштита деце од експлоатације, насиља, злостављања и занемаривања; заштита деце од трговине људским бићима; побољшање здравствене и социјалне заштите деце; јачање капацитета земље за решавање проблема деце и повећање и спецификација буџетских издвајања за децу.

Основне теме разматране на Међународној конференцији „Деца и сиромаштво: глобални контекст, национални приоритети и локална решења“⁸ односиле су се на последице економске кризе на децу у Србији и различите модалитете и мере које се предузимају да би се спречило повећање сиромаштва деце у оквиру процеса европских интеграција. Закључено је да је политика према деци стратешко питање развоја земље и да је за остварење циљева Националног плана за децу неопходно удруживање свих актера – централне и локалних власти, законодавне власти, цивилног друштва, приватног сектора. Посебно је истакнут значај укључивања локалних власти и других актера на локалном нивоу како би заједничким снагама радили на побољшању социјалне заштите и социјалне инклузије деце.

С обзиром на то да је политика према деци установљена као политички и друштвени приоритет и стратешко питање развоја земље, започео је рад на изради свеобухватног Закона о правима детета, који ће омогућити делотворнију заштиту и остваривање права детета у складу са међународним стандардима.

У овом раду презентовани су кључне поруке и стандарди утврђени међународним универзалним документима УН и документима регионалних организација, који пружају оквир за изградњу савременог националног права у области права детета и креирање одговарајућих стратегија и политика.

2. Преглед међународних докумената

Данас су права детета⁹ призната и нормативно уобличена у међународном праву бројним међународним документима. Основни међународни документи који се односе на права деце, поједине проблеме деце или неких категорија деце су:

школама, опадање квалитета бриге и неге деце и погоршање њиховог општег стања. www.minrzs.gov.is/cir/index.php?Option, приступ 22.11.2009.

⁸ Конференцију су организовали Тајех одељење Европске комисије и Министарство рада и социјалне политике у сарадњи са канцеларијом UNICEF и Народном скупштином Републике Србије 19.10.2009. године.

⁹ Под дететом се, за потребе овог рада, користи дефиниција детета коју даје Конвенција о правима детета у чл. 1.: - дете је свако људско биће које није навршило 18 година живота.

- Конвенција о правима детета Уједињених нација;
- Миленијумски циљеви развоја Уједињених нација;
- Свет по мери детета;
- Светска декларација ”Образовање за све”, Оквир за акцију и Дакарска декларација;
- Здравље за све у 21. веку;
- Акциони план за животну средину и здравље деце у Европи;
- Конвенција о пристанку на брак, минималној старости за склапање брака и регистрању бракова;
- Конвенција о заштити материнства;
- Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству;
- Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце;
- Европска Конвенција о признању и извршењу одлука о старању о деци и о поновном успостављању односа старања;
- Факултативни Протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији уз Конвенцију о правима детета;
- Факултативни Протокол о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета;
- Конвенција Међународне Организације Рада бр. 182 о најгорим облицима дечијег рада и препоруке МОР бр. 190 о забрани и хитној акцији за укидање најгорих облика дечијег рада;
- Конвенција о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању;
- Конвенција УН против транснационалног организованог криминалитета и допунски протоколи;
- Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена.

На нивоу Савета Европе 25.1.1996. године усвојена је Европска конвенција о остваривању дечијих права, којом се обезбеђују процесне претпоставке за положај детета пред судским и административним органима.¹⁰ Поред ове Конвенције, значајне су Европска конвенција о усвајању деце (1967.); Европска конвенција о правном положају деце рођене ван брака (1975.) и Европска конвенција о признавању и извршавању одлука које се тичу старатељства над децом и о обнављању старатељства (1980).

Наведеним докуменатима успостављени су међународни стандарди у области права детета, који представљају основу за доношење стратешких докумената и законских прописа и за установљавање одређене политике према деци.

¹⁰ Пауновић, М.: Европска конвенција о остваривању дечијих права и европска конвенција о људским правима, у Вучковић-Шаховић, Н.: Права детета у свету и Југославији, Београдски центар за људска права, Београд, 1997, с. 81-82.

3. Конвенција о правима детета Уједињених нација

Конвенција о правима детета Уједињених нација (у даљем тексту Конвенција) представља најважнији међународни уговор о правима детета. Конвенција је усвојена 1989. године под окриљем Уједињених нација, а 1990. године ратификована од стране СФРЈ.¹¹ У периоду пре доношења Конвенције сматрало се да су права детета довољно заштићена у оквиру људских права, с обзиром на то да имају исти основ и да се значајно не разликују. Међутим, установљавањем појма детињства као социолошке категорије зависне од историјског периода развоја друштва и друштвених околности, са специфичним захтевима у односу на систем који обезбеђују људска права, дошло се до закључка да детињство у изворном, најширем смислу, представља фазу живота у којој се манифестује посебност детета. Искуство које је произишло из става о посебности детињства и детета, захтевало је успостављање посебног система заштите детета.¹² Посебан систем нормирања, заштите и унапређења права детета остварен је кроз Конвенцију због чега се Конвенција сматра универзалним и најзначајнијим међународним документом у области људских права и права детета. Усвајање Конвенције резултат је развоја и консолидације ставова у односу на децу и људска права на међународном плану. Стога су у Конвенцији на једном месту обухваћена сва људска права која се признају једној посебној групи људи - деци, што представља значајну новину у међународном праву које се ствара под окриљем Уједињених нација.

Основне поставке Конвенције односе се на: дефинисање основних права детета; одређивање главних група права детета: економска, социјална, културна, политичка и грађанска; признавање нових људских права, као, на пример, право детета на слободно изражавање мишљења по свим питањима која га се тичу, или, право детета – жртве било ког облика злостављања, злоупотребе или експлоатације на физички и психички опоравак и реинтеграцију и признавање улоге невладиних организација у поступку остваривања права детета.

Конвенција је подељена на Преамбулу и три дела.

У Преамбули, која најпре наглашава основне принципе Уједињених нација о признавању основних људских права и слобода без дискриминације, потврђено је да су ”детету с обзиром на његову физичку и менталну незрелост, потребни посебна заштита и брига, укључујући одговарајућу правну заштиту како пре, тако и после рођења”. Наглашено је да дете треба да буде

¹¹ Закон о ратификацији Конвенције о правима детета, Службени лист СФРЈ, Међународни уговори бр. 15/1990 и бр. 2/1997. Конвенција је међународни уговор са највише ратификација.

¹² Права детета и Конвенција о правима детета, приредила Вучковић - Шаховић, Н., Југословенски центар за права детета, IV допуњено издање, Београд, 2001, с. 14.

подизано у окружењу у коме учи да вреднује и поштује себе, као и друге, да буде васпитавано у духу мира, достојанства, толеранције, слободе, равноправности и солидарности.

Први део Конвенције садржи: дефиницију детета, утврђивање основних принципа, одређивање корпуса права која се признају детету, уз наглашавање обавезе држава које су потписале и ратификовале Конвенцију да предузму све мере за остваривање права признатих Конвенцијом уз поштовање највиших стандарда у овој области на међународном и националном нивоу (чл. 4 и 5 Конвенције).

Према дефиницији детета (чл. 1 Конвенције), дете је свако људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније. У наредним члановима су издвојена права која су уједно и принципи и претпоставке за остварење свих других права: право на недискриминацију (чл. 2 Конвенције); право на уважавање најбољег интереса детета (чл. 3); право детета на живот, опстанак и развој (чл. 6).

Конвенцијом су гарантована грађанска и политичка права детета (право на име и држављанство – чл. 7, право на очување идентитета – чл. 8), слобода изражавања мишљења (чл. 12 и 13)¹³ и приступ информацијама (чл. 17), слобода мисли, савести и вероисповести (чл. 14), слобода мирног удруживања и окупљања (чл. 15), право на приватност (чл. 16), право на забрану мучења или других окрутних, нечовечних или понижавајућих поступака или казни (чл. 37), право на заштиту од сексуалног искоришћавања (чл. 34), право на заштиту од економског искоришћавања и од обављања било ког посла који би могао да угрози здравље детета, образовање или развој (чл. 32). Детету је, такође гарантовано право на старање и породична средина (чл. 9 и 10 – породични живот и одржавање односа са родитељима или стараоцима; чл. 20 – права детета које је лишено породичне средине и права детета везана за алтернативни смештај; чл. 21 – усвојење; чл. 23 – право детета са сметњама у развоју на посебну негу, образовање и оспособљавање за рад, пружање помоћи која се захтева и која је примерена стању детета и могућностима родитеља или других који о детету брину; чл. 11 – право детета на заштиту од незаконитог пребацивања преко границе и родитељске

¹³ У чл. 12 Конвенције наглашено је да свој деци која су у стању да изразе своје мишљење мора бити пружена могућност да учествују у доношењу одлука које их се тичу. То је право на партиципацију које обухвата низ других права. О партиципативним правима, детаљно: Van Bueren, G., *The International Law on the Rights of the Child*, Martinus Wjhoff Publishers, London, 1995., р. 15; Петрушић, Н., *Право Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву Републике Србије*, у: Новине у породичном законодавству, Правни факултет Унивезитета у Нишу, 2006. стр. 99-118; Пешић, М., Бранковић, Б., Томановић-Михајловић, С., Дејановић, В., оп. ст. стр. 24.

отмице; чл. 19 – право на заштиту од злостављања и занемаривања). Поред тога, дете има право на здравствену и социјалну заштиту – чл. 24 и 26, као и право на одговарајући животни стандард (чл. 27), који одговара његовом физичком, менталном, духовном, моралном и социјалном развоју. Родитељи, односно друга лица одговорна за дете, првенствено су дужна да детету обезбеде услове живота потребне за развој, у оквиру својих способности и финансијских могућности, а државе су дужне да, у складу са националним условима и у оквиру својих могућности, помогну родитељима да испуне своју обавезу, да обезбеде материјалну помоћ, посебно у погледу исхране, одевања и становања. Конвенцијом је сваком детету признато право на образовање, слободно време, рекреацију и културне активности – чл. 28, 31, а као и посебна права деце које се налази у специфичним ситуацијама (дете избеглица – чл. 22, дете у оружаним сукобима – чл. 38 и др.).

Други део Конвенције садржи одредбе којима се даље разрађују обавезе страна уговорница и уређује оснивање и рад посебног надзорног тела – Комитета за права детета. У члановима Конвенције предвиђено је да државе уговорнице имају обавезу да са правилима садржаним у конвенцији упознају како одрасле, тако и децу (чл. 42). Такође су предвиђени рокови у којима су државе уговорнице обавезне да подносе Комитету, преко Генералног секретара Уједињених нација, извештаје о мерама које су усвојиле за остваривање права признатих Конвенцијом и о напретку оствареном у погледу уживања тих права (чл. 44).

У одредбама трећег дела Конвенције регулисана су питања потписивања, ратификације, приступања, ступања на снагу, стављања резерви, измена, отказивања и депоновања овог међународног уговора (чл. 46-54).

Најзначајнију улогу у остваривању права детета предвиђених Конвенцијом на националном нивоу, имају: надлежна министарства са својим службама, правосудни органи, посебна министарства или државне агенције за децу, омбудсмани за људска права и права детета, невладине организације, верске заједнице, средства јавног информисања, комерцијални сектор и појединци. Комерцијални сектор има значајну улогу у богатијим државама где компаније оснивају фондације за помоћ у појединим областима људских права и права детета, најчешће у случајевима лечења или школовања деце.¹⁴

4. Миленијумски циљеви развоја Уједињених нација

Један од веома значајних међународних аката с аспекта остваривања права и унапређења друштвеног положаја детета јесу *Миленијумски циљеви*

¹⁴ Права детета и Конвенција о правима детета, приредила Н., Вучковић-Шаховић, Југословенски центар за права детета, IV допуњено издање, Београд, 2001, стр. 34.

развоја Уједињених нација, усвојени септембра 2000. године, на заседању Скупштине УН у Њујорку. Пројекат је заступао Генерални секретар Уједињених нација 2002. године, кроз конкретно постављене циљеве који су се односили на развијање плана акције за смањење сиромаштва, глади и болести. На Миленијумском самиту УН 2002. године, 189 земаља усвојило је Миленијумске циљеве.¹⁵ Независно наднационално тело у оквиру УН, којим је руководио професор Џефри Сакс (Jeffery Sachs) представило је 2005. године Генералном секретару УН Финалне препоруке под називом *”Улагање у развој: практичан план за постизање миленијумских циљева развоја”*.

Миленијумски циљеви промовишу једнакост полова, здравље, образовање и одрживост развоја. Они се, такође, односе на људска права – право сваке особе на здравље, образовање, заштиту и сигурност. Генерални секретар УН Бан Ки Мун изјавио је да су миленијумски циљеви амбициозни, али достижни и да заједно са свеобухватном агендом развоја коју нуде УН постављају курс за светске напоре да се екстремно сиромаштво смањи до 2015. године.¹⁶

Миленијумски циљеви представљају скуп мерљивих и временски одређених глобалних циљева за сузбијање сиромаштва, глади, болести, неписмености, еколошког загађења и дискриминације жена. У оквиру Миленијумских циљева постављено је осам циљева који треба да буду остварени до 2015. године. То су:

1. искорењивање екстремног сиромаштва и глади (смањење на пола броја људи који живе са мање од једног долара дневно; смањење на пола броја људи који пате од глади; повећање количине хране за оне који пате од глади),
2. подизање универзалног основног образовања (осигурање да сва деца имају бар основно образовање; повећан упис ђака мора бити праћен напорима да се осигура да сва деца остану у школи и стекну висококвалитетно образовање),
3. промовисање једнакости полова (елиминисање неједнакости полова у основном и средњем образовању по могућству до 2005. и на свим нивоима до 2015. године),
4. смањење смртности код деце (смањење на две трећине степена смртности међу децом млађом од пет година),
5. побољшање здравља мајки,
6. борба против ХИВ/СИДА, маларије и других обољења (заустављање и смањење ширења ХИВ/СИДА, маларије и других опасних обољења),

¹⁵ Национални план акције за децу (НПА), Савет за права детета Републике Србије, Београд, фебруар 2004. www.unicef.org/serbia/NPAfinalSerb.pdf приступ 24.10.2009.; Влада Републике Србије усвојила је Миленијумске циљеве развоја УН 2002. године, а маја 2005. године Извештај о реализацији Миленијумских циљева развоја.

¹⁶ www.un.org/millenniumgoals, приступ 21.10.2009.

7. обезбеђивање еколошке одрживости (интегрисање принципа одрживог развоја у политике и програме држава, смањење губитка природних ресурса; смањење на пола броја људи без сталног приступа пијаћој води; постизање значајног побољшања услова живота за отприлике сто милиона бескућника до 2020. године)

8. стварање глобалног партнерства за развој (развој либералног тржишта и финансијских система, предвидљивих и недискриминаторских; добро управљање, развој и смањење сиромаштва на националној и међународној основи; већа званична помоћ за развој земаља које су се обавезала на смањење сиромаштва; упућивање на посебне потребе држава унутар копна и малих острвских држава; свеобухватно бављење проблемом дуга земаља у развоју; стварање посла за младе; обезбеђивање приступа фармацеутским компанијама у складу са средствима земаља у развоју; обезбеђивање приступа погодностима савремених технологија, посебно информационих и комуникационих).

На Специјалном заседању Генералне скупштине УН о деци маја 2002. године усвојен је завршни документ *"Свет по мери деце"*, који истовремено представља кључну везу са Миленијумским циљевима развоја УН.¹⁷ Усвајањем овог документа, који се састоји из три дела *Декларације, Прегледа досадашњих резултата и научених лекција* и *Плана акције*, државе су се обавезале да у року од око годину дана сачине сопствене планове акција који ће покренути и остварити до 2015. године. Документ се позива на Конвенцију о правима детета и има значајну политичку и моралну поруку. Све државе, потписнице овог документа, позване су да помогну у остваривању следећих принципа наведених у тач. 7 Декларације:

1. Деца пре свега – од примарне важности је интерес детета;
2. Искоренити сиромаштво – улагати у децу и остваривање њихових права, разбити „круг сиромаштва” и предузимати хитне мере за укидање најтежих облика дечјег рада;
3. Не изоставити ниједно дете – забрана дискриминације, сва деца без обзира на пол рођена су слободна и једнака;
4. Бринути о сваком детету у погледу исхране, здравља и свих потреба за живот и развој детета;
5. Образовати свако дете – подједнак приступ образовању девојчицама и дечацима, бесплатно и доброг квалитета основно образовање, укидање разлика у половима у основном и средњем образовању;
6. Заштитити децу од повређивања и искоришћавања – обухвата заштиту деце од насиља, злостављања, искоришћавања, дискриминације, свих облика тероризма и отмица;

¹⁷ *Свет по мери деце*, UNICEF, Центар за права детета, Београд, 2002.

7. Заштитити децу од рата и оружаних сукоба у складу са одредбама међународног хуманитарног права;

8. Борба против ХИВ/СИДЕ;

9. Слушати децу и обезбедити њихову партиципацију – поштовати прво детета да изрази своје мишљење и учествује у свим стварима које их се тичу, у складу са узрастом и зрелошћу;

10. Штитити Земљу за децу – чувати природну околину и пружити сваку помоћ у заштити деце и свођењу утицаја природних катастрофа и еколошке деградације деце на најмању могућу меру.

Поред наведених принципа, у Декларацији је наглашено да примена Декларације и Плана акције захтева политичку вољу, али и мобилизацију и издвајање додатних ресурса на националном и међународном нивоу, имајући у виду хитност и озбиљност посебних потреба деце.

У делу документа под називом "Преглед досадашњих резултата и научених лекција", истакнуто је да је од 1990. године, када је ступила на снагу Конвенција о правима детета и усвојена Светска декларација и план акције на Светском самиту за децу, праћено остваривање ових докумената на националном плану у појединим државама. Констатовано је да је дошло до смањења смртности деце, искорењивања дечије парализе, а путем јодизације соли сваке године деведесет милиона новорођење деце заштићено је од значајног губитка способности учења (тач. 10 и 11). Међутим, иако су постигнути значајни резултати, још много проблема је остало нерешено: 10 милиона деце умире сваке године, 100 милиона деце, од чега 60% девојчица, не похађа школу; 150 милиона деце пати од неухрањености и сл. Такође је истакнуто да недостатак ефикасне употребе ресурса може, између осталог, да отежа националне напоре усмерене на борбу против сиромаштва и обезбеђивање добробити деце.

Трећи део документа "План акције" садржи четири дела: А. Створити свет по мери деце; Б. Циљеви, стратегије и деловање; Ц. Мобилизација ресурса; Д. Даље акције и процена.

Стварање света по мери деце значи да свако дете има најбоље полазне основе за свој развој. У том циљу, државе треба да поставе као приоритет унапређење укупног развоја детета, и то:

- у погледу образовања (чл. 14): сва деца треба да имају најбољи могући приступ квалитетном образовању;

- у оквиру породице као основне јединице друштва (чл. 15): брига о заштити, васпитању и развоју деце; помоћ свих институција друштва у остваривању права детета од стране родитеља, законских старатеља и неговатеља, да би деце могла да расту и да се развијају у безбедном и стабилном окружењу; брига о деци без родитељског старања (чл. 16); усавршавање приступа информацијама и услужним делатностима од стране родитеља, породица, законских старатеља, неговатеља и саме деце;

- у погледу смањења сиромаштва (чл. 18), које представља највећу препреку у задовољавању потреба, заштити и унапређењу права детета: пружању основних социјалних услуга, креирању могућности за запошљавање, доступности микрокредита, улагање у инфраструктуру, растеређивање дугова итд.

- у оквиру међународне економске сарадње: глобализација треба да се спроводи уз поштовање једнакости и одсуство дискриминације уз отворени, равноправни, заснован на правилима, предвидљив и недискриминаторан мултилатерални систем финансија и трговине (чл. 19, 20);

- у погледу обезбеђења једнаког уживања свих људских права и основних слобода (чл. 21, 22): једнак приступ здравственим, образовним и рекреативним службама за децу са сметњама у развоју и децу са посебним потребама; посебну подршку и равноправан приступ услугама домородачкој деци и деци која припадају мањинама и угроженим групама;

- у погледу равноправности полова и једнаких могућности за девојчице и дечаке (чл. 24, 25) унапређивање заједничке одговорности оба родитеља у образовању и васпитавању женске и мушке деце без обзира на расу, боју коже, на то да ли живе у селу или граду, да ли имају сметње у развоју, да ли су богати или сиромашни и сл.;

- у погледу здраве животне средине (чл. 26, 27) мора бити решено низ проблема, а најважнији су глобално загађивање, смањење озонског омотача, загађење ваздуха, опасни отпад, излагање штетним хемикалијама и пестицидима, неадекватни санитарни услови, слаба хигијена, неисправна вода за пиће, неодговарајући стамбени простор;

- коришћење природних ресурса (чл. 28),

- поштовање релевантног међународног права: Конвенције о правима детета и Факултативног протокола, као и низа других међународних докумената релевантних за децу.

Све наведене полазне основе могу се остварити једино обезбеђивањем ефективног правног система, политике, плана акције, као и посебних средстава за обезбеђивање осваривања права детета; успостављањем и јачањем националних тела (омбудсман за децу) и других институција за унапређење и заштиту права детета; развојем националног мониторинга и система евалуације и јачањем свести о разумевању права детета.

За остваривање Плана акције значајно је обезбедити партнерство и учешће великог броја актера (чл. 32) који ће утицати на остварење заједничког циља – добробити деце и унапређење и заштита њихових права. Поред деце и младих особа, којима мора бити омогућено да слободно изразе своје мишљење у складу са својим развојним могућностима, значајну улогу имају: родитељи, породице и старатељи; локалне власти (градоначелници и локални лидери могу значајно да побољшају материјални статус деце стварањем градова без сиротињских насеља); чланови парламента или представници правосудног система; невладине организације и организације у локалној

заједници; приватни сектор и предузећа; верске, духовне, културне и домородачке вође; средства јавног информисања; регионалне и међународне организације и професионалци који директно раде са децом.

У другом делу Плана акције ("Циљеви, стратегије и деловање") наглашена је обавеза држава да до 2010. године, у оквиру ширег циља до 2015. године (чл. 33 и 34), уз прилагођавање специфичним условима живота у свакој држави и региону, формулишу стратегије и предузму одговарајуће мере у погледу:

- унапређења здравог живота (чл. 35-37), посебно смањења смртности одојчади и деце млађе од пет година, смањења смртности мајки, смањења неухрањености деце, смањења броја домаћинстава која немају хигијенске, санитарне услове и пијаћу воду и сл.;

- обезбеђивања квалитетног образовања, као кључног фактора у смањењу сиромаштва, старање о томе да сва деца имају приступ школи и могу да заврше основну школу, да образовне потребе свих младих људи буду задовољене кроз доступност одговарајућих програма за учење и животне вештине, да се, заједно са децом, створи окружење за учење које је прилагођено деци и у коме се она осећају безбедно и заштићено од злостављања, насиља и дискриминације;

- заштита од злостављања, искоришћавања и насиља, последица оружаног сукоба, свих облика сексуалног искоришћавања, укључујући педофилију, трговину децом и отмицу, предузимање хитних и делотворних мера за елиминацију најтежих облика дечјег рада који је у супротности са стандардима установљеним на међународном плану (41 - 43);

- посебне области заштите (чл. 44) односе се на:

- а. општу заштиту (обезбеђивање права на име и стицање држављанства; унапређивање програма за заштиту деце од свих облика насиља; усвајање посебних мера за укидање дискриминације над децом; укидање некажњивости за сва кривична дела против деце; промовисање превентивних служби и служби подршке, правосудних система посебно намењених деци; заштита деце од тортуре и других нечовечних поступака; укидање штетне традиције или обичаја, као што су рани и наметнути брак и сакаћење женских гениталија; заштити децу од илегалних усвојења, омице од стране једног родитеља, употребе у илегалној производњи и трговини наркотицима и психотропним супстанцама; заштита и помоћ избеглим и интерно расељеним лицима; правремена помоћ деци страдалој у природним катастрофама; заштита од насилних и штетних интернет презентација и компјутерских програма и игара),

- б. заштиту од оружаног сукоба;

- ц. сузбијање дечјег рада;

- д. укидање трговине децом и сексуалног искоришћавања деце.

е. борба против ХИВ/сиде (чл. 45-47).

Трећи део Плана акције посвећен је мобилизацији ресурса (чл. 48-58). Наглашено је да је првенствена одговорност за примену Плана акције и обезбеђивање подстицајног окружења за осигурање добробити деце на свакој појединој држави (чл. 49). Несумњиво је да спровођење Плана акције захтева издвајање значајних додатних људских, финансијских и материјалних ресурса на националном и међународном нивоу (чл. 51). Сходно томе, предвиђено је:

- да све развијене државе, које то нису учиниле, настоје да достигну циљеве договорене на међународном нивоу о издвајању 0,7% бруто националног дохотка,
- да се договори отпис свих билатералних званичних дугова презадужених сиромашних земаља, с тим да се ове земље јасно определе за искорењивање сиромаштва,
- да се повећа и унапреди приступ производа и услуга земаља у развоју међународним тржиштима,
- да се осигура у највећој мери да друштвена давања од користи за децу буду заштићена и имају приоритет у краткорочним, али и дугорочним економским и финансијским кризама,
- да се истраже нови начини стварања јавних и приватних финансијских средстава,
- да се посветити посебна пажња задовољењу потреба најугорженије деце на свету у земљама у развоју, нарочито у неразвијеним земљама и супсахарској Африци (чл. 53).
- да се подстиче друштвена одговорност предузећа промоцијом јачања свести о међузависности друштвеног и економског развоја; обезбеђивањем правног и економског оквира и оквира социјалне политике за иницијативу приватног сектора у остварењу постављених циљева.

Даље акције и евалуација у оквиру Плана акције усмерене су на развијање и јачање националних и регионалних планова акције, с низом специфичних циљева и задатака који су мерљиви и везани роком (чл. 59). Државе су се обавезале да јачају национално планирање и обезбеде потребну координацију, примену и ресурсе имајући у виду постављене циљеве и најбоље интересе детета (чл. 59 и 60). На крају, државе су се обавезале да неће штедети напоре у остваривању света по мери детета и да ће на овај начин учествовати у остваривању циљева светског покрета за децу (чл. 62).

5. Образовање деце

”Квалитетно образовање за све” (EFA) представља глобални програм, који има за циљ да осигура квалитетно образовање за сву децу у

свету. Носиоци програма су UNESCO, као координатор програма, UNICEF, Светска банка и UNDP.

Први програм је усвојен на специјалном заседању УН у Џомтијену (Jomtien, Тајланд) 1990. године. У овом документу, који је био основа за касније донет Оквирни програм акције (Дакар), дефинисано је основно образовање као "есенцијално средство за учење", које обезбеђује писменост, усмено изражавање и решавање задатака и "основни садржај учења", које обезбеђује знање, вештине, вредности и владање, потребно људским бићима за преживљавање, за потпуни развој њихових способности, за достојанствени живот и рад, за потпуно суделовање у развоју, за побољшање квалитета живота, за доношење правилних одлука и наставак учења".¹⁸

Документ "Оквир за акцију" (ED-200/CONF/211/1), усвојен на Светском форуму за едукацију (World Education Forum) одржаном 26-28.4.2000. године у Дакару (Сенегал), када је спроведено најобухватније вредновање у области образовања, промовише доступност, равноправност, квалитет и ефикасност образовања. Форуму су присуствовали представници 164 земље и 150 грађанских организација, укључујући и невладине организације.¹⁹ Констатовано је да учење представља "унутрашње благо", продукт отвореног и вишестраног проступа знању и искуству и да су једнаке могућности учења неопходне да би развој био свуда једнако проширен и одржив и да би се избегли огромни будући трошкови за оне којима нису пружене исте могућности. Такође, констатовано је да је међународна заједница на великом броју глобалних конференција одредила искорењивање сиромаштва као најважнији приоритет и као основни услов за жељени будући развој, заједно са образовањем, које представља примарно средство за остварење овог циља.

Конкретизација програма постављена је кроз тзв. *Оквирни програм акције из Дакара*²⁰ у коме се јасно дефинишу циљеви програма развоја квалитетног образовања до 2015. године. План деловања садржи једноставно тврђење: политика квалитетног основног образовања представља камен темељац целокупног људског развоја и мора бити широко подржана одговарајућим и правилно управљаним средствима. Основни закључак, формулисан као неопходност институционалне подршке пуној примени права на образовање као основног људског права, истовремено представља кључ одрживог развоја мира и стабилности и врло битно средство за ефективно учешће у целокупном друштву и економијама XXI века, који се налазе пред брзом глобализацијом. У Дакарском програму наведени су оперативни циљеви и стратешки задаци. Оперативни циљеви су:

¹⁸ www.hzpoz.hr/stranice/3/20-100.pdf pristup 27.10.2009.

¹⁹ Државна заједница Србија и Црна Гора посебном изјавом прихватила је овај програм. Видети: Национални план акције за децу, www.unicef.org/serbia/NPAfinalSerb.pdf pristup 24.10.2009.

²⁰ www.unesco.org/education, pristup 27.10.2009.

- проширивање и побољшање свеукупне бриге о деци у раном детињству као и о њиховом образовању, посебно за најугроженију и рањиву категорију деце;

- универзалан и слободан приступ основном образовању свој деци, посебно оној из запостављених група;

- настојање да до 2015. године сва деца, посебно девојчице, деца која живе у тешким околностима и деца која припадају етничким мањинама, имају приступ бесплатном завршетку основне школе, која је притом и квалитетна;

- удовољавање потребама свих младих и одраслих особа кроз омогућавање непристрасног приступа одговарајућим програмима савлађивања животно-них вештина;

- постизање напретка од 50% на нивоу писмености одраслих особа до 2015. године, посебно особа женског пола, као и омогућавање основног и континуираног образовања за све одрасле особе;

- уклањање неједнакости међу половима у основном и средњем образовању до 2015. године и постизање родне једнакости у образовању до 2015. године, с посебним фокусом на то да се девојчицама обезнеди пун и једнак приступ квалитетном основном образовању;

- унапређење свих аспеката квалитетног образовања на тај начин што би се утврдили препознатљиви и мерљиви резултати учења и образовања, који би се посебно огледали у повећању писмености и унапређењу оспособљености за живот.

Да би се постављени циљеви остварили, постављени су следећи стратешки задаци:

- да владе, организације, групе и удружења, који имају представника у светском образовном форуму, преузму обавезе да мобилишу јаке националне и међународне ресурсе;

- да развију националне планове акција и значајно побољшају (повећају) улагање у основно школско образовање у свим областима (јавној, приватној, локалној, државној, међународној);

- да се основно образовање уклопи у шири контекст социјалног развоја и стратегија за борбу против сиромаштва.

У међународним оквирима предвиђено је установљавање колективне обавезе, која треба да покрене глобалну иницијативу за стварање и развијање стратегија и обезбеђивање средстава за пружање помоћи националним иницијативама. Због тога је неопходно, како се наводи у Документу, да се: побољшају спољни извори финансирања образовања, посебно основношколског; да се повећа предвидљивост; ојача сарадња између различитих сектора и сл.

6. Здравствена заштита деце

У области унапређења здравља деце, најзначајнији документ је Стратегија светске здравствене организације *”Здравље за све – политика за XXI век”*.

Светска здравствена организација (СЗО)²¹ донела је 1977. године Резолуцију *”Здравље за све”*, која је имала за циљ постизање таквог нивоа здравља људи који ће сваком становнику света омогућити да води социјално и економски продуктиван живот. Касније, 1988. године донет је у Риги документ у коме је извршена евалуација о остваривању Декларације о примарној здравственој заштити, док је 1993. године разматран други извештај о остваривању Глобалне стратегије. С обзиром на то да је почетком деведесетих година XX века дошло до значајних друштвених промена у свету (повећање сиромаштва и неједнакости, урбанизација, демографске примене и промене у животној средини), требало је извршити иновацију прихваћене здравствене политике, одредити нове циљеве и дефинисати правце развоја. То је учињено 1998. године када је усвојен нови документ *”Здравље за све – политика за XXI век”*²².

Стратегија СЗО, Регионалне канцеларије за Европу *”Здравље за све у XXI веку”* поставља као основне циљеве глобалне политике²³: повећање дужине здравог живота за све људе; обезбеђивање приступа свих адекватној и квалитетној здравственој заштити и једнакост у здрављу између земаља и унутар земаља.

Поред ових циљева, у Стратегији је наведено још десет циљева за XXI век:

- повећати једнакост у здравству,
- повећати преживљавање и квалитет живота,
- зауставити глобалне трендове водећих пандемија,
- ерадикација и елиминација одређених болести,

²¹ Светска здравствена организација (engl. World Health Organization, WHO) представља посебну организацију УН, која је основана 1948. године са седиштем у Женеви и делује као координирајуће тело међународног јавног здравства. Бави се унапређењем и очувањем здравља људи у свету. <http://www.who.int/about/en/>

²² Health For ALL Policy Framework for the European Region for the 21st century, HFA, EUR/RC48/R5). Влада Републике Србије је 2002. године усвојила документ „Здравствена политика Републике Србије“ полазећи од становишта да је здравље народа од општег друштвеног интереса и најзначајнији ресурс за развој. Тиме почиње процес залагања за здравље, у складу са стратегијама Европске уније у овој области. Видети опширније: Стратегија јавног здравља Републике Србије („Службени гласник РС“ бр.55/05, 71/05-исправка, 101/07 и 67/08).

²³ Квргић, С.: Здравље за све – политика за XXI век, www.izjzv.org.rs/.../kat_socMed_Strategija_zdravlje_zaxxi%20vek.pdf

- побољшати приступачност воде, санитације, хране, становања,
- унапредити здраве стилове живота и смањити штетне по здравље,
- развој, имплементација и мониторинг националних политика здравља за све,
- унапредити приступачност есенцијалне високо квалитетне здравствене заштите,
- имплементација националних и глобалних здравствених информација,
- подршка истраживању за здравље.

У Европском региону је, сагласно овим циљевима, утврђена политика ”21 циљ за XXI век” са основним циљем који се састоји у постизању пуног здравственог потенцијала за све путем промоције и заштите људског здравља током целог живота и редукције инциденце и обољевања од водећих болести и повреда. За Европски регион од великог је значаја:

- солидарност између земаља и снижавање разлика до 2020. године у очекиваном трајању живота између европских земаља са највишим и земаља са најнижим очекиваним трајањем живота за најмање 30%,

- једнакост у здрављу унутар земаља уз осетно смањење удела сиромашних и унапређење социоекономских услова који утичу на ново здравља (приход, образовање, доступност запошљавања),

- здрав почетак живота највише се односи на новорођену децу и предшколску децу, која треба да имају виши ниво здравља. Предвиђено је, између осталог, да смртност одојчади не сме прећи 20 на 1000 живорођених у било којој земљи региона; да смртност и инвалидитет од несрећа и насиља код деце испод пет година треба смањити за 50%; да удео деце рођене са тежином испод 2500 гр треба спустити за бар 20% и смањити значајно разлике међу земљама у региону,

- здравље младих особа – до 2020 г. млади у Региону би требало да буду здравији и више у могућности да остваре своју улогу у друштву,

- унапређење менталног здравља,
- редукција заразних болести, незаразних болести и повреда,
- здрава и безбедна физичка средина и здравији живот,
- редукција употребе психоактивних супстанци,
- развој људских ресурса за здравље,
- финансирање здравствене заштите.

Регионални комитет за Европски регион уз постављене циље апелује на земље потписнице да: обнове или донесу где је то могуће, законе, стратегије и акционе планове везане за развој здравља, узимајући у обзир допуњену Стратегију ”Здравље за све – политика за XXI век” (енгл. HFA); дају подршку иницијативама које се односе на партнерство са локалним и владиним органима, невладиним организацијама, другим делатностима

цивилног друштва, укључујући оквирне здравствене политике за подручје Европе; направе базу информација које се односе на здравље, прикупљају податке у циљу надгледања процеса примене различитих здравствених програма; извештавају о искуству у реализацији програма, чиме би се дошло до издвајања регионалних индикатора.²⁴

На Четвртој Министарској конференцији о животnoj средини и здрављу, која је одржана 2004. године у Будимпешти, у организацији Светске здравствене организације, министри здравља и животне средине из 52 земље из Европе, Кавказа и централне Азије потписали су Министарску декларацију ”За будућност наше деце”, која представља Акциони план за заштиту животне средине и здравља деце у Европи.²⁵ Министри су препоручили развијање и почетак имплементације Декларације у националним оквирима најкасније до 2007. године.²⁶ У Документу СЕНАР објашњени су основни фактори ризика за здравље деце у Европи који потичу из околине. Наглашено је да деца, као посебној групи, треба да посветити много више пажње и донети прописе у којима се објашњава утицај околине на здравље, посебно загађености човекове околине на здравље деце. Као најзначајнији регионални приоритети истакнути су: регионални приоритет I – осигурати исправну воду и санитацију, регионални приоритет II – осигурати заштиту од удеса и повреда, развијати физичку активност, регионални приоритет III – осигурати квалитет ваздуха, регионални приоритет IV – хемијски, физички и биолошки агенси и здравље на раду.²⁷ За сваки од ових регионалних приоритета посебно је разматрана листа индикатора.²⁸

²⁴ <http://www.euro.who.int/Governance/resolutions/1998/20030430-9> pristup 30.10.2009.

²⁵ Children’s Environment and Health Action Plan for Europe – СЕНАРЕ.

²⁶ Имајући у виду ову међународну обавезу, а на основу чл. 17 ст. в1 и чл. в33 ст. в2 и 3 Закона о Влади („Службени гласник РС“ бр.55/05, 71/05 – исправка и 191/07) на седници одржаној 9.5.2008. године, Влада Републике Србије донела је *Одлуку о образовању националног комитета за животну средину и здравље деце*, са задатком да изради Предлог националног плана акције за животну средину и здравље деце, да предложи активности и мере у области животне средине и здравља деце и да покрене иницијативу за сарадњу са другим организацијама у области животне средине и здравља деце. <http://www.cehap.gov.rs/pristup> 30.10.2009.

²⁷ <http://www.euro.WHO.int/childrenshealthenv> и приступ 30.10.2009.

²⁸ I – превенција и значајно смањење смртности до које долази услед болести дигестивног тракта и осталих сличних здравствених стања, на тај начин што би се за сву децу предузеле одговарајуће мере да се побољша доступност сигурне и исправне воде и изврши адекватна санитација; II – превенција и стварно смањење здравствених последица насталих од несрећа и повреда и смањење смртности због недостатка физичке активности, промовисањем сигурних, безбедних, хуманих насеља за сву децу; III – превенција и смањење болести дисајних путева и астматичних напада до којих долази услед спољашњег загађења ваздуха и загађења ваздуха у затвореном простору, на тај начин што ће се осигурати да деца могу да живе у околини са читим, незагађеним ваздухом; IV – смањење ризика од обољевања и повреда насталих услед излагања разним хемикалијама (као што су тешки метали), физичким агенсима (на пример,

У Акционом плану наглашено је да су деца посебно осетљива на штетне ефекте околине јер се њихова тела још увек развијају. Због свог понашања и специфичне психологије деца су много више него одрасли изложена штеном дејству околине, као што је загађење ваздуха, воде, соли, хране. Штетни агенси могу да уђу у тело детета на различите начине: преко јела и пића, удисањем и апсорбовањем кроз кожу. Просечно дете узраста између једне и пет година може да дневно удахне 40-200 мг штетних материја због тога што се игра ван куће, нема хигијенске навике, ставља руке у уста. На децу такође више него на одрасле утиче квалитет ваздуха, на пример саобраћајна испарења могу да код деце изазову много озбиљнија стања него код одраслих, на пример појаву нових или погоршање већ постојећих болести.

Даље, констатовано је да се, углавном, не предузима све што је потребно да се спречило или смањило излагање деце опасностима околине, посебно када се ради о спречавању дугорочних последица које ова излагања могу да имају на здравље деце. На пример, не знамо какве последице по децу има дугорочно излагање утицају одређених хемикалија, али знамо да хемикалије постоје у мањим количинама свуда око нас, па је важно да установимо колики је ниво излагања хемикалијама. Такође, веома озбиљно треба да се сагледају ефекти које има пушење, живот у лошим условима, мемљиве куће, на појаву гушења и астме код деце. Свака европска земља, чланица Светске здравствене организације треба да развије планове који се фокусирају на најрелевантније приоритете. У сваком случају, постављени циљеви на регионалном нивоу треба да допринесу спречавању здравствених поремећаја, као што су дефекти приликом рођења, астма, гојазност и канцер.

7. Заштита деце од експлоатације, злостављања и организованог криминалитета

Међународноправни оквир заштите деце од сексуалне и економске експлоатације, злостављања и разних облика организованог криминалитета чини неколико унивезалних међународних аката.

Факултативни протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији уз Конвенцију о правима детета, који је наша држава ратификовала 2.7.2002. године,²⁹ усвојене је с циљем проширења мера којима се обезбеђују веће гаранције заштите деце од незаконитог пребацивања и задржавања у иностранству и спречавања међународне трговине децом, као и

неподношљива бука) и биолошким агенсима, као и спречавање рада у средини која је опасна за време трудноће, детињства и адолесценције.

<http://www.euro.WHO.int:80/childrenshealth/nv/ciryinto/ciryinto> приступ 30.10.2009.

²⁹ „Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори бр. 7/2002.

заштита деце од све већег коришћења деце за дечију проституцију и дечију порнографију.³⁰

Протоколом је дефинисана продаја деце, као било која радња или трансакција којом било које лице или група лица пребацује неко дете неком другом за новчану или било коју другу накнаду, дечија проституција, која обухвата коришћење детета у сексуалним активностима за новчану или било коју другу накнаду, и дечија порнографија, која је дефинисана као било какво представљање било којим средством неког детета укљученог у стварне или симулиране експлицитне сексуалне активности или било какав приказ делова тела неког детета који могу да изазову сексуално узбуђење.³¹

Изричито је предвиђена обавеза сваке држава уговорнице да обезбеди кажњивост за следеће радње: производњу, дистрибуцију, ширење, увоз, извоз, нуђење, продају или поседовање дечије порнографије (чл. 3 ст. 1 (ц)). Указано је, такође, на потребу инкриминисања одређених радњи и одређених делатности у кривичном законодавству као кривичних дела и на потребу да државе уговорнице предузму, зависно од одредаба кривичног законодавства сваке државе, све мере за утврђивање одговорности за усвајање деце противно међународноправним инструментима о усвајању. Сагласно Протоколу, постоји обавеза држава уговорница да усвоје одговарајуће мере за заштиту права и интереса деце жртава поступака забрањених Протоколом у свим фазама кривичног поступка. При томе, треба водити рачуна о рањивости деце жртава и њиховим посебним потребама, посебно ако се деца појављују у улози сведока. Мере за заштиту права детета наведене у Протоколу су: признавање посебних потреба деце као оштећених/сведока у кривичном поступку; обавештавање деце жртава о правима које имају у току поступка; обезбеђивањем одговарајућих служби подршке деци жртвама током поступка; заштита приватности и идентитета деце жртава; обезбеђивање безбедности деце жртава; избегавање непотребног одлагања радњи у току поступка.

*Конвенција Савета Европе о заштити деце од сексуалне експлоатације и сексуалног злостављања*³² појмовно одређује дечију порнографију као

³⁰ Протокол се заснива на низу других међународних докумената, пре свега на одредбама Конвенције о правима детета, Хашких конвенција о заштити деце и сарадњи у вези са међународним усвојењем, грађанским аспектима међународне отмице детета и јурисдикцији, примљивом праву, признавању, спровођењу и сарадњи у погледу родитељске одговорности и мера за заштиту деце (Конвенција о праву издржавања - 1973., Конвенција о грађанским аспектима међународне отмице детета – 1980, Конвенција о заштити деце и сарадњи у вези са међународним усвојењем – 1993.), Програма акције за спречавање продаје деце, дечије проституције и дечије порнографије и Декларације и Агенде за акцију усвојене на Светском конгресу против комерцијалног сексуалног искоришћавања деце (Стокхолм, 1996).

³¹ Видети: Вучковић Шаховић, Н., *Експлоатација деце с посебним освртом на Факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета о продаји деце, дечјој проституцији и дечјој порнографији, Кратак водич*, Центар за права детета, Београд, 2006.

³² Ова Конвенција је отворена за потписивање 25.10.2007. године. Србија је потписала

сваки порнографски материјал који визуелно приказује дете које се стварно или симулирано експлицитно сексуално понаша или сваки приказ дететових полних органа за првенствено сексуалне сврхе (чл. 20 ст. 2 Конвенције). Конвенцијом је предвиђена обавеза држава уговорница да предузму неопходне законодавне и друге мере за санкционисање: дечије порнографије; нуђења или стављања на располагање дечије порнографије; дистрибуцију или пренос дечије порнографије, набављања дечије порнографије за себе или другу особу; поседовање дечије порнографије; свесно прибављање приступа дечијој порнографији преко информационо-комуникационих технологија.

У домену пружања помоћи и заштите жртава кривичних дела која припадају организованом криминалитету, посебно у случајевима претњи одмаздом и застрашивањем, значајни су *Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминалитета и (допунски) Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом*³³.

Сврха Протокола је: превенција и борба против трговине људским бићима, уз поклањање посебне пажње женама и деци; заштита и помоћ жртвама такве трговине уз пуно поштовање њихових људских права и унапређење сарадње међу државама потписницама како би се остварили ови циљеви (чл. 2). У Протоколу је објашњено коришћење термина "трговина људима" и "дете" (особа млађа од 18 година) и наведени су видови помоћи жртвама нелегалне трговине људима, као и мере за заштиту жртава (одговарајуће становање, давање савета и информација, пружање лекарске, психолошке и материјалне помоћи, запослења, могућности образовања и обуке). Посебно је наглашено да ће државе потписнице морати да воде рачуна о специјалним потребама деце (чл. 6 тач. 4). У циљу спречавања нелегалне трговине људима Протоколом су предвиђени програм и мере ради спречавања нелегалне трговине људима и борбе против ње ради заштите жртава, посебно жена и деце, да не би опет постале жртве ове трговине (чл. 9). Указује се на обавезу држава потписница да предузимају или јачају мере путем билатералне и мултилатералне сарадње за ублажавање деловања ових фактора који чине да лица, посебно жене и деца, буду изложена нелегалној трговини, као што су: сиромаштво, недовољна економска развијеност, недостатак једнаких могућности.

Такође треба поменути *Конвенцију Савета Европе о високотехнолошком криминалитету*³⁴, која се не односи искључиво на децу, али која представља први међународни уговор у коме се експлицитно доводи у везу

Конвенцију и започела процес ратификације.

³³ „Службени лист СРЈ“ Међународни уговори, бр. 6/2001.

³⁴ Закон о потврђивању Конвенцију о високотехнолошком криминалитету Скупштина Републике Србије усвојила је 18.3.2009. године

дечија порнографија и компјутерски систем и дефинишу појмови као што су: ”рачунарски систем”, ”рачунарски податак”, ”давалац услуге” итд. Према тексту Конвенције треба инкриминисати радње које се односе на производњу дечије порнографије у сврху дистрибуције преко рачунарског система; нуђење или чињење доступним дечије порнографије преко рачунарског система; дистрибуција или преношење дечије порнографије преко рачунарског система; набављање за себе или другог дечије порнографије преко рачунарског система; поседовање дечије порнографије у рачунарском систему или на медијумима за чување рачунарских података.

8. Заштита деце од учешћа у оружаним сукобима

Правни оквири заштите деце од учешћа у оружаним сукобима постављани су *Факултативном Протоколу о учешћу деце у оружаним сукобима уз Конвенцију о правима детета (2000)*.³⁵ Овим међународним актом одређено је, поред осталог, да горња старосна граница за обавезну регрутацију уноси 18 година. Циљ Протокола је да се, уз уважавање посебних потреба деце која су због свог економског или социјалног статуса или пола, нарочито подложни регрутацији или искоришћавању у непријатељствима, повећа заштита деце од учествовања у оружаним сукобима. Обавеза држава уговорница је да не дозволе директно учешће у непријатељствима припадницима оружаних снага који нису навршили 18 година. Оне државе, како се наглашава у Протоколу, које дозвољавају добровољну регрутацију у своје државне оружане снаге лицима млађим од 18 година, морају да испуне одређене минималне захтеве: постојање добровољне регрутације; спровођење регрутације уз изричит пристанак родитеља или законских старатеља тог лица; потпуну информисаност о обавезама које произилазе из такве војне службе; постојање поузданог доказа о годинама лица које се прима у државну војну службу.

9. Заштита од искоришћавања дечијег рада

Важан међународни уговор у области заштите од искоришћавања дечијег рада је *Конвенција Међународне организације рада бр. 182 о најгорим облицима дечијег рада (1999)*.³⁶ Конвенција има за циљ елиминисање најгорих облика искоришћавања дечијег рада, што захтева непосредну и свеобухватну акцију да се деца, тј. особе млађе од 18 година, искључе из таквих послова који, по својој природи и околностима под којима се обављају, могу да оштете њихово здравље, сигурност и морал и да се осигура њихова друштвена интеграција задовољавањем потреба њихових породица.

³⁵ „Службени лист СРЈ“ Међународни уговори, бр. 7/2002.

³⁶ „Службени лист СРЈ“ Међународни уговори, бр. 2/03.

У Конвенцији се констатује да је дечији рад проузрокован у великој мери сиромаштвом и да је дугорочно решење овог проблема везано за одрживи економски раст који води друштвеном напретку, ублажавање сиромаштва и развој општег образовања.

Према чл. 3 Конвенције, најдрастичнији облици искоришћавања дечијег рада обухватају: све облике ропства или праксе сличне ропству (продаја, трговина децом, дужничко ропство и служење, принудни или обавезни рад, принудно или обавезно регрутовање деце за коришћење у оружаним сукобима); коришћење, прибављање или нуђење деце за проституцију, порнографску продукцију или порнографске представе; коришћење, прибављање или увођење деце у нелегалне активности (производња и трговина дрогом); рад који може по својој природи и околностима у којима се обавља штетити здрављу, сигурности или моралним особинама деце. Сви наведени облици искоришћавања дечијег рада треба да буду предвиђени и забрањени у националним прописима држава уговорница уз прављење и реализацију посебних програма уз консултацију са одговарајућим владиним институцијама, организацијама послодаваца и радника. Неопходне мере, које треба да предузме свака држава уговорница у временски утврђеним роковима ради заштите деце и елиминисања најтежих облика дечијег рада, наведене су у чл. 7 Конвенције: спречавање ангажовања деце за најгоре облике искоришћавања дечијег рада; обезбеђење неопходне и одговарајуће непосредне помоћи приликом одстрањивања деце из најгорих облика искоришћавања дечијег рада; осигуравање приступа бесплатном основном образовању и стручном оспособљавању сваког детета одстрањеног из најгорих облика искоришћавања дечијег рада; идентификовање и допирање до деце посебног ризика и вођење рачуна о посебном стању девојчица.

10. Заштита материнства и родне равноправности

За сагледавање политике према деци у међународним оквирима значајно је поменути *Конвенцију МОП бр. 103 о заштити материнства* (донета 1952. године, ратификована 1955.)³⁷ и ревидирану *Конвенцију C183 о заштити материнства* (донета 2000. године).³⁸ Овом Конвенцијом пружена је посебна заштита женама у периоду трудноће и женама које имају децу, у вези са запошљавањем, здравственом заштитом на радном месту, одсуством због болести или неге деце, посебним условима рада за мајке које доје децу, како би се унапредила равноправност жена у радној снази, здравље и безбедност мајке и детета. Одредбама Конвенције регулисана је заштита здравља трудних жена и дојиља на тај начин што су ослобођење обављања

³⁷ Службени лист ФНРЈ (додатак) бр. 9/55.

³⁸ Влада Републике Србије усвојила је Предлог Закона о потврђивању Конвенције 17.8.2009.

послова које је надлежни орган прогласио штетним по здравље мајке и детета. Такође, регулисано је питање породилског одсуства имајући у виду заштиту мајке и детета; затим, одсуство у случају болести или компликација у вези са трудноћом и порођајем, као и питање новчаних накнада женама које због трудноће и после порођаја одсуствују са посла, при чему је наглашено да износ новчане накнаде треба да буде такав да обезбеди одржавање доброг здравља жене и детета, уз одговарајући животни стандард.

Конвенција УН о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW) усвојена је и отворена за потписивање и ратификовање или приступање на основу Резолуције Генералне скупштине УН бр. 34/180 од 18.12.1979. године, а ступила на снагу 3.9.1981. године.³⁹ Конвенција је праћена Опционим протоколом, усвојеним 1999. године, који је ступио на снагу 2000. године.⁴⁰ Конвенција се највећим делом односи на женска људска права и отклањање дискриминације жена у свим областима друштвеног живота због чега на међународном плану представља најважнији правни извор за остварење женских људских права у националним оквирима. Овај документ садржи извесне одредбе које се односе на децу. У чл. 16 Конвенције наведено је да државе чланице треба да предузимају све одговарајуће мере за обезбеђивање равноправности мушкараца и жена у погледу родитељских права и обавеза у односу на децу без обзира на брачни статус, при чему на првом месту треба да буду интереси деце (чл. 16 тач. д). Једнака права и одговорности треба да постоје и у погледу старатељства, туторства, управљања имовином и усвајања деце уз пуно уважавање интереса деце (чл. 16 тач. ф). О елиминисању дискриминације у области образовања, на тржишту рада, у области здравства говоре чл. 10, 11 и 12. Одредбе које се односе на образовање и избор позива од стране девојака и жена, обавезују државе потписнице Конвенције да предузимају све потребне мере за једнаке услове у погледу могућности за учење, отклањање традиционалних схватања о улогама мушкараца и жена на свим степеним и у свим областима образовања, подстицањем стварања мешовитих одељења и сл.

³⁹ СФРЈ је потписала Конвенцију јула 1980. године и ратификовала 1981. године. „Службени лист СФРЈ“ – Међународни уговори бр. 11/81.

⁴⁰ „Службени лист СРЈ“ – Међународни уговори бр. 13/2002.

Prof. Slobodanka Konstantinović- Vilić, LL.D.

Prof. Nevena Petrušić, LL.D.

Full Professors

Faculty of Law, University of Niš

INTERNATIONAL LEGAL DISCOURSE ON THE CHILDREN PROTECTION POLICY

Summary

The Convention on the Rights of the Child (1989) was the first international document which instituted a normative framework of the universally recognized children's rights. Ever since, numerous international documents have been adopted in order to regulate and protect the rights of the child. Likewise, in line with the obligations assumed upon the ratification of related international documents, the Republic of Serbia has adopted a series of strategies, guidelines and recommendations which are aimed at recognizing children's rights and establishing the children protection policy which is to protect the interests of the most vulnerable population category.

The new conceptions on the rights of the child have been developing both on the theoretical and on the practical level. They are related to generating such social environment which would safeguard the rights of the child at two different levels: by assuring the equal opportunity rights in terms of using social resources (education, health care, culture, information), and by assuring the protection rights which are aimed at establishing a balance between the parents' responsibilities and the social activities in this area. These are the key objectives in the process of establishing a normative framework and developing the children protection policy both at the international and at the national level.

In spite of the significant results achieved in respect of the development and reinforcement of the international law in this field, the general context of the rights of the child in Serbia as well as the performance of the obligations assumed under the relevant international documents primarily depend on the overall political, economic and social changes and turbulences which have been underway for quite a while. For this reason, in order to put the children protection policy envisaged in the international and national strategic documents into practice, it is highly important to make the children's rights the focus of general attention, to ensure an efficient operation of the legal system, to establish and strengthen the relevant national bodies (ombudsman for children's rights), to ensure a financial support of the state as well as a comprehensive and coordinated action of institutions, individuals and all other segments of the society dealing with the protection and promotion of children's rights.

Key words: international documents, rights of the child, educational system, health care, protection against violence, child labour

UDK: 349.2:331.644.7

Др Горан Обрадовић,
доцент Правног факултета у Нишу

О ПОТПУНОЈ НАКНАДИ ШТЕТЕ КОД НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА*

Сажетак: Најбољи начин отклањања последица незаконитог отказа је враћање запосленог на (исто или одговарајуће) радно место као пре престанка радног односа. То, међутим, није увек могуће, с обзиром да односи између послодавца и запосленог могу бити нарушени у тој мери да се даља сарадња не може очекивати. У том случају, враћање на рад је могуће заменити исплатом одређеног новчаног износа. Важећи Закон о раду Србије први пут уводи ту могућност у наше законодавство о раду. Међутим, формулација одговарајуће одредбе Закона не даје могућност да се запосленом који се не враћа на рад после незаконитог отказа, уз новчану компензацију, исплати и накнада штете у висини изгубљене зараде и осталих примања по основу рада. У раду аутор указује на недостатке таквог решења, односно да је исплата новчане накнаде уместо враћања на рад право које припада кумулативно са правом на накнаду штете у виду изгубљене зараде и других примања. У супротном, не остварује се принцип потпуне накнаде штете, а запослени који се не враћа на рад после незаконитог отказа стављен је у неповољнији положај у односу на запосленог који се враћа на рад уз накнаду штете.

Кључне речи: незаконити отказ, враћање на рад, накнада штете.

Претходне напомене

Конвенцијом МОР-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца¹ предвиђено је, између осталог, и право радника који сматра да му је радни однос незаконито престао да уложи жалбу неком непристрасном телу (чл. 8). То тело може бити суд, раднички суд, арбитражни комитет или арбитар. Право на правну заштиту у случају престанка радног односа у нашој земљи је и уставно право.²

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ “Сл. лист СФРЈ“ бр. 4/84

² Чл. 60, ст. 4 Устава Републике Србије, „Сл. гласник РС“ бр. 83/06.

Незаконитом отказу се у радном праву посвећује велика пажња. Посматрано са економско-социјалног и моралног становишта, најпогубније последице злоупотребе права у области радних односа јесу оне које произилазе из неоправданог и нецелисходног (абизивног) отказивања уговора о раду.³

Последице незаконитог отказа су бројне, како у материјалној, тако и у духовној сфери човека. Најбољи начин за отклањање последица незаконитог отказа је, свакако, враћање запосленог на радно место на коме се налазио пре отказа, уз накнаду штете због изгубљене зараде и других примања и уз уплату доприноса за обавезно социјално осигурање. То, међутим, није увек могуће. Понекад су односи између запосленог и послодавца у тој мери поремећени (пре отказа или током судског поступка), да даља сарадња једноставно није могућа. Осим тога, дешава се и да лице коме је незаконито престао радни однос, док траје поступак судске заштите, нађе друго запослење или из неког другог разлога није више у могућности да се врати на посао. Стога се прибегава алтернативном начину поправљања последица незаконитог отказа кроз новчану компензација уместо враћања на рад. Она је често најпогоднији начин исправљања последица незаконитог отказа. Примера ради, иако се у праву Велике Британије враћање на рад, по закону, сматра примарним начином поправљања последица незаконитог отказа, то је у пракси новчана компензација. Током 2002/03 године, тек је око 0, 2% свих незаконитих отказа решено враћањем на исто или одговарајуће место код послодавца.⁴ Управо из тих разлога, у неким је земљама (Белгија) компензација је једини начин исправљања последица незаконитог отказа.⁵

Српско законодавство

Обавезна реинтеграција у нашем радном праву има дугу традицију. У власничком систему који је код нас био доминантан донедавно, обавезна реинтеграција је имала смисла, с обзиром да није постојао послодавац у класичном смислу те речи. Са променом власничке структуре, тј. са приватизацијом, ствари се мењају. Због тога је постало несврсисходно увек у случају незаконитог отказа инсистирати на враћању на рад по сваку цену, јер запосленом то често није могуће.⁶ Први покушај да се у наше законодавство о раду унесе алтернатива обавезној реинтеграцији учињен је 2001. године, са

³ Д. Паравина, *Злоупотреба права у области радних односа* у: Р. Ковачевић (ур), *Злоупотреба права*, зборник радова, Правни факултет у Нишу, 1996, стр. 180.

⁴ R. Painter, K. Puttick, *Employment Rights*, Pluto Press, London, 2004, стр. 310.

⁵ В. Hepple, *Flexibility and Security of Employment*, у: R. Blanpain, C. Engels (eds.) *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer, 1998, стр. 301.

⁶ Г. Обрадовић, *Проблем обавезне реинтеграције радника*, Радно и социјално право, 4-7/2003, стр. 197-198.

Нацртом (тадашњег) Закона о раду. Наиме, чланом 108 Нацрта предвиђена је била могућност да суд, у случају незаконитог отказа, не мора обавезно да наложи враћање запосленог на рад већ да, на захтев послодавца, то може заменити налогом да се запосленом исплати накнада у висини од две зараде које је запослени остварио пре престанка радног односа. Од овога се, услед снажних противљења, касније одустало, тако да по Закону о раду из 2001. године реинтеграција није имала алтернативу у виду новчане компензације.

Важећи Закон о раду Републике Србије⁷ унео је неке значајне новине у област радних односа у Србији, укључујући и могућност новчане компензације уместо враћања на рад.⁸ Висина компензације зависи од тога да ли је предлажу запослени или послодавац, као и од временаведеног у радном односу, година живота и броја издржаваних чланова породице.⁹

Чланом 191, ст. 1 Закона предвиђено је да ако суд донесе правноснажну пресуду којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос, може одлучити и да се запослени врати на рад, ако то захтева. Поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати и накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту и уговору о раду и уплати доприносе за обавезно социјално осигурање. Наравно, накнада штете умањује се за износ прихода који је запослени остварио по основу рада, по престанку радног односа.

Изменама из јула 2005. године, право запосленог да се врати на рад је претрпело одређене измене. Враћање на рад постало је могуће супституисати исплатом одређеног новчаног износа, у зависности од тога ко то тражи. Уколико суд утврди да је радни однос незаконито престао, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће, на његов захтев, обавезати послодавца да му исплати „накнаду штете“ у износу од највише 18 зарада које би запослени остварио да ради, и то у зависности од временаведеног у радном односу, година живота као и броја издржаваних чланова породице. Другим речима, максимални износ „штете“ запослени ће остварити само изузетно, тј. ако има већи број година проведених у радном односу, већи број година живота и издржаваних чланова породице.

⁷ „Сл. гласник РС“ бр. 24/05, 61/05 и 54/09.

⁸ Тачније, ова новина није унета у основни текст Закона, већ у његове измене и допуне, неколико месеци касније. Разлог за то треба тражити у чињеници да је и основни текст Закона о раду у Народној скупштини усвојен са незнатном већином и уз велико противљење синдиката.

⁹ Треба рећи и да посебан проблем представља широко постављена могућност новчане компензације уместо враћања на рад. Другим речима, из законске формулације произилази да је ту компензацију могуће применити и у „јавном сектору“, тј. свуда где се на права и обавезе из радног односа примењује Закон о раду. По нашем мишљењу, ову могућност требало би ограничити само на приватне послодавце, а не предузећа и установе чији је оснивач Република или локална самоуправа.

Одлуку о „накнади штете“ уместо враћања на рад суд може донети и на захтев послодавца, ако постоје околности које оправдано указују да наставак процеса рада, уз уважавање свих околности и интереса обе стране није могућ. У овом случају, „накнада штете“ запосленом досуђује се у двоструком износу од претходног, опет у зависности од година проведених на раду, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице.

На основу овакве формулације, недвосмислено произилази да запослени који се не враћа на рад у случају незаконитог отказа, без обзира да ли је то његова или иницијатива послодавца, има право само на новчани износ до 18, односно до 36 зарада, а не и на накнаду штете у виду изгубљене зараде и других примања (која припада запосленом који се враћа на рад, уколико је причињена).

Ограничење износа који се може досудити као накнада штете запосленом у потпуној је супротности са раније важећим Законом о раду (чл. 154, 155 и 189), као и чл. 190 Закона о облигационим односима. Према одредби члана 190 ЗОО, суд ће, узимајући у обзир и околности које су наступиле после проузроковања штете, досудити накнаду у износу који је потребан да се оштећеникова материјална ситуација доведе у оно стање у коме би се налазила да није било штетне радње или пропуштања.¹⁰ Одредбе о накнади штете из чл. 191 сада важећег Закона о раду, и то одредбе става првог и другог, су у противуречности са одредбама става четвртог и петог. Одредбама прва два поменута става се на један начин регулише враћање запосленог на рад и накнаде (начин утврђивања износа штете), у односу на одредбе става четвртог и петог истог члана, где се враћање на рад и износ накнаде штете регулишу на другачији начин.¹¹

Оваквим се решењем нарушава принцип потпуне накнаде штете из Закона о облигационим односима. Доследна примена чл. 191, ст. 4 и 5 Закона о раду доводи до тога да износ који запосленом буде досуђен на име „накнаде штете“ у случају да се не враћа на рад после незаконитог отказа, може бити мањи од штете коју је заиста претрпео, нарочито у виду изгубљене зараде и уплате доприноса за обавезно социјално осигурање.¹² При том се губи из вида да је успостављање стања какво је постојало пре проузроковања штете, у ствари, крајњи циљ института накнаде.¹³

¹⁰ Б. Чолић, *Поступци заштите права запослених пред судовима и другим органима*, Радно и социјално право, бр. 1-6/2005, стр. 300.

¹¹ *Ibid*, стр. 301.

¹² Примера ради, ако од момента престанка радног односа па до доношења правноснажне пресуде прођу 24 месеца, а запослени не захтева да се врати на рад, суд ће моћи да му досуди „накнаду штете“ највише у износу 18 месечних зарада, чиме се не може остварити принцип потпуне накнаде штете. Осим тога, и уплата доприноса за пензијско и инвалидско осигурање може се досудити само с обзиром на број зарада.

¹³ Б. Благојевић, В. Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Савремена администра-

Нека упоредноправна решења

Обавезна реинтеграција је принцип који је напуштен у многим земљама.¹⁴

У швајцарском праву, уколико послодавац без оправданог разлога откаже уговор о раду, дужан је да запосленом надокнади штету коју је на тај начин проузроковао. Та накнада укључује износ који би запослени остварио у радном односу, уз одбитак прихода које је у међувремену остварио. Штавише, уколико суд утврди да је послодавац злоупотребио своје право, може га обавезати да исплати и додатну накнаду, узимајући у обзир све околности случаја. Ова накнада не може прећи износ од шест месечних зарада. Треба напоменути да, у овом случају, запослени није дужан да доказује да је претрпео штету. Сама чињеница да је послодавац злоупотребио своје право довољна је да га суд обавезе на исплату додатне накнаде. С друге стране, суд не може наложити послодавцу да запосленог врати на рад.¹⁵

У Савезној Републици Немачкој, реинтеграција је примарни начин поправљања стања створеног незаконитим отказом. Међутим, уколико послодавац захтева да се запослени не врати на рад и ако докаже да „даља плодна сарадња не може да се очекује“, суд га може обавезати на исплату накнаде, чији је износ генерално одређен на 12 месечних зарада, али може досећи и 18, у зависности од дужине радног стажа и година живота радника.¹⁶

У праву Велике Британије постоји три начина за поправљање стања насталог незаконитим отказом. То је повратак на исто радно место, на друго одговарајуће место код послодавца и компензација. Повратак на исто радно место (*reinstatement*) има за циљ да успостави ситуацију као да запослени никад није био отпуштен. То значи да ће запослени бити враћен на исти посао и под истим условима, као да није било прекида радног односа а послодавац ће исплатити сва дуговања.¹⁷ Код повратка на одговарајуће радно место (*re-engagement*), запослени се враћа на место које је упоредиво са местом са кога је отпуштен.¹⁸ Трећи вид поправљања стања насталог незаконитим отказом је новчана компензација и она је подељена у два дела. Први део је основна накнада која, као и отпремнина, зависи од дужине радног односа. Основна накнада се одређује у зависности од броја година непрекидне службе.¹⁹

ција, Београд, 1983, стр. 693.

¹⁴ Значајан изузетак представља Италија. Покушаји италијанске владе да, током 2001. и 2002. године измени чл. 18 Закона о раду и уведе алтернативу реинтеграцији радника у случају незаконитог отказа нису уродили плодом, услед великих отпора синдиката. Више о томе у: Т. Треу, *Labour Law and Industrial Relations in Italy*, Kluwer Law International, 2007, стр. 110-112.

¹⁵ А. Berenstein, *Labour Law in Switzerland*, Kluwer, 1994, стр. 125-126.

¹⁶ М. Weiss, М. Schmidt, *Labour Law and Industrial Relations in Germany*, Kluwer, 2000, стр. 110.

¹⁷ М. Sergeant, *Employment Law*, Longman, стр. 174.

¹⁸ Ibid

¹⁹ Креће се од половине до једне и по седмичне зараде за сваку годину рада. Највише се може узети у обзир 20 година, што доноси 30 седмичних зарада. Ibid, стр. 176.

Други део накнаде зависи од стварно претрпљеног губитка. Она покрива све износе за које суд сматра да су оправдани и правични, узимајући у обзир губитке које је запослени имао услед незаконитог отказа. Ту спадају и сви трошкови који су последица отказа, као и губитак прихода.²⁰

У Мађарској, уколико суд утврди да је послодавац дао незаконити отказ, на захтев запосленог може наложити враћање на радно место. Међутим, послодавац има право да се томе противи. У том случају, као и када запослени не тражи да се врати на рад, запослени има право на накнаду у износу од две до дванаест зарада. Осим тога, он има право и на износ просечне зараде за период када није радио.²¹

Напомене за крај

Увођењем исплате новчане накнаде уместо враћања на рад, Закон о раду Србије пружио је могућност да се, у одређеним случајевима, један неделотворан механизам за исправљање стања насталог незаконитим отказом замени делотворним. Међутим, начин на који је то учињено поништава користи које су се могле очекивати.

Да постојеће законско решење није у складу са циљем због кога постоји новчана компензација уместо враћања на рад, најбоље осликавају две чињенице. Прво, ако је исплата зарада уместо враћања на рад заиста „накнада штете“, онда се нарушава принцип потпуне накнаде штете. Односно, до потпуне накнаде штете доћи ће само када је износ који је досуђен да послодавац исплати уместо враћања на рад исти као и износ штете коју је запослени претрпео због незаконитог отказа. У свим осталим случајевима накнада штете неће бити потпуна. Друго, постојећа законска формулација ставља у неравноправан положај лица која су незаконито отпуштена а не могу да се врате на рад (због тога што сами то захтевају или због тога што се томе противи послодавац), у односу на лица која се после незаконитог отказа враћају на рад и којима припада накнада штете. По природи ствари, прва категорија је често у неповољнијем положају, па њој треба пружити одређене компензације уместо враћања на рад. Овако, не само да тих додатних компензација нема, него је и потпуна накнада штете због незаконитог отказа доведена у питање.

Дакле, ако суд утврди да даља сарадња између запосленог и послодавца није могућа, а запослени не тражи да се врати на рад, односно послодавац се томе противи, новчани износ који се мери просечним зарадама запосленог

²⁰ Ibid, str. 176.

²¹ A. Reitz (Ed.), *Labor and employment Law in the new EU member and candidate States*, ABA, Section of International Law, Chicago, 2007, стр. 165-166.

(до 18, односно до 36) има карактер **компензације уместо враћања на рад**. То није накнада штете због незаконитог отказа, која се огледа у накнади изгубљене зараде, осталих примања које би запослени остварио, уплати доприноса за обавезно социјално осигурање, као и накнади нематеријалне штете (уколико је она причињена). Уосталом, о томе најбоље говоре критеријуми од којих зависи износ те накнаде (време проведено на раду, године живота и број издржаваних чланова породице). Да је заиста у питању штета, износ накнаде био би у корелацији са висином штете, а не са, нпр. годинама живота оштећеног.

Накнада штете и новчани износ уместо враћања на рад су права које лице коме је незаконито престао радни однос може остварити кумулативно, а не алтернативно и у том правцу треба извршити одговарајуће измене члана 191 Закона о раду.

Doc. Goran Obradović, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

COMPENSATORY DAMAGES FOR WRONGFUL DISMISSAL

Summary

The detrimental consequences of a wrongful or unlawful dismissal are best removed by reinstating the employee to the same or appropriate work-post the employee has had prior to the unlawful termination of employment. However, this is often impossible considering the fact that the mutual relationship between the employer and the employee may be so heavily impaired that any further cooperation is hardly viable. In that case, the employee's reinstatement to the former working position may be substituted by awarding a reimbursement to the employee instead. In the applicable Labour Act of the Republic of Serbia, this possibility has been introduced into the employment legislation for the first time. However, the legal formulation of the respective provision contained in this Act does not provide the same opportunity to an employee who has decided not to return to work after being wrongfully or unlawfully dismissed. Thus, such an employee is entitled to receive a monetary compensation (reimbursement) but is not entitled to compensatory damages for the loss of work-related earnings and other incomes. In this paper, the author points to the drawbacks of such a legal solution, claiming that the employer's right to be reimbursed (on the grounds of not returning to work) should cumulatively include the right to compensatory damages for lost earnings and other work-related incomes. Otherwise, it hinders the application of the principle of being entitled to full compensatory damages because the employee who has decided not to return to work after an unlawful dismissal is put in a more adverse position than the employee who has chosen to return to work and is entitled to compensatory damages.

Key words: wrongful (unlawful) dismissal, return to work, compensatory damages

UDK: 342.565.2:347.962.3(497.11)

UDK: 347.956:342.565.2

Мр Маја Настић

Правни факултет у Нишу

УСТАВНА ЖАЛБА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ У ПРАКСИ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ*

Апстракт: У раду се посматра значај уставне жалбе у уставном систему Србије, а посебно један њен модалитет који се односи на заштиту права на суђење у разумном року. Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року предвиђена је Законом о Уставном суду, а непосредан повод за њено увођење је уочени недостатак у систему заштите људских права у Србији и неопходност усклађивања са стандардима које предвиђа Европска конвенција. Имајући у виду до сада поднети број уставних жалби и донетих одлука Уставног суда, уочавају се критеријуми којима се Суд руководи поступајући поводом ових жалби и како овај модел заштите функционише у пракси.

Кључне речи: уставна жалба, право на суђење у разумном року, уставни суд

Уставна жалба у уставном систему Србије

Уставна заштита индивидуалних права постоји у развијеним демократијама већ деценијама, временом изградивши се у можда најмоћнији механизам правне заштите уставних права. Томе доприносе и њене основне предности: прво, уставна жалба обезбеђује судску заштиту због повреде уставних права, друго, подносе их директно лица која су погођена односним актом и чије је право евентуалано повређено, затим, поступак одлучивања по уставној жалби одвојен је од поступка испитивања уставности аката и уставни суд, одлучујући по уставној жалби, овлашћен је да жртви "врати" њено/његово право.¹ Индивидуално право жалбе ("Verfassungsbeschwerde") је представље-

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Више о томе: Gerhard Danemann, "Constitutional Complaints: The European Perspective", International & Comparative Law Quarterly, Volume 43, January 1994, pp. 142-153

но у Немачком систему 12.3.1951, када је донет Закон о Уставном суду (Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVGg)), мада сам институт води порекло из Швајцарске државно правне жалбе (Statrechliche Bechwerde). Ревизијом Основног закона Немачке (Grundgesetz GG). од 29.1.1969. уставна жалба је постала уставна категорија. До краја 80-их година уставну жалбу на европском простору познавале су још Аустрија и Шпанија, да би након распада социјализма, уставна жалба постала незабавна институција у готово свим државама Источне и Централне Европе, у којима се уосталом и читав уставно-судски систем изграђивао према немачком узору.

Усвајањем новог Устава Републике Србије (2006) уставна жалба препозната је као посебно средство уставносудске заштите и у нашем правном систему. Институт уставне жалбе није непознат на овим просторима, јер је још Устав Србије (1963) предвиђао један вид уставне жалбе.² Од 1974. године уставна жалба нестаје из уставног система Србије, а није била предвиђена ни Уставом Србије (1990), али је зато била предвиђена Уставом Савезне Републике Југославије (1992),³ као и Уставном повељом државне заједнице Србија и Црна Гора⁴, мада у врло органиченој мери. У околностима када се говорило о потреби доношења новог Устава Србије готово у сваком од више постојећих нацрта, увођење уставне жалбе видело се као један од приоритета када су у питању људска права. Тако се уставна жалба заједно осавремењеним и употпуњеним каталогом права нашла у Уставу Србије од 8.11.2006. године.

Уставна жалба може се изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.⁵ Уставном жалбом штите се сва људска и мањинска права и слободе, индивидуална и колективна, зајемчена Уставом, независно од њиховог систематског места у Уставу и независно од тога да ли

² Тако је према члану 229 ст.2 Устава Србије (1963) Уставни суд био надлежан да одлучује о "заштити права самоуправљања и других основних слобода и права утврђених овим Уставом, када су та права и слободе повређене појединачним актом или радњом од стране органа друштвено-политичке заједнице и у другим случајевима које одреди закон, а законом није обезбеђена друга судска заштита."

³ Чл. 124 ст.1 тачка 6 Устава СРЈ ("Службени лист СРЈ", бр.1/1992): Савезни уставни суд одлучује о уставним жалбама због повреде појединачним актом или радњом слобода и права човека и грађанина утврђених овим уставом;

⁴ Чл. 46 Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора (" Службени лист Србије и Црне Горе", бр.1/2003) предвиђао је да Суд Србије и Црне Горе одлучује о жалбама грађана, када им институција Србије и Црне Горе угрози права или слободе гарантоване Уставном повељом, уколико није предвиђен други поступак правне заштите.

⁵ Чл. 170 Устава Србије

су изричито уграђена у Устав или су у уставноправни систем имплементирани потврђеним међународним уговорима.⁶ Подносилац уставне жалбе може бити свако лице, што значи да то може бити и домаћи држављанин, али и страно лице, ако се појављује као титулар Уставом гарантованог права, као и физичко или правно лице. Уставну жалбу у име овлашћеног лица, на основу његовог писменог овлашћења, може изјавити друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода.

Сентенца Уставног суда: Страна правна и физичка лица немају уставну легитимацију за покретање поступка нормативне контроле прописа Републике Србије, будући да је право правних и физичких лица да, сагласно Уставу, иницирају покретање поступка за оцену уставности и законитости прописа Републике Србије резервисано искључиво за правна лица уписана у регистар привредних субјеката у Републици Србији, односно за физичка лица која су држављани Републике Србије. Заштита права и интереса страних лица може се остварити у поступку по уставној жалби због повреде Уставом зајемчених права применом неуставних одредаба закона а питање оцене уставности закона на основу кога су донети појединачни правни акти, који су предмет оспоравања уставне жалбе, представљаће претходно питање од чијег ће решавања зависити основаност уставне жалбе.⁷

У пракси Уставног суда Србије у највећем броју предмета подносиоци уставних жалби су домаћа физичка лица, која најчешће жалбу подnose у своје име и то чине без пуномоћника. Да би Уставни суд узео у разматрање поднету уставну жалбу, она мора да садржи податке о самом подносиоцу и податке о појединачном акту или радњи којим се вређа или ускраћује уставом гарантовано право и шта се жалбом жели да постигне. (Видети у прилогу модел уставне жалбе). Физичко лице у уставној жалби треба да наведе следеће личне податке: име и презиме, ЈМБГ, пребивалиште или боравиште, а уколико има пуномоћника треба да наведе податке о томе. Уколико пуномоћник подноси уставну жалбу у име овлашћеног лица, потребно је да уз уставну жалбу приложи посебно пуномоћје којим се овлашћује на подношење уставне жалбе. У супротном, уставна жалба ће бити одбачена из процесних разлога, уколико жалилац и поред упозорења не отклони процесне недостатке. Истраживање на терену је показало да постоји и не тако мали број случајева у којима је уставну жалбу, у име жалиоца, изјавио адвокат, без достављеног посебног пуномоћја, због чега је поступак окончан решењем о одбацивању. Недопустиве су овакве грешке када су у питању лица која се професионално баве пружањем правне помоћи. Наиме, често се дешава да се

⁶ Став Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби (од 30. 10. 2008 и 2.4.2009.)

⁷ Одлука Уставног суд Србије, IY број 166/2005 од 25.12.2008.

уз уложену уставну жалбу приложи пуномоћје за заступање, што није довољно, већ је потребно приложити посебно пуномоћје у коме би експлицитно било наведено да се односи на подношење уставне жалбе. Сличне податке потребно је поднети и када су у питању правна лица. Сва наведена правила примењују се и када се подноси и уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року.

Уставна жалба је, по својој правној природи, супсидијарно правно средство и може се изјавити након што су искоришћена сва друга расположива правна средства или ако таква нису предвиђена. Најчешће се појављује као последње средство за којим треба посегнути, пре евентуалног обраћања Европском суду за људска права, али само ако се ради о повреди или угрожавању Уставом гарантованог права. На тој одредници и лежи линија разграничења између уставне жалбе и других правних средстава.

Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу жалбе повређено право на суђење у разумном року. (чл. 82 ст. 2 Закона о Уставном суду Србије). Тиме долазимо до модалитета уставне жалбе који се односи на заштиту права на суђење у разумном року. Овај модалитет уставне жалбе уведен је Законом о Уставном суду Србије, а повод за то је уочени недостатак у систему заштите људских права у Србији и неопходност усклађивања са стандардима које предвиђа Европска конвенција. Наиме, Европски суд за људска права је у својој прецедентној пресуди В.А.М. против Србије⁸ закључио да у правном систему Србије грађани немају на располагању делотворни правни лек ради заштите права на суђење у разумном року, које је гарантовано чл. 13 Устава и чл. 6 ст.1 Европске конвенције, што је потврђено и у другим, касније донетим пресудама против Србије⁹.

Суђење у разумном року је хроничан и дуготрајан проблем српског правосудног и правног система, али се тај проблем појављује и у многим упоредним системима, тако да свака држава проналази свој начин да се избори са тим и да свој правосудни систем учини што ефикаснијим. Тако, у Аустрији, у случају да суд одуговлачи са доношењем неке одлуке о управљању поступку, нпр. заказивање и одржавање рочишта, спровођења вештачења или доношења одлуке, странка може упутити захтев непосредно вишем суду да одреди рок у коме се одређена радња у поступку мора спровести. У циљу убрзања поступка пред надлежним домаћим органима, у Италији је 1991. донет тзв. Пинто закон који уређује питања обештећења лицима којима је због трајања поступка повређено право на суђење у разумном року, а годину дана раније, 1990. извршена је измена Устава којом је уведено начело

⁸ Представка бр. 39177/05, Пресуда Европског суда за људска права од 13.марта 2007. године. Извор: www.zastupnik.gov.rs

⁹ нпр. Фелбаб против Србије (п.бр.14011/07), Влаховић против Србије (п.бр. 42619/04)

правичног суђења као уставно право. У Пољској, након случаја Кудла, посебним законом предвиђено је да виши судови могу наредити нижим судовима да убрзају поступке, као и да досуде накнаду због дугог трајања поступка. Словенија је донела посебан закон, који има за циљ да обезбеди заштиту права на суђење у разумном року у парничном, ванпарничном и кривичном поступку.¹⁰

У Србији, Устав из 2006. године прописује да свако има право да независан, непристрасан и законом већ устанољени суд правично и у разумном року расправи и одлучи о његовим правима, обавезама и оптужбама против њега.¹¹ Дакле, једна од основних карактеристика права на правично суђење јесте његове комплексност, тако да он у себи садржи читав низ права: право на приступ суду (access to court), право на поступак одговарајућег квалитета (fair hearing), право на непристрасан и независан суд установљен законом (independent and impartial tribunal established by law), право на јавност у поступку (public hearing), као и право на решавање правне ствари у разумном року (right to determination within a reasonable time).¹² Тако се право на суђење у разумном року појављује као елемент права на правично суђење. Одговарајуће одредбе о томе налазимо и у процесним законима. Закон о кривичном поступку (чл. 12 ст.2), Закон о парничном поступку (чл.10) и Закон о прекршајима (чл. 83) прописују да суд има обавезу да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку. Нови Закон о парничном поступку уводи и многе новине које су битне за рационализацију поступка, а све како би се обезбедила и унапредила ефикасност правосуђа.

Истовремено, настоји се и да се отклони сам узрок проблема и да се спроведу корените измене у самом правосудном систему. Тако је крајем 2008. године, усвојен је "сет правосудних закона": Закон о уређењу судова, Закон о седишта и подручјима судова и јавних тужилаштава, Закон о судијама, Закон о Високом савету судства, Закон о Државном већу тужилаца и Закон о јавном тужилаштву, а делимично је измењен и Закон о прекршајима¹³. Сви ови закони почеће да се примењују 1. јануара 2010. и нови систем правосудних органа показаће да ли се може поправити стање у српском правосуђу, посебно какви ће бити ефекти на остваривање права на правично суђење односно суђење у разумном року.

¹⁰ С. Царић, " Утицај Европске конвенције на међународно право и право Србије", у Уставне и међународне гаранције људских права,(ур. З. Радивојевић), Ниш, 2008, стр. 85-104

¹¹ Чл. 32 ст.1 Устава

¹² Н. Петрушић, " Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на решавање грађанскоправне ствари у разумном року", у Европски систем заштите људских права-искуства и нови изазови, (ур. З. Радивојевић), Ниш, 2003, стр. 214

¹³ сви су објављени у Сл.гласнику РС, 116/08.

Специфичност уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року

Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року као модалитет уставне жалбе у општем смислу има извесна заједничка обележја са њом, али и извесне специфичности који произилазе из природе заштићеног права. Наиме, уставна жалба се може изјавити у року од 30 дана од дана достављања појединачног акта, односно од дана предузимање радње којом се повређује или ускраћује људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом.¹⁴ У жалби је потребно навести назив и доносиоца појединачног акта, уз ознаку броја акта и датум доношења појединачног акта. Код повреде права на суђење у разумном року најчешћи разлог обраћања Уставном суду је претерана дужина трајања поступка пред надлежним судом, који најчешће још увек траје и није окончан, тако да није донет појединачни акт, или тај акт још увек није правноснажан, јер је у току поступак пред другостепеним судом или поново враћен на суђење првостепеном суду. Тако, подношењем овакве уставне жалбе може се оспоравати целокупан поступак, који се води пред судом односно судовима, а не сам појединачни акт, нити се увек може применити правило о тридесетодневном року за изјављивање жалбе. Стога, Уставни суд у диспозитиву одлуке којом усваја уставну жалбу утврђује да је у поступку који се води пред надлежним судом под одређеним бројем повређено право зајемчено чл. 32 ст.1 Устава Србије¹⁵

У нашем правном систему не постоје прецизни рокови у оквиру којих се може сматрати да је поступак окончан у разумном року, нити такве рокове поставља Уставни суд у својим одлукама. Наиме, Уставни суд је мишљења да је разумна дужина трајања судског поступка релативна категорија, која зависи од низа чинилаца и која се мора ценити у сваком појединачном случају, према његовим специфичним околностима. Основни критеријуми којима се Уставни суд Србије руководи приликом утврђивања повреде права на суђење у разумном року јесу: сложеност чињеничних и правних питања у конкретном предмету, понашање подносиоца уставне жалбе као странке у поступку, понашање надлежних органа власти-судова који воде поступак и природа захтева, односно значај повређеног права за подносиоца. Лице које је својим понашењем допринело одуговлачењу поступка, не може притуживати на ту околност и са успехом је користити. Ове критеријуме Уставни суд примењује имајући у виду праксу Европског суда за људска права, а у

¹⁴ Чл. 84 ст.1 Закона о Уставном суду

¹⁵ Усваја се уставна жалба М.Б. и утврђује да је у поступку који се пред Општинским судом у Ч. води под бројем П. 756/06 повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року, зајемчено одредбом члана 32 став 1 Устава Републике Србије.

образложењу својих одлука Уставни суд позива се на изнета становишта Европског суда за људска права.¹⁶

Оцењујући да ли је повређено право на суђење у разумном року, Уставни суд је утврдио да је период оцене разумности дужине трајања судског поступка почео 8. новембра 2006. године, када је ступио на снагу Устав Републике Србије, којим се установљава уставна жалба као право средство за заштиту повређених или угрожених људских права и слобода. Дакле, иако се у многим случајевима ради о поступцима који су започели дестак, па чак и више година раније у односу на поменути датум, Уставни суд може ради утврђивања оправданости дужине трајања поступка, узети у обзир и стање предмета на дан 8.11.2006. године, али тако да за оцену евентуалног постојања повреде права подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року релевантан је цео протекли период, од дана подношење тужбе до садашњег тренутка, када се Уставни суд са тим суочава. Наиме, право на суђење у разумном року је било предвиђено и раније Повељом о људским и мањинским правима и грађанским слободама ("Службени лист СЦГ", број 6/2003), која је била саставни део Уставне повеље државне заједнице Србија и Црна Гора, а да је Србија као држава чланица државне заједнице имала обавезу да непосредно уреди, обезбеди и штити људска и мањинска права зајемчена Повељом. Поред тога, наша држава је ратификовала Европску конвенцију која је ступила на снагу 3. марта 2004. године, и која у члану 6 став 1 гарантује право на правичну и јавну расправу у разумном року.

У највећем броју случајева, у којима је потврђена повреда зајемченог права, разлог томе је неделотворно поступање и првостепеног и другостепеног суда, који често нису предузели све законом предвиђене процесне мере како би се поступак ефикасно окончао. Иако је тежиште поступка на првостепеном суду, одговорност за непотребно одуговлачење може лежати у поступању другостепеног суда. Ставови другостепеног суда у решењима у којима су укидане првостепене пресуде треба да буду до краја децидни и прецизни, али првостепени суд треба да добијене налоге и упутства до краја извршава. У случајевима у којима учесници у поступку доприносе дужем трајању кривичног поступка, дужност је суда да правовремено и ефикасно реагује на њихове дилаторне радње и да благовремено предузме све законске мере у циљу онемогућавања злоупотребе права учесника у поступку. Наиме, у свакој правној држави од изузетне важности је организација судског система, која треба да омогући доношење судских одлука без одлагања, како се не би угрозила делотворност заштите Уставом гарантованих права и слобода, те како би се повратило и одржало поверење грађана у судове. У том смислу Уставни суд и налаже надлежним судовима да предузму све

¹⁶ Више о мерилима за конкретизацију стандарда разуман рок видети у Н. Петрушић, *op.cit.*, стр. 213-219

неопходне мере како би се поступак по тужби подносиоца уставне жалбе окончао и најкраћем могућем року.¹⁷ Уосталом, према становишту које је изразио и Европски суд за људска права, сама чињеница да се више пута налаже понављање разматрања једног предмета пред нижом инстанцом може, само по себи, открити озбиљан недостатак у правном систему државе.¹⁸ Хронична пренатрпаност и заостајање са предметима није ваљано објашњење за прекомерно одлагање поступка. Члан 6 став 1 Конвенције намеће високим странама уговорницама дужност да своје правосудне системе организују на такав начин да сваки њихов суд може да обави све своје обавезе, укључујући и обавезу да размотри предмете у разумном року.¹⁹

Европски суд за људска права наглашава да ако је правосудни систем мањкав у погледу захтева за разумни рок из члана 6 став 1 Конвенције, најделотворније решење је правни лек чији је циљ убрзање поступка. Такав правни лек има неспорну предност над правним леком који пружа само компензацију, будући да истовремено спречава и закључак о сукцесивним повредма у вези са истим поступком и не поправља само штету нанету кршењем права *a posteriori*, како то чини компензаторни правни лек.²⁰

Уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року - емпиријски оквир

Прве уставне жалбе упућене су Уставном суду Србије одмах након проглашења Устава Србије 8.11.2006. године, иако је до доношења Закона о Уставном суду, којим је прецизније дефинисан овај институт, долази тек годину дана касније. Наиме, ступањем на снагу Закона о Уставном суду, избором, односно именовањем десет судија Уставног суда, и конституисањем Суда на основу одредаба Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, избором председника Уставног суда и ступањем на снагу новог Пословника о раду Уставног суда, 15. марта 2008. године, створени су услови да Уставни суд започне са одлучивањем по предметима, а посебно по уставној жалби. Данас, годину дана касније можемо доћи до извесних закључака која се тичу ове надлежности Уставног суда Србије.

У којој мери овај институт значајан за грађане Србије лако је закључити ако се само има у виду податак да је од доношења Устава до данас поднето скоро 4,000 уставних жалби. При том, тај број експоненцијално расте из године у годину; што се може видети у графичком приказу који следи.

¹⁷ Видети Одлуку Уставног суда Србије, Уж број 536/2008 од 11.12.2008. године

¹⁸ Видети *Pavlylynets protiv Ukraјine* од 6.9.2005, *Cvetković protiv Srbije* од 10. јуна 2008.

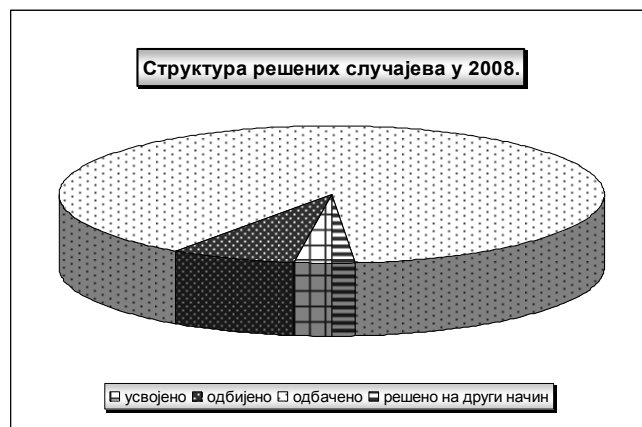
¹⁹ Упор. В.А.М. против Србије. ; Портингтон против Грчке, пресуда од 23. септембра 1998. године

²⁰ Видети пресуду од 13. марта 2007. у предмету В.А.М. против Србије



Тако је у 2006. години, почев од 8. новембра, поднето 34 уставних жалби; 2007. године имамо 326 поднетих уставних жалби; у 2008. године укупан број поднетих уставних жалби износио је 1567, а у 2009 (до 2. 10. 2009.) поднето 1821 уставних жалби

У 2008. години укупан број предмета у раду до тада је износио 1927, од чега је решено 367 уставних жалби, и то тако што је усвојено 8 жалби, одбијено 28, одбачено 326, у једном случају је поступак обустављен, а у 4 предмета је дошло до спајања поступка²¹.



Извор: Уставни суд Србије

²¹ Подаци добијени из службене евиденције Уставног суда Србије

Прву одлуку којом је усвојена уставна жалба у вези са суђењем у разумном року, Уставни суд Србије је донео 16.октобра 2008. године. У овом случају радило се о кривичној ствари по приватној тужби у којој је поступак застарео. Уставну жалбу поднео је приватни тужилац 31. марта 2008. године, тако да је Уставни суд одлуку донео за нешто више од шест месеци, што је веома кратак рок, имајући у виду природу рада овог суда и велики број предмета који су у међувремену поднети до конституисања и почетка рада Уставног суда. До данас је тај број знатно повећан и донето је преко 30 усвајајућих одлука. То се може довести у везу са чињеницом да се највећи број уставних жалбу управо односи на рад правосудних органа, пре свега судова, почев од општинских, преко окружних, до Врховног суда Србије, што потврђује и наведена табела.

Табела 1: Структура предмета из "Уж" уписника

ПРЕДМЕТИ ИЗ "УЖ" УПИСНИКА				
Рб	Државни органи, организације којима је поверено вршење јавних овашћења и остаала правна лица против чијих аката или радњи се изјављују зставне жалбе	Укупно	Решено	У раду
1.	Народна скупштина и њена тела (Републичка изборна комисија)	3	0	3
2.	Председник републике	1	1	0
3.	Органи управе (Влада РС, државна управа и локална самоуправа)	70	7	63
4.	Војска Србије	2	0	2
5.	Судови, јавно тужилаштво и јавно правобранилаштво	928	89	839
6.	Посебне организације (организације за обавезно социјално осигурање, Републички одбор за решавање сукоба интереса, Народна банка Србије, Републички геодетски завод итд.)	24	5	19
7.	Остало (универзитет, школе, синдикати, предузећа итд.)	8	0	8
СВЕГА		1036	102	934

Извор: Уставни суд Србије

У предмету 261/07 Уставни суд је усвојио уставну жалбу, изјављену због повреде права на суђење у разумном року, из чл. 32 ст.1 Устава Србије и утврдио да је повредом права наступила апсолутна застарелост кривичног гоњења, чиме је наступила штета за подносиоца уставне жалбе. У преосталом делу уставна жалба је одбијена. Уставни суд је утврдио право подносиоца уставне жалбе на накнаду штет, који може остварити на начин предвиђен одредбама члана 90 Закона о Уставном суду.

У предмету 293/07 Уставни суд је усвојио уставну жалбу Ж.А. из Л., изјављену због повреде права на суђење у разумном року из члана 32 ст.1 Устава. Суд је утврдио да је повреда права учињена неоправдано дугим трајањем парничног поступка пред Општинским и Окружним судом у Нишу по тужбеном захтеву за испуњење обавезе подносиоца уставне жалбе на накнаду штете, коју може остварити на начин предвиђен одредбама члана 90 Закона о Уставном суду.

Слични "маратонски" парнични поступци били су такође разлог за повреду права за суђење у разумном року и предмету 234/07, где је повреда права на суђење у разумном року учињена неоправдано дугим трајањем парничног поступка, који је до подношења уставне жалбе трајао више од 18 година и 10 месеци, односно у предмету 270/07 такав поступак трајао је скоро 9 година и 9 месеци. У оба случаја Уставни суд је утврдио право подносиоца уставне жалбе на накнаду штете која се може остварити према одредбама члана 90 Закона о Уставном суду.

Уставни суд је у предмету 277/07 усвојио уставну жалбу изјављену због повреда права на суђење у разумном року из чл. 32 ст.1 Устава Србије и утврдио да је повреда права учињена неоправдано дугим трајањем парничног поступка по тужби за издржавање. Овај поступак је трајао чак шест и по година, иако си и првостепени и другостепени суд морали да узму у обзир законом прописану хитност у решавању спорова који се тичу издржавања. Суд је одлучио да се ова одлука објави у „Службеном гласнику Републике Србије“.

У предмету Уж 301/07 Б.Ш. Суд је утврдио да је повреда права учињена неоправдано дугим трајањем парничног поступка, који траје пуних 8 година, а и даље се налази у фази првостепеног расправљања. Уставни суд је утврдио право подносиоца уставне жалбе на накнаду штете коју може остварити на начин предвиђен одредбама члана 90 Закона о Уставном суду.

У свим усвајајућим одлукама²², Уставни суд, поред тога што је утврдио повреду права из чл. 32 Устава, у диспозитиву пресуде одредио

²² Уж 4/2008; Уж 22/2008; Уж 107/2008; Уж 145/2008; Уж 173/2008; Уж 193/2008; Уж 231/2008; Уж 273/2008; Уж 293/2008; Уж 320/2008; Уж 361/2008; Уж 372/2008; Уж 373/2008; Уж 390/2008; Уж 398/2008; Уж 1224/2008; Уж 1249/2008; Уж 1264/2008; Уж 1280/2008; Уж 1324/2008; Уж 1435/2008; Уж 1508/2008

предузимање неке од следећих мера: утврдио је право подносиоца /подносиоце/ уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете, наложио је суду/судовима да предузме све потребне мере како би поступак био окончан у што краћем року, односно одредио да се одлука објави у Службеном гласнику Републике Србије.

Када Уставни суд утврди право подносиоца/подносиоце/ уставне жалбе на накнаду нематеријалне штете, он/она могу поднети захтев за накнаду штете Комисији за накнаду штете²³, ради постизања споразума о висини накнаде. Ако захтев не буде усвојен или по њему Комисија за накнаду штете не донесе одлуку у року од 30 дана од дана подношења захтева, подносилац уставне жалбе може код надлежног суда поднети тужбу за накнаду штете.

Уставни суд може наложити надлежном суду/судовима да предузму све потребне мере, како би поступак био окончан у што краћем року. Иако се поводом уставних жалби због повреда права на суђење у разумном року, Уставни суд процењује и "преиспитује" да ли је поступак пред надлежним судом вођен у разумном року, то не значи да он иступа у својству инстанционог суда, већ је његов задатак да на основу чињеница у спроведеном поступку утврђује да ли је повређено уставом гарантовано право. Али, ако утврди да је повређено ово право, Уставни суд може наложити надлежном суду да оконча поступак у што краћем временском периоду. Међутим, у оваквим и у свим другим случајевима одлучивања по уставној жалби, Уставни суд не поступа као другостепени суд у односу на друге судове опште надлежности, нити у односу на Врховни суд, већ искључиво иступа у својству заштитника уставом гарантованих права.

Приликом одлучивања о начину уклањања штетних последица насталих услед повреде права, Уставни суд руководи се оним што представља примерен начин отклањања штетених последица у конкретном случају. Уставни суд може проценити да је доношење одлуке у којој је утврђена повреда права на суђење у разумном року, само по себи довољно да се постигне адекватна правична сатисфакција подносиоца/подносиоце/ уставне жалбе, те да му/јој не припада право на накнаду неимовинске штете.²⁴

Сентенца Уставног суда: *Сматраће се да је повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року загарантовано чланом*

²³ Састав Комисије и њен рад ближе се уређују актом министара надлежног за правосуђе. Први пут држава Србија је закључила споразум о накнади штете због дугог трајања поступка средином 2009. године. Одлуку о висини накнаде је донела Комисија за накнаду штете Министарства правде. Комисију чини пет дипломираних правника, представника Министарства правде и судија Врховног суда, који су специјализовани за накнаде. Комисија одлучује о висини накнаде имајући у виду постојећу судску праксу домаћих судова, пре свега Врховног суда, као и праксу Европског суда за људска права

²⁴ Видети Одлуку Уж 24/2007

32 став 1 Устава, ако се о његовом праву на накнаду штете у парничном поступку не одлучи у разумном року већ се овај парнични поступак, покренут још у јулу 1994. године и даље налази у фази првостепеног одлучивања. При томе, Суд сматра да у овој парници нема изузетно сложених правних и чињеничних питања која би захтевала нарочито обиман и дуготрајан доказни поступак, да подносилац уставне жалбе није допринео дужини трајања поступка, као и да захтев за накнаду штете за њега има езистенцијални значај будући да је штетни догађај умањио његову животну и раду способност због чега је одлучио да се правично задовољење подносиоца уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року оствари утврђивањем права на накнаду штете на начин предвиђен одредбама чл. 90 Закона о Уставном суду, односно пред Комисијом за накнаду штете.²⁵

Сентенца Уставног суда: Сматраће се да је учињена повреда права на суђење у разумном року када је та повреда учињена неоправданим трајањем парничног поступка који је трајао преко шеснаест година, услед чега је, иако је поступак окончан у корист подносиоца уставне жалбе наступила немогућност подносиоца да наплати своје потраживање у редовном поступку, јер је над туженим у току трајања поступка покренут стечајни поступак. Стога је Уставни суд утврдио право подносиоца уставне жалбе на накнаду штете, коју може остварити на начин предвиђен законом²⁶.

Најчешћи случајеви повреде права на суђење у разумном року односе се на поступање по правилима парничног поступка, али до повреде овог права може доћи и због неоправданог одуговлачења кривичног поступка.

Сентенца Уставног суда: Када је кривични поступак у кривичном предмету по приватној тужби против више лица због кривичног дела увреде трајао скоро четири године и обустављен је због апсолутне застарелости кривичног гоњења за то дело, сматраће се да је повређено право подносиоца уставне жалбе на суђење у разумном року и на делотворну судску заштиту ако је одуговлачење поступка претежно било проузроковано пропуштањем надлежног суда да обезбеди приступање окривљених суду чиме је прекорачен разуман рок за јавно расправљање и одлучивање о правима подносиоца уставне жалбе у том случају.²⁷

Поводом поднетих уставних жалби због повреде права на суђење у разумном року, Уставни суд применом поменутих критеријума, може утврдити и да су уставне жалбе неосновне и да до повреде поменутог права није дошло. Тако, на пример у предмету Уж 480/2008 од 17.јула 2008. године, Уставни суд установио је ванпарнични поступак који је претходио уставно-судском поступку, био је вођен на начин којим је подносиоцу уставне жалбе

²⁵ Одлука Уж број 536/2008 од 11. 12.2008.

²⁶ Одлука Уж 193/2008 од 25.12.2008)

²⁷ Одлуку Уж 37272008 од 16.10.2008

било обезбеђено правично суђење, оспорена решења донели су Уставом и законом установљени судови у границама своје надлежности и у правилно и законито спроведеном поступку, а подносиоцу уставне жалбе је било омогућено суделовање у поступку, праћење његовог тока, предузимање законом допуштених радњи и улагање правног лека. Стога није повређено право подносиоца уставне жалбе на правично суђење из члана 32 став 1 Устава.

Уставни суд је одбио као неосновану уставну жалбу, због повреде права на суђење у разумном року будући да је оценио да је поступак вођен и окончан пред првостепеним и другостепеним управним органом, Врховним војним судом и Врховним судом Србије у периоду од четири године од подношења захтева, што по оцени суда представља разумну дужину трајања поступка, као и због тога што застој у поступку збо престанка рада надлежног војног суда није довео до настанка штетних последица за подносиоца уставне жалбе.²⁸

У предмету, жалилац И.Н. је поднео Уставном суду благовремену и дозвољену уставну жалбу због повреде права на суђење у разумном року против решења Општинског суда у Новом Пазару, пресуде Општинског суда у Рашки и пресуде Окружног суда у Краљеву. Жалилац је становишта да је Општински суд у Новом Пазару доношењем решења о месној надлежности после три године и два месеца, од дана подношења тужбе повредио његово право на суђење у разумном року. Уставни суд, међутим, сматра да таквим решењем није повређено право на суђење у разумном року, иако се тим решењем Општински суд у Рашки огласио месно надлежним након три године и два месеца, и да та чињеница није и довољан доказ о учињеној повреди жалиоцевог права на суђење у разумном року, а имајући у виду околности које су пратиле овај случај. Такође, Суд сматра да одуговлачењу поступка нису допринеле ни друге процесне радње предузете од стране Општинског суда у Новом Пазару у мери да би биле од утицаја на повреду права жалиоца на суђење у разумном року. Цитираним судским одлукама је у разумном року одлучено о жалиоцевом праву. Уставном жалбом побијане пресуде донете су од стране законом установљених судова који су у јавној расправи непристрасно утврдили чињенично стање и одлучили о жалиоцевом праву применом одредби Закона о облигационим односима. То је учињено тако што је жалиоцев захтев одбијен: међутим, та околност не указује на тачност жалиоцеве тврдње о учињеној повреди његовог права на правично суђење. Примењене материјалноправне одредбе на утврђено чињенично стање, на основу Суду презентованих доказа од стране самог жалиоца, представљају валидно правно утемељење за доношење уставом жалбом побијаних одлука. Стога је супротна жалиоцева тврдња израз његове

²⁸ Одлука Уж 30672008 од 25.09.2008., објављена у Сл.гласнику РС, бр. 100/2008 од 31.10.2008.

*субјективне оцене о погрешној примени материјалног права, а не и доказ учињеној повреди права на правично суђење.*²⁹

Закључна разматрања

Увођење уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року требало би да, имајући у виду и услове подношења уставне жалбе и овлашћења уставног суда и дијапазон мера чије предузимање може наложити, трасира пут успостављању чврстих уставних гаранција у смислу да свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року. Позитиван помак у циљу остваривања овог права требало би да буде остварен и постојећом реформом правосудног система Србије и мрежом нових институција која почиње са радом 1. јануара 2010. године. На тај начин синергичним дејством свих поменутих мера требало би да доведе до редуковања броја представки које наши грађани подносе Европског суда за људска права због повреде из члана 6 Европске конвенције. За сада ти ефекти још нису видљиви у довољној мери, јер Европски суд одлучује по представкама које су поднете пре него је Уставни суд почео са радом и пре него је почео да одлучује по уставним жалбама за суђење у разумном року. Позитивни ефекти ових мера могу се очекивати у наредном периоду, када заживи и нова мрежа правосудних институција, што би требало да се одрази и на смањивање броја уставних жалби пред Уставним судом Србије и поднетих представки Европском суду за људска права.

²⁹ Уж 389/2008 од 10. јула 2008. године)

Maja Nastić, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

CONSTITUTIONAL APPEAL ON THE VIOLATION OF THE RIGHT TO BE TRIED WITHIN A REASONABLE TIME IN THE JUDICIAL PRACTICE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SERBIA

Summary

In this article, the author analyses the significance of the constitutional appeal in the Serbian constitutional system, with special reference to the protection of the right to be tried within a reasonable time. The constitutional appeal on the violation of this right is envisaged in the Constitutional Court Act as a direct response to the observed shortcomings in the system of human rights' protection in Serbia and the need to harmonize the legislation with the standards envisaged in the European Convention. Considering the total number of constitutional appeals filed with the Constitutional Court and the number of its decisions on appeals, we can observe the Court's governing criteria in allowing proceedings upon appeals and how this model of protection actually functions in practice.

Considering the legal requirements for filing a constitutional appeal, the authorities assigned to the Constitutional Court and the measures the Court may order, the constitutional appeal on the violation of the right to a fair trial within a reasonable time is a significant development in the Serbian legal system. It should trace the route to establishing solid constitutional guarantees on the right to have a fair and public hearing within a reasonable time. A positive development on the course of exercising this right should be the on-going reform of the Serbian judicial system and the network of new institutions which are to become operative on 1st January 2010. The synergy of all these measures should help reduce the number of applications our citizens submit to the European Court of Human Rights claiming a violation of Article 6 of the European Convention. For the time being, these effects are still hardly visible because the European Court is currently reviewing the applications submitted before the Constitutional Court has actually become operative and started deciding on the citizens' constitutional appeals related to the right to a fair trial within a reasonable time. Further positive effects of these measures are most likely to be expected in the forthcoming period, when the new network of judicial institutions is put into practice. It should have a direct impact on reducing the number of constitutional appeals before the Serbian Constitutional Court as well as reducing the number of applications filed with the European Court of Human Rights.

Key words: constitutional appeal, right to be tried within a reasonable time,

УСТАВНА ЖАЛБА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ...

Constitutional Court
ПРИЛОГ: образац уставне жалбе

РЕПУБЛИКА СРБИЈА
УСТАВНИ СУД

УСТАВНА ЖАЛБА

11000 БЕОГРАД
Немањина 26

I ПОДАЦИ О ПОДНОСИОЦУ УСТАВНЕ ЖАЛБЕ:

(видети одељак I упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе)

A) ЗА ФИЗИЧКО ЛИЦЕ

Име и презиме: _____

ЈМБГ: _____

Пребивалиште
или боравиште: _____

Број телефона: _____

Б) Подаци о пуномоћнику: _____
(Само ако подносилац има пуномоћника)

Име и презиме: _____

Адреса: _____

Број телефона: _____

В) ЗА ПРАВНО ЛИЦЕ

Назив: _____

ПИБ број из Регистра Агенције за привредне регистре _____

Мр Маја Настић

Седиште: _____

Број телефона: _____

Законски заступник: _____

Број телефона: _____

**II ПОДАЦИ О ПОЈЕДИНАЧНОМ АКТУ ИЛИ РАДЊИ КОЈИ СЕ
ОСПОРАВА**

(видети одељак II упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе)

**A) ПОЈЕДИНАЧНИ АКТ КОЈИ СЕ ОСПОРАВА, А ПРОТИВ КОГА СУ
ИСЦРПЉЕНА СВА ПРАВНА СРЕДСТВА**

Назив и доносилац појединачног акта: _____

Ознака (број) акта: _____

Датум доношења појединачног акта _____

Датум пријема оспореног акта: _____

Да ли су исцрпљена сва правна средства или нису предвиђена друга правна средства за његову заштиту (приложити доказе о томе)

Да ли је постојао или постоји неки правни лек који није искоришћен са наводом зашто то није учињено:

Да ли је изјављен још неки правни лек и да ли је окончан поступак по њему, а ако јесте пред којим органом се води поступак:

**B) РАДЊА ДРЖАВНОГ ОРГАНА ИЛИ НОСИОЦА ЈАВНОГ
ОВЛАШЋЕЊА:**

(видети одељак III упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе)

УСТАВНА ЖАЛБА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА СУЂЕЊЕ...

Назив органа: _____

Дан предузимања радње:

- а) свршена радња _____
б) трајна радња _____

Дан кад је ускраћено уставно право и слобода:

- а) свршена радња _____
б) трајна радња _____

III НАВЕДИТЕ УСТАВОМ ЗАЈЕМЧЕНО ЉУДСКО ИЛИ МАЊИНСКО ПРАВО ИЛИ СЛОБОДУ ЗА КОЈЕ СМАТРАТЕ ДА ВАМ ЈЕ ПОВРЕЂЕНО ИЛИ УСКРАЂЕНО

(видети одељак III упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе)

А) Уставно право или слобода за коју се тврди да је повређена или ускраћена:

Б) Одговарајућа одредба Устава којом се то право или слобода јемчи:

IV НАВЕДИТЕ У ЧЕМУ СЕ САСТОЈИ ПОВРЕДА ИЛИ УСКРАЂИВАЊЕ УСТАВОМ ЗАЈЕМЧЕНОГ ЉУДСКОГ ИЛИ МАЊИНСКОГ ПРАВА ИЛИ СЛОБОДЕ

(видети одељак IV упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе)

Навести разлоге жалбе и детаљно образложити тврдњу да је повређено или ускраћено уставно право или слобода (тј. у чему се састоји повреда Уставом зајемченог људског или мањинског права или слободе):

V НАВЕДИТЕ ЗАХТЕВ О КОМЕ УСТАВНИ СУД ТРЕБА ДА ОДЛУЧИ

(видети одељак V упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе)

(нпр. поништити појединачни акт, забранити даље вршење одређене радње,

Мр Маја Настић

наредити вршење одређене радње, одредити да се уклоне штетне последице у одређеном року: повраћај у пређашње стање, накнада штете, објављивање судске одлуке)

Својеручни потпис: _____

Датум и место подношења уставне жалбе: _____

ПРИЛОЖЕНА ДОКУМЕНТА:

(видети одељак VI упутства за попуњавање обрасца уставне жалбе, а заокружити приложено)

- пуномоћје за подношење уставне жалбе,
- препис оспореног појединачног акта,
- докази да су исцрпљена правна средства,
- доказ о датуму пријема оспореног акта,
- други докази од значаја за одлучивање

UDK: 342.924(497.11)

Милош Прица

УПРАВНА СТВАР У СРПСКОЈ У ПРАВНОПРАВНОЈ ДОКТРИНИ*

Апстракт: *Управна ствар је битно обележје позитивноправног појма управног акта. На питање која су то битна обележја управне ствари, посленици управноправне доктрине немају јединствен став, из чега извиру различите концепције о појму управне ствари. С тим у вези, у овој раду предочена су становишта посленика српске управноправне доктрине о појму и обележјима управне ствари. У завршном делу, рад садржи ауторово виђење о обележјима управне ствари.*

Кључне речи: *управна ствар, управни акт, појединачна правна ситуација, ауторитативност.*

1. Уводне напомене

Године 1952. донесен је први послератни Закон о управним споровима,¹ у чији се текст управна ствар први пут уводи као обележје управног акта. Таквом становишту законодавац је остао веран приликом свих каснијих уређивања појма управног акта. Изнетом становишту уподобљен је и важећи Закон о управним споровима Републике Србије.² Управна ствар тиме постаде кључ препознавања и разумевања управног акта у нашем позитивном праву.

Два су становишта појмовног одређивања управне ствари: позитивноправно и теоријскоправно. Са позитивноправног становишта, дефинисање управне ствари као битног обележја законског појма управног акта, услов је

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ „Управни акт у смислу овог закона је такав акт државног органа који је донет у каквој управној ствари, а којим се решава о извесном праву или обавези одређеног појединца или правног лица.“ Наведено према: В. Иванчевић, М. Ивчић, А. Лазић, Закон о управним споровима с коментаром и судском праксом, Загреб, 1958, стр. 28.

² Закон о управним споровима (Сл. лист СРЈ“, бр. 46/96) у члану 7. став 2. даје следећу дефиницију управног акта: „Управни акт у смислу овог закона јесте акт којим државни орган и предузеће или друга организација у вршењу јавних овлашћења решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица или друге странке у управној ствари“.

уједначавања управне и управносудске праксе; такође, услов је модернизације и рационализације укупне управне процедуре. Законодавац се тог задатка ипак није прихватио. У нас је било покушаја да се управна ствар законом дефинише.³ Но, сваки је остао без резултата. С тим у вези, управну и управно-судску праксу карактерише веома колебљив и неуједначен приступ у третирању управне ствари; сагласност наике постоји само у погледу неколико црта управне ствари.⁴

У правнотеоријском аспекту дефинисања управне ствари, два се питања постављају. С једне стране, потребно је одредити значење управне ствари као елемента законске дефиниције управног акта а с друге стране, поставља се питање да ли управна ствар представља материјални критеријум одређивања управног рада. Да ли је наике спрам одређених материјалних критеријума могуће повући линију раграничења између управне и судске ствари, или је та разлика питање чисто нормативног уређивања. Из пера посленика управноправне доктрине настала су веома разнолика поимања управне ствари. Неће бити с тога претерано обзнанити да управноправна доктрина бележи онолико схватања управне ствари, колико је и посленика који су о њој говорили. У редовима који следе, учинили смо напор да становишта посленика управноправне доктрине систематизујемо према њиховом садржинском склопу. Тиме смо издвојили неколико концепција појмовног одређивања

³ Године. 1964. Савезни секретаријат за буџет и организацију управе припремио је материјал под називом „Нека начелна питања у вези са усаглашавањем Закона о општем управном поступку са Уставом СФРЈ“. Поменути материјал садржао је дефиницију управне ствари: „Као управну ствар овај закон има у виду такву ствар у којој се, непосредном применом правних прописа, решава о неком праву, обавези или правном интересу одређене странке, за чије решавање није надлежан суд у обављању редовне судске функције“. Према: Драган Милков, Управна ствар, Анали Правног факултета у Београду, 5/1986, стр. 501.

Нацрт важећег Закона о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97) садржао је дефиницију управне ствари: „Управна ствар је појединачна, по правилу неспорна правна ствар од јавног интереса, односно предмети из неке управне области, у коме орган, непосредно примењујући прописе, решава о правима, обавезама или правним интересима странке, потврђује или региструје одређене податке, односно чињенице, врши управни надзор или административно извршење“. У процедури усвајања важећег Закона о општем управном поступку, усвојен је амандман о брисању дефиниције управне ствари из законског текста.

По свему судећи српски законописац ускоро ће уврстити дефиницију управне ствари у један законски текст. Наике, у актуелном нацрту Закона о управним споровима из 2009. године, који ће се ускоро наћи у скупштинској процедури, садржана је дефиниција управне ствари: „Управна ствар, у смислу овог закона, је појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произлази потреба да се ауторитативно правно уреди“.

⁴ Управна и управно-судска пракса управном ствари не сматрају нормативне ствари (доношење општих правних аката), затим спорне имовинскоправне ствари, ствари у којима се не поступа по правилима управног поступка, ствари у којима се доносе интерни акти, као и уговорне ствари. Видети детаљније о овоме: З. Томић, В. Бачић, Коментар Закона о општем управном поступку, Београд, стр. 23-25.

управне ствари. Напомињемо да су у раду представљена само она схватања посленика управноправне доктрине која су знаковит израз концепција о којима говоримо. Предочавање концепција појмовнога одређивања управне ствари окончали смо сопственим становиштем о обележјима управне ствари.

2. Концепције дефинисања управне ствари у српској управноправној доктрини

Најпре треба указати на правац размишљања у управноправној доктрини који не убраја управну ствар у битне одлике управног акта. Тако, Лазо Костић, истакнути представник српске правне науке, у разматрањима управног акта не помиње управну ствар. Костић даје следећу дефиницију управног акта: „Управни акт је такав правни акт управне власти, којом она ауторитативно регулише један конкретан случај”.⁵ Изнето гледиште не прихватања материјалних критеријума у разумевању управне делатности, инспирисано је концепцијом управног акта у немачкој правној доктрини.⁶

У схватањима појединих аутора уочавамо покушаје издвајања битних карактеристика управне ствари без потпуног дефинисања овога појма. Поменути концепцију прихвата Мирко Перовић,⁷ износећи следећи став: „Управна ствар је толико спорна категорија, да је најцелисходније одредити само опште и оријентационе њене елементе остављајући да се они у сваком конкретном случају траже и утврђују... За појам управне ствари, дакле, није битно једино карактер и својство органа који га доноси, нити пак само карактер донетог акта, нити материја о којој се ради и област у којој се доноси тај акт.” Но, у разматрањима управне ствари, Перовић не дефинише елементе које издваја као битне одлике управне ствари (управна делатност, управна материја, доносилац акта), те такво гледиште не казује нам много о управној ствари.

Даље, поједини посленици управноправне доктрине сматрају да управну ствар треба сагледати у формалном аспекту.⁸ Управна ствар се посматра као активност тј. делатност. Тако, Никола Стјепановић управну ствар одређује са становишта активности органа: "Управна ствар је таква активност државних органа, најчешће органа управе и организација са јавним овлашће-

⁵ Лазо Костић, Административно право Краљевине Југославије, Делатност управе, Београд 1936, стр.49.

⁶ Видети о овоме: Драган Милков, Управни акт, Нови Сад, 1983, стр. 42-54.

⁷ Мирко Перовић, Коментар закона о управим споровима, Београд 1979, стр. 71-72.

⁸ "Упућивање на скуп практичних операција на које се значење одговарајућег термина, односно садржај одговарајућег појма своди или по којима се одређени предмет може идентификовати и разграничити од сродних појава у објективној стварности." Наведено према: З. Јелић – Б. Фатић, Водич кроз управни поступак, Београд 1998, стр. 427.

њима којом се стварају или утврђују, мењају или укидају управноправни односи у погледу одређеног појединца или правног лица".⁹ Ако знамо да је "ствар" статички појам, да ли је приступ дефинисања управне ствари критеријумом активности, добар приступ. Мислимо да није. Потребно је објаснити саму ствар према којој је усмерена активност органа. За решавање идентитета не објашњавамо активност, већ предмет активности. Управна ствар није активност, јер је активност усмерена на решавање управне ствари. Управна ствар је само једно обележје управног акта, а не сам акт.

Управноправна докрина бележи и покушаје дефинисања управне ствари негативним опредељивањем спрам разматрања односа управне и судске власти, као и управног органа и суда. Богдан Мајсторовић тако под управном ствари схвата правну ствар у којој се, непосредном применом правних прописа, решава о неком праву, обавези или правном интересу одређене странке, ако за решавање те ствари није надлежан суд.¹⁰ Из овог формалног приступа дефинисања управне ствари произлази да ствар из управне материје за коју је надлежан орган управе јесте управна ствар. И обрнуто, ствари за које је надлежан суд јесу судске ствари. Поборници материјалних критеријума одвајања управних од судских аката, изнето становиште оцењује погрешним, сматрајући да се мора одговорити зашто је једна правна ствар управна, а друга судска.¹¹

Полазећи од чињенице да је управна ствар статички појам, постоје теоретичари који су применили аналитички метод¹² у дефинисању управне ствари. Постоје две врсте дефиниција у овој концепцији појмовног одређивања управне ствари.

Прво гледиште пледира да управну ствар објасни како у погледу њених битних карактеристика, тако и у апекту управнога рада. У смислу реченог, Зоран Јелић предлаже следећу дефиницију управне ствари: "Управна ствар је појединачна, по правилу, неспорна правна ствар из неке управне области, у којој орган води управни поступак, непосредно примењујући прописе, решава о праву, обавези или правном интересу странке, потврђује или региструје одређене податке односно чињенице, врши управни надзор или спроводи административно извршење".¹³ Овде је промовисано схватање да управном ствари у смислу управног рада треба сматрати (сем ауторитативног одлучивања управним актом) и оперативно-контролну делатност (управни надзор, административно извршење).

⁹ Никола Стјепановић, Управно право СФРЈ, Београд, 1978, стр. 791.

¹⁰ Богдан Мајсторовић, Коментар закона о општем управном поступку, Београд 1977, стр.6.

¹¹ Видети: Драган Милков, *op. cit.*, стр. 495.

¹² "Определити битне (опште, сталне, нужне) одлике термина, појма или предмета који се дефинише." З. Јелић – Б. Фатић, *op. cit.*

¹³ З. Јелић – Б. Фатић, *op. cit.*, стр. 426 – 428.

Јелићево становиште поимања управне ствари прихвата Стеван Лилић.¹⁴ Управној ствари се даје значење једнако Јелићевом схватању управне ствари. Но, у објашњењу овога појма истиче се и следеће: "у ширем смислу управна ствар се односи на свако управно одлучивање, пре свега – али не само – у појединачном случају. Према овом становишту, управна ствар постоји не само када се одлучује о правима, обавезама или правним интересима (у ужем смислу), већ и у оним ситуацијама које су везане за лична стања грађана, или када управа доноси своје прописе (правилнике).¹⁵ Ми ипак налазимо да управну ствар треба раздвојити од нормативне ствари (доношење општих правних аката).

Друго гледиште управну ствар посматра у материјалном смислу.

Зоран Томић под "управном ствари подразумева појединачну животну ситуацију ванспорног карактера, са непосредно ангажованим јавним интересом, коју је на основу закона неопходно ауторитативно и конкретно правно уредити, односно корективно усмерити њено управно уређивање (по службеној дужности или по захтеву странке)"¹⁶. На овом месту пажње је вредно Томићево схватање да се ванпарнична ствар, садржински гледано, има сматрати управном, а у формалном смислу судском ствари. Према овој несаслагласности материјалног и формалног, истиче овај аутор, најприхватљивије је ванпарничну ствар одвојити од управне и судске ствари. Једнако томе, ванпарнични поступак треба одвојити од класичног судовања и управног рада. Јавни интерес је посебно акцентован у Томићевој дефиницији управне ствари. Јавни интерес је преовлађујућа црта природе управне ствари. Јавни интерес по значају надилази појединачне интересе у управном поступку¹⁷.

Ратко Марковић је на сличним позицијама у разумевању управне ствари: "Управна ствар је конкретна, појединачна и неспорна правна ситуација коју овлашћени субјекти ауторитативно и непосредно уређују непосредном применом закона (правних прописа)".¹⁸ Међутим, приликом експликације односа управне и судске ствари, Марковић истиче да управну ствар карактерише прецизирање примарне диспозиције опште правне норме, док се код судске ствари прецизира секундарна диспозиција опште правне норме.

Марковић овде очита прихвата схватање управног акта настало из пера Радомира Лукића а наиме да је управни акт појединачан акт који уређује диспозицију опште правне норме, док судски акт уређује санкцију опште правне норме¹⁹. Управноправна доктрина бележи и друге покушаје да се на

¹⁴ С. Лилић – М. Марковић – П. Димитријевић, Управно право, Београд, 2004, стр. 187

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Зоран Томић, Управно право, Београд 2002, стр. 274.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Ратко Марковић, Управно право, Београд 2002, стр. 251.

¹⁹ Радомир Лукић, Теорија државе и права II, Београд, 1954, стр. 142-153.

оваквом темељу гради појам управне ствари. С тим у вези, Драган Милков вели: "Карактеристика управне ствари је у томе што се акти доносе у вршењу делатности која се не појављује као окончавање спорних ситуација, него као активност која се изражава у прецизирању диспозиција за понашање појединаца."²⁰ Милков под управном ствари схвата појединачну ствар у којој из правних прописа произлази потреба да се правило понашања на ауторитативан начин прецизира примарном диспозицијом.²¹ Милков објашњава да је управна делатност окренута ка будућности, јер за појединца још није на основу закона прецизирано конкретно правило понашања. Будући да је општа правна норма безлична и односи се на сваког и никог, правило понашања се прецизира тек доношењем управног акта који садржи примарну диспозицију. Судска делатност је, вели даље Милков, окренута ка прошлости. Њом треба расправити спорно правно питање, а то се чини секундарном диспозицијом.

3. Закључна разматрања:

Предочавајући концепције појмовнога одређивања управне ствари у српској управноправној доктрини, одважили смо се на овоме месту да о обележјима управне ствари и сами прозборимо коју реч. Управној ствари у наредним редовима приступићемо са двају становишта; прво становиште опредељено је чињеницом да је управна ствар битно обележје позитивноправног појма управног акта, док друго становиште за циљ има расветљавање односа управне и судске ствари.

Налазимо да управну ствар карактерише следеће:

Прво, управна ствар је искључиво појединачна правна ситуација. То значи да је управна ствар појединачан случај који треба управноправно уредити појединачном акцијом, односно, вршењем власти у појединачном случају. С тога, доношење општих правних аката не може се уподобити управној ствари, већ искључиво нормативној.

Друго, управна ствар је појединачна правна ситуација чијим се управноправним уређивањем има остварити јавни интерес. Јавни интерес је, како вели Зоран Томић, суштинска потреба једне целине, својом важношћу надређена појединачним интересима грађана и организација²². С тога, јавни интерес је преовлађујућа црта природе управне ствари, те остварење појединачних интереса не сме да буде противно јавноме интересу.

Треће, управноправно уређивање управних ствари израз је ауторитативног поступања овлашћених субјеката. Изразу „овлашћени субјекти“ уподобљавају се органи управе, други државни органи и имаоци јавних овлашћења који у

²⁰ Драган Милков, *op. cit.*, стр. 496.

²¹ *Ibidem.*

²² Зоран Томић, *op. cit.*

управним стварима иступају применом права заповедања. Отуда, уговорне ствари²³ као плод кординације воља не могу се сматрати управним стварима.

Четврто, поставља се питање да ли је управна ствар спорна правна ситуација. Ако се прихвати да спорну правну ситуацију карактерише међусобна супростављеност два правна захтева или начелно опонирање постављеном правном захтеву,²⁴ управна ствар по правилу је неспорна правна ситуација; управне ствари готово увек су једностраначке правне ствари. Премда је позитивно право познаје, врло је ретка појава у пракси да у управном поступку учествују две или више странака са супротним интересима; тада је управна ствар по свему спорна правна ситуација.²⁵

Управна ствар је по природи својој редовна правна ствар. То значи, како и Милков вели,²⁶ да је управна делатност окренута ка будућности, јер за појединца још није, на основу закона, прецизирано конкретно правило понашања. Будући да је општа правна норма безлична, правило понашања прецизира се за појединца тек управноправним радом. С друге стране, парнична и кривична ствар, спрам примене права, јесу супсидијарне правне ствари. Решавање парничних и кривичних ствари, као спорних правних ситуација, постиже се прецизирањем секундарне диспозиције опште правне норме. Решавање парничне и кривичне ствари подразумева расправљање спорног правног питања, на чему и почива супсидијарност као њихова одлика. Ванпарнична ствар, међутим, разликује се од парничне и кривичне ствари по томе што је она редовна, појединачна, по правилу неспорна правна ситуација, чије је решавање израз прецизирања примарне и секундарне диспозиције опште правне норме.

Будући да смо установили да је управна ствар редовна правна ствар, поставља се питање да ли се конкретизација општих безличних правних норми постиже прецизирањем само примарне диспозиције опште правне

²³ Веома је интересантно схватање Европског суда за људска права у Стразбуру у погледу поимања грађанскоправне ствари. Наиме, како вели Синиша Трива, Европски суд је заузео становиште да за квалификацију односа као приватноправног, није од правне важности да ли се одлука у конкретном поступку доноси применом прописа приватноправног или јавноправног карактера; није од правне важности јесу ли странке у спору приватне особе, или је једна странка власт, као што није од правне важности у чију је надлежност по унутрашњем праву стављено одлучивање о конкретном праву. Наведено према: С. Трива, М. Дика, Грађанско процесно право, Загреб, 2004. стр. 14-16. У нашој правној науци, Милан Петровић заступа став да се мора напустити претпоставка да јавно и приватно право окомито деле правне гране и прихватити претпоставка да јавно и приватно право пролазе „дијагонално“ кроз њих. Видети: Милан Петровић, Задужбина као правно лице и право својине, Правни живот, бр. 11/2009, Београд, стр. 599-612.

²⁴ Видети о овоме: Предраг Димитријевић, Управно право, Општи део, Књига прва, Ниш, 2008, стр. 256-263.

²⁵ Видети члан 124. Закона о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001).

²⁶ Драган Милков, *op. cit.*

норме, или се пак постиже прецизирањем примарне и секундарне диспозиције опште правне норме. Потоње становиште узимамо за исправно. Не може се наине прихватити мишљење да је решавање управне ствари израз прецизирања само примарне диспозиције опште правне норме. Погледајмо неке карактеристичне управне ствари. Најпре, да ли спор пуне јурисдикције одликује прецизирање искључиво примарне диспозиције опште правне норме. Будући да суд у спору пуне јурисдикције поништава управни акт и исти замењује својом пресудом којом мериторно решава управну ствар, сасвим је јасно да суд то чини прецизирањем како примарне диспозиције опште правне норме, тако и санкције опште правне норме. Даље, не може се сматрати довршењем примарне диспозиције опште правне норме када, решавајући по жалби, другостепени управни орган рецимо ванредно укине решење или решење огласи ништавим. Напоследку, каква је природа управних ствари које се решавају доношењем онерозних управних аката; решавање управних ствари доношењем онерозних управних аката по свему је израз прецизирања како диспозиције опште правне норме, тако и санкције опште правне норме. Управни акт и не мора садржати санкцију, јер је довољно што санкцију предвиђа закон (принудно извршење). Изнето схватање с тога даје за право оним посленицима правне науке који су сматрали да спрам материјалних критеријума нема разлике између управног и судског акта.²⁷

Имајући у виду наведено, рад завршавамо констатацијом да је управна ствар, као битно обележје законског појма управног акта, појединачна, по правилу неспорна правна ситуација, од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произлази потреба да се ауторитативно правно уреди.

²⁷ Видети о овоме: Иво Крбек, Управно право ФНРЈ, Загреб, 1957, стр. 184; Управни акт, Загреб, 1957, стр. 7.

Miloš Prica, LL.B.
Junior Teaching Associate
Faculty of Law, University of Niš

**THE ADMINISTRATIVE ISSUE
IN THE SERBIAN ADMINISTRATIVE LEGAL SCIENCE**

Summary

The administrative issue is a very important feature in defining the positive law concept of an administrative act. In the administrative legal doctrine, there is no single standpoint on the concept of this legal institute, particularly in terms of the question concerning the essential features of the administrative issue. Given the diversity of scholar' opinions, there are different conceptions on the notion of the administrative issue. In that context, the author of this article outlines the standpoints of the eminent legal scholars in the Serbian administrative doctrine on the notion and the key features of an administrative issue. In the final part of the paper, the author presents his own point of view on this matter.

Key words: administrative issue, administrative act, specific legal situation, authoritativeness

ГРАЂАНСКО ПРАВО

UDK: 347.232

Проф. др Радмила Ковачевић Куштримовић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРИВАТНА СВОЈИНА И ЗАШТИТА ОПШТЕГ ИНТЕРЕСА*

Апстракт: Аутор се бави приватном својином у праву Републике Србије, која без дугог и континуираног постојања, није добила обресе приватне својине у упоредном праву. Уведена је 1844. године Српским грађанским закоником и трајала један век, до завршетка Другог светског рата и аброгације целокупног предратног права. После тога постојала је, под називом право својине или грађанска својина, као веома ограничено право, како у погледу објеката, тако и у погледу обима и садржине. Основни облик својине за то време била је друштвена-колективна својина. Међутим, и тај својински режим се мења почетком деведесетих година прошлога века, у процесу који се назива транзиција, а приватна својина постаје, најпре, равноправна са осталим својинским облицима, а затим доминантна, јер се друштвена својина претвара или у државну или у приватну својину. Аутор указује на чињеницу да се процес приватизације одвијао у веома нерегуларним условима, уз ратне околности на простору бивше Југославије, што је имало за последицу неоправдано богаћење неких појединаца. За све то време, приватна својина, као и данас, регулисана је само једним непотпуним законом, још из 1980. године, што је, под утицајем идеологије гаранције индивидуалних интереса и слободе појединаца, довело до доминације романтичко-индивидуалистичког појма приватне својине који је карактеристичан за период либералне економије. За само неколико деценија, општи или јавни интерес, заснован на друштвеној-колективној својини, запостављен је, што намеће потребу за „ревизијом“ појма приватне својине у праву Републике Србије. Аутор се залаже за доношење потпуног закона о праву својине и другим стварним правима, било као посебног закона или у оквиру Грађанског законика, којим би приватна својина била регулисана на модеран начин, као израз гаранције индивидуалних, али и општих интереса.

Кључне речи: приватна својина појединачни интереси, општи интерес, транзиција.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Увод

Недавно је, на Правни факултет у Нишу, свратила група експерткиња једне невладине организације, какве смо од 2002. године сретали често, са једном врстом „понуде“ за клинички рад на тему „Образовање правника за заступање јавног интереса“. Назив теме ме је, морам да признам, за тренутак, вратио на неко време у коме је јавни интерес или општи интерес, била реч од највећег значаја у праву, које смо тих година проучавали. Моје су биле између 1966. и 1971, а за друге, старије од мене, оне су почињале одмах по завршетку Другог светског рата. Истовремено сам приметила да је тај појам тихо и неопажено ишчезао из нашег правничког живота, јер је носио патину недавно прошлог времена, и то не ону коју му даје право, већ политика, идеологија, социологија и све друго, ванправно, што је право, искрено, и немајући куд, здушно пригрлило. Симбиоза између ових појмова је, и у једном и у другом случају, била толико јака да о неком раздвајању није могло бити ни речи. Данас, опет, и из истих разлога, тај се појам удаљио из права, јер је на његово место ступио други, дуго потискиван и ретко помињан, приватни интерес. Као да су то два појма који су по себи у великом непријатељству, тако да избор једног од њих „гаси“ онај други. И ма колико ова импресија била јака, у њу су „ушетале“ и друге сличне дихотомије (јавно и приватно право, колективна и лична својина и сл.), које су, очигледно, изнедриле одговарајуће друштвене ситуације. Сетила сам се, такође, и других крупних заокрета који су вршени у праву, највише оног извршеног после победоносног хода Француске буржоаске револуције и њене прокламације о приватном и слободи, затим Октобарске и њене прокламације о колективној својини и јединству општег и појединачног интереса, којим се све решава на општу корист и појединаца и друштва.

Период тзв. транзиције у коме живимо, који се на плану својине означава као враћање приватној својини, као најзначајнијој гаранцији слободе и стављање на стуб срама свега што је настало као последица успостављања друштвене, колективне својине, био је довољан мотив да отворим питање правног домашаја приватног, односно општег или јавног интереса, с циљем да наслутим у којој се мери сада успоставља баланс између приватног и јавног, између приватне и јавне својине. Искрено речено, на то ме је навео и свеprisутни утисак у нашем праву да је приватна својина, по себи, довољан услов за успостављање и гаранције слободе појединаца и њиховог развоја у свим областима живота, као и благостања друштва у целини. Хтела сам само да подсетим на појам општег интереса, који је гарант опстанка и развитка друштва, исто као и приватни, ма колико га се данас клонили из историјских и идеолошких разлога. Без баланса између ова два интереса нема хармоније ни опстанка друштвене заједнице.

Међутим, у оквирима рада ове врсте није могуће обухватити сва релевантна питања потребна за одговор на овако значајну тему, тако да сам се определила да он има карактер скице, с надом да ћу касније моћи да се упустим и у њихову анализу. Исто тако, потребне су још неке напомене пре него што покушам да направим оквир мог истраживања, свесна чињенице да оно може бити од користи само ако се размотри, не само из угла нашег права, већ у склопу упоредног права. Циљ овога рада није анализа појма приватног, односно јавног интереса, као ни указивање на историјско порекло ове поделе, јер нам то не би допустио задати простор. При томе, не мислимо да је питање приватног и јавног интереса, нарочито у светлу поделе правног система на приватно и јавно право, изгубило било шта од своје актуелности, упркос његовом трајању још од најранијих дана (још од права грчких полиса). Исто тако, није незанимљиво питање критеријума за ову поделу, напротив, оно је тек инспиративно било да се они анализирају из угла историјског развитка правне мисли, било у модерном праву. Такође бих напоменула да је у нашем праву подела на јавно и приватно право постала изузетан предмет интересовања, у време тихог ослобађања од утицаја совјетске правне теорије, по којој је целокупно право јавно право (које је наводно Лењин изговорио неком приликом) и нешто наглашенијег развитка робних односа.¹ Штавише, поновни заокрет нашег права у правцу поновног успостављања приватне својине, мотивисан новим друштвеним околностима, нарочито због пропасти социјалистичких друштвених система и потребе прилагођавања праву Европске уније и подстакао ме је да овај рад има овакав наслов. Будући да се не могу бавити теоријом интереса, а наслов упућује на тај појам, напомињем да ћу имати у виду само следеће: приватну својину као основни израз гаранције приватних интереса и општи интерес у његовом „освешталом и традиционалном“ значењу, свесна замерке да је то најгора констатација. Наиме, ти основни, такорећи вечити и потпуно устаљени појмови, свима јасни, обично су веома нејасни и подложни различитим тумачењима, често и дијаметрално различитим. Зар то није случај са појмом права (Кант је, с правом, констатовао да узалуд правници траже смисао свог појма права), правде и сл.? У њима су се „подједнако уплитала научна и практична значења, идеолошке и митолошке наслаге, па и свакојаке смислености и бесмислености“.² Зато је боље ове појмове узимати као „својеврсне упутнице на извесне ствари“, на оно што се уобичајено сматра јавним, односно приватним интересом. Најзад, напоменула бих и то, да не треба заборавити да је разликовање на приватни и јавни интерес, наметнуто суштинским двојством основног субјекта и творца права (да је појединац који опстаје једино у заједници са осталим појединцима-

¹ Види: Анали Правног факултета у Београду, бр. 5.1982, који су у целини послевећени овом питању.

² Врачар, С. „Основи разликовања „јавног“ и „приватног“ права, Анали, бр. 5. 1982, стр. 749.

-друштвена животиња), догматске, правнотехничке природе.³ Јер, ко може наћи неки приватни интерес, који може опстати без јавног (јер га гарантују правне норме које доноси држава на основу империјума) или да има јавног интереса без приватног; какав би то био јавни интерес, ако се не односи на заштиту неког приватног. Стога ћу, уз све изречене ограде поћи, најпре, од наше „нововековне“ приватне својине, као највишег израза приватног интереса и слободе, а затим се осврнути на потребу њеног ограничавања, ради заштите општег интереса. Потребно је садашње генерације студената учити да се клатно својине, као родоначелника остваривања материјалних приватних интереса, мора кретати као на сату, равномерно, балансирајући у времену, а никако сувише у једном, па нагло у другом смеру. Нешто ту, онда, неће ваљати, а штете могу бити велике и по приватни и по општи интерес, јер су они, као што рекох, недељиве појаве.

I

Приватна својина је правни појам, који у нашем праву није имао много среће. Уведена веома касно, тек са доношењем Српског грађанског законика, када су укинута односи који се, уобичајено у друштвеној науци класификују као феудални, трајала је један век.⁴ За то време, требало је из свести народа избацити феудалну економију, која је почивала на крупним земљопоседницима, зависним сељацима и феудалној ренти (кулуцима и другим дажбинама), створити навике усмерене ка робној производњи и приватној својини на стварима. Време од једног века је било довољно да се постепено успостави владање по правилима грађанског законика, са приватном својином као његовом основом. А онда је дошао Други светски рат који уводи нови облик својине, колективну, државно-социјалистичку својину. Приватна својина остаје, али се ограничава у мери да је њен значај скоро занемарљив. Од тада, приватна својина опстаје само као „сећање“ на приватну својину из предратног периода и упоредном праву, јер је њено ограничавање ишло по објектима, по обиму и садржини, уз то и са идеолошким предзнаком експлоататорске својине, која треба да нестане. Приватна својина послератног периода, која је иначе добијала различите називе, грађанска својина, право својине и сл., формално посматрано, била је слична приватној својини у упоредном праву (са капиталистичким друштвеним уређењем), али се суштински веома разликовала. Законодавство је заоби-

³ Даниловић, Ј: „Историјски осврт на деобу права на јавно и приватно“ *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5. 1982, стр. 623.

⁴ Види Гамс, А: „Значај Српског грађанског законика за Србију у XIX веку“, *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844-1994)*“, САНУ, књ. LXXX, Одељење друштвених наука, књ. 18.

лази, осим у случају ограничавања,⁵ све до почетка девете деценије прошлога века, када се, веома непотпуно, уређује Законом о основама својинско-правних односа.⁶ До тада, приватна својина, осим када се регулишу поједини објекти (нпр. ограничава пољопривредно и грађевинско земљиште, шуме и шумско земљиште, вишеспратне куће), управљала се по предратним правним правилима (то су предратни правни прописи, који су изгубили правну снагу али су се могли примењивати као предратна правна правила, што је заправо компромисно решење за примену прописа који су се, упркос промењеним, револуционарним приликама, морали примењивати). Испред приватне својине, као најважнији, доминантни својински облик, стајала је колективна својина, најпре називана државном, касније социјалистичком и најзад – друштвеном својином. Она је била израз за остваривање општих, колективних интереса, док је приватна била „окриље“ за остваривање приватних интереса, који су се имали у виду само под одређеним условима и у погледу одређених ствари.

Међутим, та ситуација траје неколико деценија, а онда долази до промена. Мењају се, радикално, друштвене прилике⁷ (друштвено политички систем) и врши тиха трансформација својинских облика. Правну подлогу за то пружале су измене устава, међу којима је најзначајнија она која је изједначила све својинске облике, регулом да су сви облици својине равноправни. Тачније, сви облици својине добијају једнаку правну заштиту. Одредба из чл. 1. се, новелирањем Закона о основама својинско-правних односа⁸, мења па се уместо грађана, удружења грађана и грађанских правних лица, као носиоци права својине јављају физичка и правна лица. Клатно кретања права приватне својине, које се још увек назива право својине, иде у другом смеру, ка претварању друштвене у приватну својину. Приватна својина се „извлачи“ из заборава и постаје право (идеја) првога ранга. Тај процес се у нашој политичко-правној свакодневици, а он је стекао и научну верификацију, назива транзиција, као најшири назив за све што треба преобратити из једног облика у други. У грађанском праву, транзиција је најзначајнија на плану преласка друштвене-колективне у приватну својину. За обављање тог процеса нису недостајали политичко-идеолошко-историјски и други аргументи. Они су увек ту, кад год су у питању радикалне промене у својинском систе-

⁵ Закон о национализацији приватних привредних предузећа (1946), Закон о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта (1958), Закон о пољопривредном земљишном фонду друштвене својине и додељивању земље пољопривредним организацијама (1953) итд.

⁶ Закон о основама својинскоправних односа „Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80, 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005.

⁷ Овом приликом не бих шире улазила у разлоге који су довели до тога, јер су они више-мање познати.

⁸ Закон о изменама и допунама Закона о основним својинско-правним односима, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/1996.

му, јер оне утичу и на све друге промене. Својина је најзначајни појам приватног права, али са изузетним реперкусијама на целокупно друштвено уређење. Познато је да су се револуције и ратови и водили ради промене својинског система, да оно што припада једнима, пређе код других и тако у круг. Проф. Гамс је приметио да су својина и власт две кардиналне друштвене категорије, два базична фактора друштва⁹ владавина над стварима омогућава и владавину над људима. Зато што је веза између људи и ствари тако битна за човеков живот, право тај однос најенергичније штити; фактички однос између људи и ствари претвара у правни, гарантујући његову неповредивост од стране свих трећих лица, која су о обавези да се уздрже од узнемиравања власника у коришћењу и располагању са ствари.

У нашем праву се, протекле две деценије одвијао процес претварања друштвене у приватну својину. Он је, може се рећи, при крају, јер је остао веома мали број предузећа (производња се у Југославији и могла одвијати једино са стварима-средствима која се налазе у друштвеној својини) у друштвеној својини. Приватна својина је постала модел права својине и она је по томе иста као приватна својина у земљама у којима је зајемчена после укидања феудалне својине и завршетка буржоаских револуција. Иако још увек није донет грађански законик у коме би приватна својина била потпуно уређена, нити посебан потпуни закон у уређењу својине и других стварних права на ствари (појам, начела, правни објекти, ограничења, стицање и престанак), приватна својина постоји у нашем праву и „управља“ се скоро по истим правним регулама по којима је постојала и када је била, вредносно посматрано, непожељна, експлоататорска итд. Оно што се, међутим, може приметити то је да су, осим што је постала равноправна са осталим облицима својине (сада државном својином), отпала и ограничења у погледу објеката (осим на градском грађевинском земљишту), као и у погледу обима (укинут је земљишни максисум). Тако се у чл. 9. Закона о основама својинско-правних односа, као предмети права својине предвиђају: стамбене зграде, станови, пословне зграде, пословне просторије, пољопривредно земљиште и друге непокретности. Под условима одређеним законом, приватна својина може постојати на добрима у општој употреби, као и на градском грађевинском земљишту, а на шумама и шумском земљишту у границама закона. Природна богатства су у државној својини.

Што се дефиниције појма права својине тиче, она је веома слична онима у европским грађанским законцима, донетим у маниру романистичке правне традиције. Тако, власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом (чл. 3). Истина, постоји и једна одредба за коју се тешко може рећи каква јој је функција, а то је да

⁹ Више, Гамс, А, Својина, Београд, 1987.

„власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари“. У правној теорији се није посебно расправљало о циљу који се желео остварити овом нормом. Ако је законодавац хтео да регулише садржину употребе или коришћења ствари на одређени начин, онда је тешко претпоставити ко би могао вршити контролу таквог вршења права. Можда се имало у виду право државе да санкционише употребу ствару супротно њеној природи и да, када год јој се учини да је то случај, ограничи такво вршење. Међутим, оно што заслужује похвалу у овом закону је то што је, у форми начела, забрањена злоупотреба права.

Поставља се, међутим, питање откуда се, при оваквом уређењу права својине, она у Србији остварује као неограничена и искључива власт, „егоистички усмерене до апсолутизма обојене власти“. На то указује веома јасно наша друштвена свакодневица, у којој је власник недодирљив, тако да може стицати све врсте добара, може их користити по свом нахођењу, макар то штетило општим интересима, остваривати монополски положај итд. Приватна својина у Србији је добила границе од „лакла до раја“. Изгледа да је и овога пута томе допринела доминантна идеолошка матрица приватне својине, која јој даје много више него што то чини законодавац. Непотпуност у њеном регулисању омогућава ширење граница својине ка неограниченој правној власти, која, према очекивањима, једино може омогућити слободу и брзи развој појединаца, а самим тим и друштва. Изгубљена је, чини се, мера у намери да се напусти систем колективне својине и поново оживи приватна својина, попут оне у земљама европскоконтиненталног права. Она се појављује као спасоносна категорија, насупрот, до тада, владајућој друштвеној својини, која је довела до пропадања и дезинтеграције, до непродуктивности и смањења друштвеног производа. Предузећа за које се узимало да су успешна пропала су преко ноћи, пред захтевом приватизације по сваку цену, и постајала приватна. Власници таквих предузећа, често и стране приватне компаније, били су гаранција новог пута дуго очекиваној приватној својини. Пошто транзиција није, строго узев, правни појам, контрола претварања друштвене у приватну својину се није ни могла спроводити, по стриктно правним правилима, већ по идеолошкој замисли у којој је било много неекономског и неправичног. Просто речено, дошло је до незамисливог богаћења појединаца на туђ рачун, које је тешко исправити. Ово и због тога што је процес транзиције носио у себи и мисију остваривања још неких, високо постављених циљева, као што су владавина права или правна држава, односно демократизација друштва. Читав процес се одвијао у знаку заштите индивидуалних интереса. Интересе, међутим, није стварао правни систем, али их је он признао и гарантовао на сваки начин. О њима, као и њиховом односу према општим интересима одлучују „аутори“ правног система. Овом приликом, превидало се да су за опстанак и развитак друштва подједнако

важни појединачни-приватни интереси, као и општи. Право мора имати у виду функције једних, односно других, и на тај начин уредити систем.

Нико не спори да је приватна својина правни израз за остваривање основних појединачних интереса из сфере материјалног (економског) живота појединца.¹⁰ Самим тим приватна или индивидуална својина омогућава остваривање и других, за човеков живот, битних интереса или циљева у нематеријалној сфери, у сфери културе, образовања, стваралаштва и сл. Признавање индивидуалних интереса, било материјалних било нематеријалних (везаних за личност), последица је дуготрајне историје развоја права, почев од признавања правног субјективитета појединцима, захваљујући природноправној школи.¹¹ Поред приватне својине као основног индивидуалног права, касније ће се на лествици индивидуалних права наћи права ауторства и проналазаштва, као израз човековог духовног стваралаштва. Најзад, право ће, као посебна грађанска субјективна права, признати лична права, имајући у виду индивидуалне интересе човека као људског бића, неодвојиве од њега, његов физички и психички интегритет. Човекова лична добра, живот, здравље, психички интегритет, пијетет, достојанство, част, углед, приватност, лични подаци, идентитет, име итд. заузела су данас прво место међу индивидуалним интересима које право штити.¹² На тај начин је успостављена равнотежа између индивидуалних интереса материјалне или економске природе и оних чија је природа битно неимовинска.¹³ Индивидуални интереси лично-имовинске природе, такође се штите, и то у породичном праву (родитеља и деце, супружника итд.).

С обзиром да је приватна својина право којим се остварује егзистенција појединца, то конкретна права у тој сфери морају бити гарантована и веома значајно заштићена од уплива како државе, тако и трећих лица. Њима се мора осигурати неометано коришћење материјалних добара, ствари, што је

¹⁰ Историја права, међутим, не почиње са признавањем индивидуалних интереса, напротив, у почетној фази, право је штитило групне интересе, племенске, породичне (генса), конзорцијума итд. У случају повреде лица, накнада је исплаћивана и сродницима, ради очувања реда и мира. Више, Р. Паунд, *Јуриспруденција*, књ. II., ЈП Сл. лист СРЈ, Београд и ЦИД, Подгорица, 2000. год.

¹¹ Лакше је било признавање индивидуалних интереса материјалне природе, односно индивидуалне својине од нематеријалних интереса у форми личних права, јер су основа људске егзистенције потребе за присвајањем ствари ради одржања живота, присвајање хране, одеће, објеката за становање и сл.

¹² Треба приметити да, као што уз приватну својину, као доминантно индивидуално право, иде општи интерес, тако се и код заштите личних права јавила потреба за њиховим ограничавањем.

¹³ То је последица неслућених могућности повреде личности (у ратовима, сукобима сличне природе), али и у осталим случајевима због развијених техничких могућности повреде. Поред тога, велики број повреде личних добара има за последицу материјалну штету, нарочито када је реч о правним лицима, нпр. повреда угледа предузећа услед нелојалне конкуренције.

основни захтев сваког цивилизованог друштва. Ако се посматрају објекти права својине и осталих имовинских права, очљиво је да је реч, начелно, о добрима које су појединци створили својим физичким и интелектуалним залагањем. (Ово је условна констатација, будући да о настанку и основу права приватне својине постоје бројне теорије). Зато су овлашћења појединаца у сфери ових интереса најшира, и то уважавају сви правни системи. Право својине се дефинише као најсвеобухватнија правна власт поводом ствар (*plena in re potestas*). Међутим, да ли је приватна својина, која постоји данас у нашем праву, примерена функцији коју она остварује у осталим земљама, или се она остварује као у фази постбуржоаске револуције у Француској, односно у ери либералног капитализма? Ако је то случај, какве су онда могућности њеног стварног ограничавања¹⁴ и „враћања“ у оквир који она има још од најранијих дана, а нарочито данас када су друштвени односи постали веома сложени и када је улога државе, с обзиром на то постала значајнија? Зато ограничења приватне својине у нашем праву, ради заштите општих интереса, морају бити предмет посебног интересовања.

II

Ограничења права приватне својине нису нова тема, нити нарочито интересантна за већину правних система, будући да је нађена извесна равнотежа између гаранције и заштите индивидуалних интереса у материјалној сфери и њиховог ограничавања с обзиром на потребу заштите општих интереса на том плану (поред заштите путем јавне својине). Зато су све дефиниције приватне својине у грађанским законима европско континенталног права скоро исте. Власник ствари је овлашћен да ствар држи, да је употребљава и с њом располаже по свом нахођењу у границама одређеним законом. Ограничења приватне својине у свим земљама врше се на више начина. Ако би хтели да их уопштавамо, онда се она своде на негативна или забране власнику да на свом добру предузме извесне радње на које би имао право на основу права својине, затим, обавезе трпљења, нпр. шкодљивих имисија које долазе са суседне непокретности, на позитивна, да предузме одређене радње које произилазе из закона, нпр. обавеза обраде пољопривредног земљишта, или уништавање одређених култура, ради спречавања ширења заразне болести. Ограничења се могу тицати и права слободног располагања са ствари, нпр. обавезом права прече куповине у корист државе или њених организација или испуњавањем одређених услова у случају располагања, добијања одобрења и сл.

¹⁴ Посматрано с формалне стране, ограничења приватне својине у нашем праву су скоро иста са ограничењима која се срећу у упоредном праву.

Међутим, социјално економска позадина ограничења својине у различитим земљама даје им различити карактер. Највећи број ограничења условљен је заједничким животом појединаца на ограниченом простору, због чега су сви власници непокретности дужни да се уздрже од апсолутног вршења права својине на својој ствари, као и да допусте, под одређеним условима, употребу свога добра. То су суседскоправна ограничења, која су настала најраније и која су заједничка свим правним системима,¹⁵ јер је то „природна“ потреба у вршењу права својине на непокретностима; она су иманентна праву приватне својине. Овим ограничењима решава се конфликт између власника суседних непокретности. Отуда ова ограничења садрже скоро сви грађански законици.¹⁶ Суседскоправна ограничења се, на први поглед, јављају као приватноправна ограничења (којима се штите првенствено, индивидуални интереси и правна теорија их третира као приватноправна ограничења), али су она, такође у циљу заштите општих друштвених интереса.¹⁷

Друга, јавноправна ограничења су различита и карактеришу се немогућношћу странака да њихову садржину мењају својим споразумима. Њихов број и природу, нарочито одређују социјално економске прилике у свакој земљи. На радикалност захвата у приватну својину највише могу да утичу ратови или ратне ситуације, као и остале непогоде које доводе опстанак друштвене заједнице у питање.¹⁸ У такве ситуације спадају и велике економске кризе, када доминирају разноврсне мере привредног управљања.¹⁹ Многобројна ограничења је наметнуо техничко-технолошки развој друштва, нарочито на плану саобраћаја, односно средстава комуникације уопште. Њихово функционисање је захтевало од власника да трпи употребу њихових добара, или предузимање одређених мера. Обавезе власника су

¹⁵ У правним системима у којима је основни својински облик био колективна својина, она нису имала никакав смисао, јер се није постављало питање просторног разграничења права својине на непокретностима између власника; све су непокретности биле „својина једног власника“, државе или друштва. У нашем праву, она су била интересантна за приватну својину, која је постојала поред друштвене својине.

¹⁶ У Закону о основама својинско-правних односа уређено је само питање шкодљивих утицаја који долазе са суседове непокретности, док је остала ограничења требало регулисати потпуним, у то време, републичким законом. Нацрти закона који треба да регулишу право својине и друга стварна права, садрже доста одредаба о суседском праву.

¹⁷ Од осталих, јавноправних ограничења она се разликују једино по томе што се суседско-правна ограничења примењују само ако власници суседних непокретности не могу уговором уредити своје међусобне односе.

¹⁸ Историја права је пуна примера о експропријацији бројних добара у време ратова, или ограничавању вршења права својине у одређеном обиму, или наметању обавеза предузимања радњи поводом ствари. Више, Д. Стојановић, Позитивно-правна ограничења приватне својине, дисс. Београд, 1963. год.

¹⁹ Д. Стојановић, оп.цит, стр. 8.

дошле као последица развитка друштва и постепено мењале романистички, апсолутистички појам приватне својине либералног периода развоја друштва. Под њиховим утицајем правна наука је прилагођавала појам приватне својине и у том циљу настале су бројне теорије. Правни теоретичари европског права, али и код нас, почели су да скрећу пажњу на друштвену функцију приватне својине. Све оне се, у крајњој линији, своде на тврдњу да је приватна својина гарантована ради задовољења интереса појединаца, али да се они остварују у друштву, тако да вршење права приватне својине мора бити у складу са друштвеним-општим интересима. У праву приватне својине је, од стране правне науке, „наглашен“, под различитим називима, још један њен саставни елемент-општи интерес, односно појам својине је социјализиран. То је био налог законодавцу да право приватне својине уреди на начин који су наметнуле промењене друштвене прилике. Он се остваривао, најпре кроз уставне основе права својине (у оквиру општих начела или у оквиру уређења економске основе друштва), затим у грађанским законима и у законима који су регулисали приватну својину на појединим добрима (пољопривредно земљиште, стамбени објекти, културна добра, тзв. јавноправни реални терети и сл.). Међутим, то је био и налог судијама да својим одлукама „практикују друштвену солидарност“.

И наше право, правна наука и законодавство, начелно, није остало имуно на промене својине које су се догађале у појму приватне својине. У време постојања друштвене својине то се питање није ни постављало, јер је постојао знак једнакости између општег и појединачног интереса. Проблем је што се данас, у време „наглог“ заокрета ка приватној својини, она практикује као најпотпунија правна власт богатих индивидуа, који су приватну својину стекли у поступку претварања друштвене својине у приватну. Тај процес се одвијао у условима озбиљних политичких превирања, која носе са собом бројне нерегуларности, што је омогућавало једном броју појединаца стицање великог богатства и то на рачун појединаца који су, у систему колективне својине, допринели стварању значајних добара. Они су данас власници ствари, који захваљујући таквом положају имају и политичку моћ, која им омогућава одржавање таквог стања ствари. Наше друштво је постало друштво богатих појединаца и сиромашног друштва као целине. Зато је питање заштите општег интереса данас, од посебног значаја.

На другој страни, држава, иначе, има начина да правним инструментима, непосредно, штити јавне или опште друштвене интересе. Истина и та група интереса је различита и односи се на разне функције које се остварују ради опстанка и развитка друштва као целине. Неки од њих односе се на интерес саме државе као правног лица. Они могу бити како материјалне тако и нематеријалне природе, достојанство државе, интегритет, уважавање као суверене државе и сл., и они показују извесну сличност са личним

правима појединаца. Њихов домашај се шири и на међународне односе и, као и права личности код појединаца, гарантована су ради заштите од уплива других држава у права државе као суверене личности.²⁰ Материјални интереси се тичу државе као субјекта грађанског права и повезани су са остваривањем надлежности њених институција, као и за остваривање ширих, општих (друштвених) интереса. У погледу остваривања ових циљева држава има одређену имовину коју стиче, непосредно на основу империјума, али њоме може располагати и као грађанскоправни субјект. Широка је скала друштвених интереса које модерна држава остварује или обезбеђује, кривичноправна заштита појединаца и имовине (као *parens patriae*), очување природног богатства и спречавање његове злоупотребе од стране других ужих група (корпорација), омогућавање свима слободног коришћења добара у општој употреби, заштита породице, деце, немоћних лица, затим, остваривање правичности у уговорном праву, путем забране повреде јавног поретка, одржавање морала у друштву итд.

За нас је утолико интересантна и јавна својина, као материјална основа за остваривање и заштиту општих интереса. Јавна својина је појам који, насупротив приватној, има непосредну улогу у остваривању и заштити општег интереса. Тај појам је новијег датума у нашој правној теорији, јер је у време постојања друштвене својине, као основе социјалистичког друштвеног уређења, он био сувишан. Сва добра су, по идеолошкој матрици ове својине припадала свима, тако да је било илузорно говорити о јавној својини. Са претварањем друштвене колективне својине у приватну и поновног оживљавања овог појма, појам јавне својине постаје реалност, као надградња над општим интересима-антипод (противтежа) приватној својини. Истина, појам јавне својине још није добио нормативни оквир, будући да се у Уставу говори о једнакости свих облика својине, приватне, задружне и јавне (чл. 86). Јавна својина је државна својина, својина аутономне покрајине и својина јединице локалне самоуправе. Међутим, Закон о јавној својини још увек није донет (постоји Нацрт и најава да ће бити донет до краја године), којим би били одређени њени субјекти, објекти и циљеви који се остварују овим обликом својине. Нацртом Закон се предвиђа да су објекти јавне својине природна богатства, ствари у општој употреби, као и друге ствари које одреди закон. Она служе остваривању јавног интереса и зато важе одређена ограничења у њиховој употреби и располагању. Добра у јавној својини не могу бити предмет принудног извршења, јавна својина не може престати одржањем и располагање добрима одређено је законом. Када буде донет закон, појам јавне својине ће стећи право грађанства, а појам општег интереса добити материјалну основу за његово остваривање.

²⁰ Заштита ових интереса остварује се правилима националног, али и међународног јавног права.

Али, интенција нашег рада није била на јавној својини као материјалној основи за непосредно остваривање општих интереса, већ на ограничавању приватне својине и индивидуалних интереса, који се њоме остварују, ради заштите општих интереса. Поларизација на појединачне или приватне и опште или јавне интересе, и то на штету општих, никада није била више изражена него данас. Томе, као што смо већ више пута казали, погодује прелазни економски и правни режим, примерен транзиционом положају нашег друштва, који може имати несагледиве последице по бугућност нашег друштва. Правна наука мора указати и на чињеницу да би потпуна регулатива приватне својине, доношењем модерног грађанског законика или потпуних парцијалних закона, међу којима би централно место припало закону о својини, била од велике користи. Непотпуност у регулисању ових односа омогућава да се приватна својина развија по идеолошком концепту, који нагиње појму приватне својине, одавно напуштеном у европским правима.

Истина, наши правници се могу позвати, у заштити приватне својине у нашем праву, на Европску конвенцију о заштити основних људских права и слобода, и нарочито њен Протокол 1. чл. 1. којим је установљена најпотпунија заштита приватне својине, коју је ратификовала.²¹ Она остаје последња нада да се приватна својина не претвори у својину од земље до неба, нарочито у условима када су се објекти поводом које се шири ова власт, нашли у рукама појединаца, који су до њих дошли под веома нерегуларним условима, користећи разне политичке и друге бенефиције.

²¹ „Свако физичко и правно лице има право да мирно ужива у својој имовини. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права“.

Prof. Radmila Kovačević- Kuštrimović, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PRIVATE PROPERTY AND THE PROTECTION OF PUBLIC INTERESTS

Summary

In the Republic of Serbia, the transition process has been characterized by the change in the proprietary system. The collective or societal property ownership, which used to be a dominant form of ownership, has been substituted by the system of private property, basically established upon the European private property model. However, the process of transformation of the societal property into private property has given rise to a number of issues related to the irregular conditions governing the acquisition of private property (such as warfare and radical social turbulences), ultimately resulting in huge discrepancies between those owners who have acquired their property in regular, fair and legal ways, and those others who have attained their property in irregular and illegal ways, usually at the detriment of numerous individuals who have been accumulating their material goods for decades.

Nothing has significantly changed in the statutory regulation of the concept of private property (the right of ownership). The legislator has repealed the limitations related to the objects that may be one's private property, as well as the limitations on the quantity or the maximum number of objects that may be privately owned. The notion of property ownership has been slightly modified, by introducing the terms "natural and legal persons" instead of the formerly used term "subjects", whereas the content has remained the same. The definition of the right of ownership of private property is almost identical with the definition which can be encountered in some European civil codes. However, from the outset of the transition process, the private property ownership right in our legislation has been governed by the ideological matrix which protects and guarantees the private property ownership as the fundamental right and freedom of an individual as well as the basis for the development of a democratic society and rule of law. This has actually determined the "status" of those owners who acquired their property in the process of the privatization of the societal property. An additional factor was certainly the lack of tradition in the development of private property as well as the major turns in its development in slightly more than a century and a half. For this reason, it is necessary to revise the concept of private property in the Serbian

legislation and regulate the issue of private property ownership by adopting a comprehensive legal act on private property and other real rights. The author emphasizes that this issue should be regulated in a modern way to guarantee both individual (private) and general (public) interests. Thus, the relation between the interest of an individual and the general interest has to be well-balanced in order to enable the subsistence and development of an individual as well as the society at large. The only hope for “practicing“ the European model of property ownership in our country seems to be lying in the provisions of Article 1 of the Protocol 1 accompanying the European Convention on Human Rights which envisages a most comprehensive protection of private property.

Key words: private property, individual interests, general interest, transition process

UDK: 347.238.2

Мирослав Лазих,

редовни професор Правног факултета у Нишу

СУСЕДСКА ПРАВА И ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА*

"Право је само могућност морала, а баиш зато и могућност неморала. Право може морал само омогућавати, а не изнуђивати, јер морални чин, по нужности појма, може бити само чин слободе; но, пошто право може морал само омогућавати, оно неизбежно мора омогућавати и неморал (1932)."

Г. Радбрух¹

***Апстракт.** Рад се бави анализом својине и потребом за њеним ограничењима у приватном и општем интересу. Анализира се однос суседско-правних ограничења и забране злоупотребе права. Суседска права постављају границе у садржини права својине, док забрана злоупотребе права додатно ограничава слободу у вршењу признате садржине права. Сврха рада је да се укаже на основне разлике између суседског права и забране злоупотребе права, али и сродност њихових функција.*

***Кључне речи:** Својина, суседска права, злоупотреба права*

I. Појам и ограничења права својине

Својина представља друштвено регулисани начин присвајања ствари који служи задовољењу одређених интереса човека. Она омогућава задовољавање најразличитијих човекових потреба, како примарних (биолошко-физиолошких), тако и изведених - "културних", као што су психолошке, духовне, естетске, конвенционалне, луксузне итд². Својина је основа живота, слободе, власти. Зато је, од свог настанка, представљала "камен спотицања" у међуљу-

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ G. Radbruch, Aphorismen zur Rechtsweisheit, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, саставио из његових дела А. Kaufman, 1963, превео Д. Н. Баста.

² Вид. А. Гамс, Својина, Београд, 1991, стр. 12.

дским односима и предмет најжешћих борби и ратова, али и објекат највеће човекове фактичке и правне заштите.

Још у римском праву настаје индивидуалистички појам својине као апсолутног и искључивог права власника. *Qui suo iure utitur, neminem laedit* (Sec. Paulus - D. 50, 17, 155). Ко користи своје право, никоме не штети. Као апсолутно субјективно право својина садржи највишу приватно-правну власт човека према човеку поводом ствари. Та власт је искључива према свим трећим лицима (дејство *erga omnes*) којима намеће обавезу уздржавања.

Индивидуалистички појам је прихваћен и у буржоаским кодификацијама³ које су својину третирали као природно и незастариво право човека⁴. Својина је власнику гарантовала "суверено" коришћење и располагање предметом својине, без обзира на евентуалну штету нанету трећим лицима коришћењем својинских овлашћења. Ипак, власникова слобода је морала бити ограничена истом таквом слободом другог власника. Ограничење својине, односно власника као себичног и индивидуалног бића вршено је у интересу власника као друштвеног, социјалног бића. "Наша правна овлашћења нису апстрактна него имају једну социјалну вредност, па зато морају и да се остварују социјално, саобразно циљу који је променљив са земљама, с временом и с правним односима у питању, али циљу... који чини суштину наших права..."⁵.

Утврдити границе својине значи предупредити сукобе власника и успоставити друштвену архију. Зато се, поред прецизног одређивања садржине својине, врше и њена ограничења, јавноправна и приватноправна.⁶ Својина све више губи индивидуалистички карактер⁷ и постаје социјална категорија која се сужава у општем, друштвеном интересу, а власнику се намећу ограничења, како непосредна законска - попут суседских права, тако и она која се

³ "Својина је право које допушта коришћење ствари на неограничен начин, под условом да се она не врши у циљеве противне закону и уредбама" (Чл. 544. С.С.); Слично, § 354 ABGB; § 903 BGB; §§ 211 и 216 СГЗ; Чл. 93 ОИЗ за Црну Гору.

⁴ Чл. 2 Француске Декларације права човека и грађанина из 1789. г., предвиђа: "Циљ сваког политичког удруживања је очување природних и незастаривих права човека. Ова права су слобода, својина, сигурност и отпор угњетавању".

⁵ М. Марковић, Злоупотреба права, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том III, стр. 1008; Опширније, М. Марковић, *La théorie de l'abus des droits en droit comparé*, Paris, 1936, pp. 128, sqq., 140., 151 sqq.

⁶ Вид. Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1987, стр. 80; О. Станковић - М. Орлић, Стварно право, Београд, 1989, стр. 97; Р. Ковачевић Куштримовић - М. Лазић, Стварно право, Ниш, 2008, стр. 73.

⁷ Својина је, чини се, одувек била "чедо свога времена" (в., Д. Стојановић, Право својине у ЕЕЗ, Правни живот, 11-12/1991, стр. 1176). И индивидуалистички појам је израз схватања одређеног времена и друштва, а не трајно стечена развојна вредност права својине. Правило: *Uti, non abuti* (Ulpianus - D.7,1,15,1), употребљавати а не злоупотребљавати је, малтене, одувек саставни део појма својине.

посредством закона ослањају на морал друштва - попут забране злоупотребе права⁸. Након Првог светског рата, преовлађује социјални карактер својине. "Својина обавезује. Њена употреба треба истовремено да служи општој користи" (чл. 153 ст. 3 Вајмарског устава из 1919. г.).

Суседско право је специфично законско ограничење својине у приватном интересу које настаје паралелно са својином, али које свој извор проширења често налази и у флагрантним и учесталим злоупотребама права. Злоупотреба права је првобитно настала у суседско-правним односима поводом својине на земљишту, да би се касније развила у посебну теорију и специфичан облик ограничења својине.

II. Појам и функција суседских права

Комшијски однос је комплексан животни однос који представља сплет различитих људских интереса и понашања. Многи од тих односа нису предмет правне регулативе, већ су уређени обичајима или обичајним правом или препуштени слободној вољи учесника. Тако мобе, славе, веридбе, свадбе, испраћаји у војску итд. представљају обичајне облике помагања и дружења комшија, сродника, пријатеља. Комшија је обично први и у добру и у злу, и да помогне и да одмогне, и да залије и да прелије. Зато је у регулисању многих комшијских односа „право“ морало да реагује и уреди их законом. Комшијски однос је постао или појмовни елемент одређених правних института (суседско право, право прече куповине суседовог пољопривредног земљишта, уређење међа...) или елемент чињеничног скупа (нпр. код сметања и одузимања државине, ретенције, накнаде штете итд.). Суседско право је правно регулисање само једног аспекта комшијских односа који произилазе из својинских односа.

Суседско право је овлашћење власника једне непокретности да се користи суседном непокретношћу или да захтева од власника суседне непокретности одређено чињење, или уздржавање од вршења одређеног својинског овлашћења. Представља законско ограничење својине уведено у обостраном интересу власника суседних⁹ (*praedia vicina*) непокретности ради очувања добросуседских односа, али и у општем интересу.

⁸ Још је у римском раву заступљено схватање да "не треба имати обзира према пакости" - *Malitis non est indulgendum* (Celsus - D. 6,1,38). "Заблуда је да је забрана злоупотребе права скорашњег порекла и да се индивидуализам и забрана злоупотребе права искључују". В., М. Константиновић, *Забрана злоупотребе права и социјализација права*, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1925, прештампан у *Аналима ПФ у Београду*, бр. 3-4/1982, стр. 269.

⁹ "Суседско право постоји на непокретностима чије је коришћење *узајамно зависно* зато што се непокретности граниче, односно што се, према месним обичајима, сматрају суседним". Опширније, М. Тороман, *Суседско право*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том III, стр. 234.

Прва суседска права настају истовремено са својином на непокретностима, попут међе. Међа (граница) је и појмовни елемент својине, јер нема својине на земљишту без одређености предмета својине. Интензивнији развој суседских права настаје у периодима интензивнијег ограничења својине, што је посебно наметнуто савременим, нарочито градским животом.

Суседскоправна ограничења су законска ограничења која повезују три циља: узајамност права и обавеза суседа, забрана ометања суседа и корелативност права и обавеза суседа. У правној теорији се, уобичајено, разврставају у три групе:¹⁰

1) Суседска права која забрањују ометање суседа у мирном и рационалном коришћењу своје непокретности (право на заштиту од поткопавања земљишта које би угрозило стабилност суседних зграда, заштита од промене природног тока воде и заштита од имисија);

2) Суседска права која карактерише узајамност права и обавеза суседа (међусобно коришћење заједничке ограде, међа, гранични засади итд.);

3) Суседска права која карактерише корелативност права и обавеза суседа. Слична су службеностима и односе се на право употребе суседног земљишта и право нужног пролаза.

III. Појам забране злоупотребе права

Теорија злоупотребе права уобличава се у XIX веку у француском праву, на основу одлука из судске праксе, као резултат сазревања схватања да се вршење садржине права својине мора кретати не само у границама постављеним објективним правом, пре свега законом, већ и у складу са циљем и духом права, односно моралом друштва.

"Забрана злоупотребе значи једну врло просту ствар. Одговара за накнаду штете сваки онај који је вршио своје право једино из пакости према оштећеном, у намери да му проузрокује штету, и, уопште, сваки онај који је употребљавао своје право без икакве зле намере, али на ненормалан начин, и услед тога, проузроковао другоме штету, онемогућивши му да на нормалан начин употреби своје право".¹¹

Злоупотреба права је истовремено и стање и процес. Стање недопуштености једног облика неморала у вршењу свога права и процес сталног развоја права у функцији спречавања аномалности у вршењу права. Забраном злоупотребе права врши се морализација права, посредством суда и правних стандарда који омогућавају да право прати динамику промена

¹⁰ Видети: М. Тороман, цит. дело, стр. 235; Д. Стојановић, цит. дело, стр. 121; О. Станковић - М. Орлић, цит. дело, 1989, стр. 296; Р. Ковачевић Куштримовић – М. Лазич, цит. дело, стр. 75.

¹¹ М. Константиновић, цит. дело, стр. 269.

друштвеног живота. Најтеже је одредити критеријум утврђивања постојања злоупотребе права, односно разграничења употребе од (зло)употребе права. Пошто је људска креативност, како позитивна, тако и негативна, неисцрпна, прве правне реакције на злонамерну употребу права и први правни критеријуми јављају се у судској пракси.

Судска пракса се, најпре, супротставља вршењу права, додуше законитом, али само са циљем да се другоме нанесе штете (шिकанозно вршење права¹²). То је тзв. ужа (субјективна) концепција злоупотребе. "Права су социјалне прерогативе намењене да остваре друштвени мир и правичну равнотежу интереса у сукобу, па стога не смеју бити стављена у службу злобе; акт учињен под ударом воље да се другоме нанесе штета не може уживати законску заштиту".¹³ Злоупотреба права је настала у процесу еволуције одговорности која је наметнула нужност признања да "нам права нису дата од јавних власти да их вршимо по својој вољи, насумце, већ да их вршимо у одређеном циљу; створена од друштва, она имају да испуне и један социјалан задатак, она имају одређену намену, одређен циљ од кога ми не можемо и не смемо да их одвојимо"¹⁴.

Са развојем теорије о злоупотреби права прихвата се тзв. "финалистички критеријум" (шира концепција), по којој злоупотреба постоји и код недостатка интереса у вршењу права; поремећају равнотеже интереса; анормалном вршењу права; скретању права са назначене функције (социјалне и економске намене), па и код невршења права на поштеђујући начин.

Теорија о злоупотреби права је општеприхваћена у савременом праву. То је последица чињенице да се "субјективна права не остварују у празном простору већ у социјалној средини; појединац је само једна од њених многобројних ћелија, па стога - кад врши своја субјективна права - он у исти мах остварује једну социјалну функцију"¹⁵.

Наше право усваја, поред уже (забрана шикане), и ширу (финалистичку) концепцију злоупотребе права (чл. 4 ЗОСПО). У упоредном праву, правни стандард "добри обичаји" представља уобичајену технику спречавања злоупотребе права.

IV. Разграничење суседског права и злоупотребе права

Суседско право је непосредно и конкретно законско ограничење својине, а злоупотреба права је посредно и опште законско ограничење начина

¹² Шиканом се назива то када право, без обзира на своје моралне или макар само утилитарне циљеве, жели да се оствари једино себе самог", Г. Радбрух, Филозофија права, Београд, 1980, стр. 135.

¹³ М. Марковић, Злоупотреба права..., стр. 1009

¹⁴ Л. Жосеран, Еволуција одговорности, Бранич, Београд, 7-8/1935, стр. 328.

¹⁵ М. Марковић, цит. дело, стр. 1005.

вршења својине. Институт злоупотребе права омогућава да право прати динамику друштвеног живота, тако што се његова конкретизација врши применом правних стандарда од стране суда, а према околностима случаја и месним обичајима.

Суседско-правном ограничењу својине претходи, често, одређена злоупотреба права. Нпр. отварање прозора на својој згради са погледом на суседову зграду представља допуштено вршење права својине које произилази из својинског овлашћења употребе ствари (*ius utendi*). Сходно томе, у нашој судској пракси се сматра да "сметање не постоји кад власник на својој огради и у свом ваздушном простору пробије прозор и тако добије видик у суседно двориште".¹⁶ Међутим, "отварање прозора према суседовом дворишту треба извршити на начин да најмање смета право својине суседа, а у супротном се може радити о злоупотреби права."¹⁷

Злоупотреба права на отварање прозора је условила ограничење овог права (сетом тзв. урбанистичких прописа) којима се одређују услови за отварање прозора. Ови прописи имају карактер суседскоправних ограничења којима је сужена могућност злоупотребе права на отварање прозора, али да ли је и потпуно искључена? Одговор се налази у некој будућој креацији понашања власника. "Тамо где је ступао на "сцену" закон са изричитим забранама одређеног понашања, злоупотреба права се, као понорница, губила, да би, неочекивано, избијала на другим подручјима"¹⁸. Злоупотреба права продире из права својине у друга, тзв. ограничена стварна права (службености, суседска права), из сфере приватног у сферу јавног права, и као морски бог Протеј (грч. Протејс) претвара се у све могуће облике и наставља да живи упркос праву и моралу.

Суседско право је законско ограничење садржине права својине које сужава својинска овлашћења власника и чије непоштовање представља недопуштен и противзаконит акт. Поводом повреде суседских права суд доноси пресуду декларативног карактера. Злоупотреба права својине је вршење својинских овлашћења на начин који је забрањен објективним правом, јер је абузиван с обзиром на циљ вршења, или с обзиром на начин вршења. Злоупотреба права није непосредно ограничење садржине својине, већ начина њеног вршења којим се намеће власнику додатна обавеза - обавеза уљудног (*civiliter*) вршења права. Произлази из потребе морализације и социјализације права, односно савесног и поштеног вршења права. "Забрана злоупотребе права има свој основ у општој потреби за што већим миром и сигурношћу у свакој друштвеној заједници. Она је колико правно толико и морално правило"¹⁹.

¹⁶ Збирка судских одлука, Београд, 1969, књ. 14, св. 2, бр. одл. 155.

¹⁷ Одл. ВС Војводине, Рев. 524/87, Судска пракса, Београд, 10/1988, бр. 55.

¹⁸ Вид. Р. Ковачевић Куштримовић, Домен примене забране злоупотребе права, зборник са саветовања "Злоупотреба права", Ниш, 1996, стр. 17.

¹⁹ М. Константиновић, цит. дело, стр. 273; Вид. и А. Лазаревић, О злоупотреби права и њеноме

У погледу карактера, и повреда суседских права и злоупотреба права представљају недопуштено понашање. Код повреде суседских права постоји изричито противзаконито понашање, а отклањање последица се врши повраћајем у пређашње стање и накнадом штете. Санкција у случају злоупотребе права је, најчешће, у накнади штете или отклањању извора опасности, а повраћај у пређашње стање се не може, најчешће, остварити²⁰. Ово с тога, што је вршење права са злоупотребом "заоденуто једним субјективним правом по чему се разликује од противправне радње"²¹

Наше позитивно право није регулисало суседске односе, осим у случају имисија. То понекад изазива недоумице у судској пракси, да ли одређено понашање представља незаконито или злонамерно вршење права, односно повреду суседског права или злоупотребу права. Јавља се изванредно број одлука у којима се "меша" злоупотреба права и вршење права на начин противан изричитим законским забранама, односно ограничењима садржине својине путем, најчешће, суседских права. У основи, и злоупотреба права представља законско ограничење садржине права, али не непосредно, већ посредством одлуке суда који процењује допуштеност циља или начина вршења права.

Суседско право је, уз свој самосталан и независтан развој, често инспирацију за даљи развој налазило у судским одлукама о злоупотреби права. Понашања која су се првобитно третирали као злоупотреба права, временом су изричито забрањивана и добијала карактер суседскоправних или других облика ограничења садржине права својине. Међутим, оног момента када одређено ограничење садржине својине буде законски конкретизовано, његово прекорачење се третира као противзаконито понашање, а не као злоупотреба права. Злоупотреба права је један општији појам који се, најчешће, регулише правним стандардима и омогућава суду да право прилагоди друштвеном животу у циљу остварења основних правних принципа - поштено живети, никога не вређати и свакоме дати оно што му припада (Ulpianus - D. 1,1,10,1). Наша судска пракса, понекад, непотребно користи појам злоупотребе права, отежавајући тиме тужиоцу доказивање постојања злоупотребе, а понекад је то неопходно због непостојања законских одредби о суседском праву.

појму, Архив за правне и друштвене науке, 1-2/1960.

²⁰ Вид., В. Strohsack, *Imisije - odnos stvarnopravne i obveznopravne zaštite*, *Zakornost*, Zagreb, 9-10/1990, стр. 1169;

²¹ М. Марковић, *Злоупотреба права...*, цит. дело, стр. 1012; Сл. Д. Стојановић, *Савесност и поштење у промету...*, цит. дело, на стр. 75 наводи: "случајеви који су споља формално покривени садржином права, тек у конкретном спору постају видљиви као акти злоупотребе права. О овој еластичности садржине појединих субјективних права суд мора да води рачуна, уколико не жели да форма превлада суштином права и да формализам у праву не тријумфује над правичношћу".

Злоупотреба суседских права је, најчешће, могућа код оних суседских права која титуларима пружају узајамна права и обавезе (нпр. право да се посеку гране и жиле које потичу са суседовог стабла и надвисују непокретност титулара овог права, или право да се употребљава суседова непокретност). То су, уз међу и ограду, најчешћи имовински разлози "зађевица" међу комшијама.

Познато је да су још у римском праву били одређени услови за коришћење права на сечење грана.²² Према решењу из немачког права, за сечу грана и жила се тражи да сметају суседу (§ 910 BGB ал. 2; чл. 687 ZGB). Слично решење је предвиђено и чл. 296. Нацрта законика о својини и другим стварним правима: "Власник непокретне ствари над коју се надвију стабло и гране, односно у коју продру жиле суседовог дрвета, може да захтева од суседа да их уклони у разумном року, **ако сметају**".²³ Овакво решење је правично.

Уместо закључка

Својина и друга субјективна права, поред граница непосредно одређених правним прописима који регулишу садржину својине и суседска права, све више бивају ограничена и посредно - смислом права и општим правним начелима као што су правни стандарди: "добри обичаји", "савесност и поштење", "јавни поредак" и др. Пораст становништва и модернизација живота одавно је "угасила" индивидуалистички појам својине, односно њено схватање као "тврђаве где је забрањено питати "како" и "зашто"²⁴, и као да се новим ограничавањима својине постепено остварује предвиђање овог аутора о "скором нестанку тобожњих апсолутних права".

Динамика развоја друштвеног живота све више потврђује немоћ права да буде свеобухватно, да предвиди и регулише све друштвене односе. Што су субјективна права "шира", свеобухватнија, то је "простор" за њихову злоупотребу већи и захтева прецизнију регулативу. Живот је, у погледу злоупотребе права, увек "корак" испред закона. Примена правних стандарда омогућава судији да, у сваком поједином случају, прилагоди право друштвеним потребама. Забрана злоупотребе права је једна "фина", "осетљива" техника "у рукама" судије којом се врши социјализација и морализација права.

²²"Гране са суседовог дрвећа, иако прелазе међу, не смеју се сећи, осим ако су ниже од 15 стопа, јер тада праве хлад на земљишту и сметају раст биљака", О. Станојевић, цит. дело, стр. 184.

²³ Према чл. 673 Француског грађанског законика, сусед може натерати власника да посече гране. Решење из нашег Нацрта је слично решењима из чл. 678 ст. 1 ZGB и § 910 BGB. Решење из француског права је правичније и прикладније за наше прилике, јер одговара обичајним правилима понашања.

²⁴ Р. Родирер (R. Rodière), Злоупотреба права, Анали ПФ у Београду, 1-2/1960, стр. 7.

Суседско-правна ограничења својине су „превенција“ злоупотребе права. Међутим, пошто сваки правни појам, ма колико регулисан, остаје и делимично неодређен (*open texture*), а границе субјективних права је немогуће поставити без изазивања недоумица о њиховој садржини и могућности различитих злоупотреба применом права, злоупотреба је стални, пратећи институт савременог права. И док су суседскоправна ограничења израз "морала дужности" преточеног у непосредну законску забрану, забрана злоупотребе права изражава поред морала дужности, и "морал хтења", потврђујући неодрживост позитивистичке тезе о непостојању везе између права и морала. Забрана злоупотребе права је израз победе друштвеног над индивидуалним, односно победе, у човеку, социјалног над себичним (егоистичким), културног над некултурним, али истовремено и заштита индивидуалног од друштвеног, приватног од јавног и другог приватног. Забрана злоупотребе права је стални процес у коме се, увек изнова, потврђује оно друштвено и културно у човеку које, у општем интересу, захтева уљудност у вршењу свога права.

Према томе, дилема (зло)употреба права је питање процене и, уједно, испит квалитета правосуђа. Судија мора у сваком конкретном случају, зависно од ситуације и месних обичаја, процењивати исправност начина вршења признате садржине права, имајући у виду "циљ" права у одређеном (свом) времену и друштву.

Забрана злоупотребе права обезбеђује равнотежу између садржине права и начина њеног вршења, а у циљу помирења супротстављених интереса власника суседних непокретности. Уздржавање власника од злоупотребе приватног права је утемељено на равнотежи интереса приватних власника; на страху од реципроцитета; на "ауторитету" изреке: "не чини другоме оно што не би волео да он теби учини". Сматрамо да се приватном својином, односно приватизацијом објективно сужава "база" за злоупотребу права, а развојем правне културе сужава субјективна претпоставка злоупотребе - аморалност, себичност у вршењу "свога" права.

Суседско право је узајамно ограничење права својине које развија добросуседске односе и омогућава боље економско искоришћавање суседних непокретности. У обостраном је интересу суседа, чије својинске односе право регулише са различитих аспеката: одређивањем садржине својине; суседско-правним ограничењима својине; забраном злоупотребе субјективних права. Неопходност забране злоупотребе права произилази из чињенице да позитивно право не може у потпуности да предвиди и регулише начин понашања човека у имовинским односима, и да ниједан правни појам није свеобухватан, потпуно одређен и од злоупотреба имун. Зато је, у регулисању забране злоупотребе права, једна од најважнијих компоненти свест и култура човека, што је посебно видљиво у суседским односима.

Право, иако може много допринети хармонији комшијских односа, не може их, самостално, потпуно ефикасно уредити. Суседски односи се, у недостатку позитивних прописа, регулишу и обичајима и обичајним правом. Штавише, у комшијским односима, најефикасније је дејство примене правила понашања да "не треба другоме чинити оно што не би волели да други нама учини". Овај принцип представља израз моралног дуга човека према себи којим се, истовремено, одређује начин понашања према другима. Он се може модификовати, али тиме и сузити, у правни принцип: Немојте да чините суседу оно што вам закон забрањује. Међутим, тек када примена првог принципа изостане, други дејствује као минимум толеранције који треба да постоји у комшијским односима и који је правно санкционисан.

Први принцип изграђује хармоничне комшијске односе који врло често прерастају у пријатељске. Други принцип претвара комшијски однос у правни однос, санкционише га и испуњава елементом принуде. Само примена првог принципа спасава од великог зла - рђавог комшије. У сваком случају, потребно је њихово обострано постојање и деловање.

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

NEIGHBOURING RIGHTS AND THE ABUSE OF RIGHTS

Summary

Neighbouring rights are the rights of the property owners to mutually imposes restrictions or limitations on another's property rights, clearly define their mutual neighbouring relations and thus make provisions for their good neighborly relations. The most efficient rule of conduct that should be applied in neighboring relations is contained in the saying "Don't treat your neighbour the way you wouldn't like to be treated yourself". This principle is additionally reaffirmed in the legal provision explicitly prohibiting the abuse of rights. In this article the author analyses the relationship between the limitations of property rights and the prohibition of the abuse of rights. Neighboring rights set limitations upon the contents of/ substantive property rights whereas the prohibition of the abuse of rights additionally limits the freedom of exercising the recognized property rights.

The prohibition of the abuse of rights enables the judge to assess and evaluate (in each specific case) whether the content of the recognize property right has been exercised in an appropriate way, taking into account the ultimate "aim" of the recognized subjective right at a particular time and in particular society. However, while the neighbouring law limitations are a reflection of the "*morality of duty*" (an enforced obligation) which is articulated through a direct statutory proscription, the prohibition of the abuse of rights is an expression of the "*morality of volition*" (an act of will). The legal provision prohibiting the abuse of rights actually reflects the victory of the general public interest over the private or individual interest.

The principle of mutual observance of the neighbouring rights turns the neighbours' relationship into to a legal relation, where the neighbours may be sanctioned in case of non-compliance with the provided legal rules and their mutual relations may be burdened by an element of pressure or force. However, good neighbourly relations are primarily based on the proper exercise of the recognized property rights, within the prescribed limitations and without the abuse of rights. Only this kind of conduct may set aside the proverbial saying that "A bad neighbour is a great evil". Anyway, good neighborly relations entail the presence, mutual observance and application of neighboring property rights.

Key words: property, neighbouring rights, abuse of rights

UDK: 347.65/.68

Проф. др Наташа Стојановић

Правни факултет Универзитета у Нишу

**КАКО СЕ ОСТВАРУЈЕ И ШТИТИ ПРАВО НА НУЖНИ ДЕО,
ПОВРЕЂЕНО ПРЕКОМЕРНИМ ЗАВЕШТАЈНИМ
РАСПОЛАГАЊИМА И УЧИЊЕНИМ ПОКЛОНИМА? ***

***Апстракт:** Остарилац може својим бесплатним правним располагањима *inter vivos* или *moritis causa* повредити право на нужни део неког од нужних наследника. Такви правни послови, иако су у супротности са императивним одредбама важећих наследноправних прописа нису ништави, већ само рушљиви, чиме се омогућава нужном наследнику, да, њиховим побијањем, заштити свој наследноправни положај, или одржи у важности оставиочева бестеретна располагања. Дакле, нужном наследнику, заједно са правом на нужни део припада, као акцесорно и овлашћење да захтева исплату одговарајућег новчаног износа, ако је повређено право на нужни део облигационог карактера, или, пак, смањење завештајних располагања и(ли) враћање поклона, уколико је повређено право на нужни део наследноправне природе. Онако како је уређен овај механизам заштите интереса нужних наследника, оставља простор за нека питања: Како он функционише, и у којој мери је у служби заштите интереса нужних наследника? Може ли завешталац да одреди другачији редослед, приликом намирења повређеног нужног дела? Хоће ли поклонопримац бити дужан да нужном наследнику намири нужни део, иако је поклоњено добро у међувремену отуђио? У раду аутор чини покушај да одговором на ова, али и нека друга питања, "попуни" празнине законског текста.*

***Кључне речи:** повреда нужног дела, завештајна располагања, поклони*

Уводне напомене

Право на нужни део јесте овлашћење једног законског наследника, кога закон посебно узима у заштиту, да независно од воље оставиоца, па чак и противно његовој вољи, наследи један део његове заоставштине.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Остарилац може нужног наследника на више начина спречити да добије свој нужни део: искључењем или лишењем права на нужни део, добротиним давањима у корист других законских наследника, прекомерним завештајним располагањима и поклонима, учињеним, како у корист законских наследника, тако и у корист трећих лица, итд.

Да би заштитио своју правну позицију, нужни наследник је овлашћен, да зависно од околности конкретног случаја: истакне приговор неоснованог искључења или лишења нужног дела; побија завештање, као ништав или рушљив правни посао; захтева урачунавање бесплатних располагања оставиоца у законски или нужни део; тражи модификацију завештајних располагања; истакне неки од тзв. дисквалификационих приговора, којим спречава друге наследнике или сингуларне сукцесоре *mortis causa* да стичу по наследно-правном основу; захтева исплату одговарајућег новчаног износа, уколико је право на нужни део, као облигационо овлашћење, повређено прекомерним завештајним располагањима и(ли) учињеним поклонима; тражи смањење завештајних располагања и(ли) враћање поклона, ако је право на нужни део, као наследно право, повређено изјавом последње воље оставиоца или добротиним давањима *inter vivos*.

1. Када је повређено права на нужни део?

Српски законодавац, у Закону о наслеђивању,¹ прописује да таква могућност постоји када је укупна вредност завештајних располагања и поклона,² учињених нужном наследнику, или лицу уместо кога овај наслеђује, мања од вредности нужног дела.³

Овако конструисано законско решење не покрива све реално могуће случајеве повреде нужног дела, будући да нужном наследнику не мора бити ништа остављено добротиним правним пословима, за живота или за случај смрти. Отуда следи, да право на нужни део може бити повређено у потпуности или делимично.

Право на нужни део може бити повређено само завештајним располагањима или искључиво учињеним поклонима или, пак, комбиновано, завештањем или добротиним правним послом *inter vivos*.

2. Лица која могу захтевати заштиту повређеног права на нужни део

Осим нужног наследника, коме је повређено право на нужни део прекомерним добротиним давањима оставиоца, и друга лица могу захтевати

¹ "Службени гласник РС", бр. 46/1995, 101/2003. У наставку рада, за овај законски текст, биће употребљавана и скраћеница ЗНС.

² Закон о наслеђивању Србије, у чл. 50, даје ближе појашњење термина "поклон".

³ Видети чл. 42 ЗНС.

остваривање и заштиту права на нужни део. У домаћем праву та привилегија се односи само на наследнике потомка или усвојеника, који није захтевао намирење свог наследног права.⁴ Остаје, међутим, дилема да ли на наследнике било ког нужног наследника, који је пре своје смрти затражио нужни део, прелази ово овлашћење. Домаћа судска пракса изјашњава се против овакве могућности, са тврдњом да је то лично право нужног наследника, који је тражио намирење свог нужног дела.⁵ Сматрамо да је овакав став судова неприхватљив. Право на нужни део је једно имовинско овлашћење, па је стога, уколико су испуњени сви законом предвиђени услови за његово стицање, подобно да буде објекат наследноправне сукцесије. Право да се захтева намирење нужног дела, као акцесорно право, које у стопу прати право на нужни део, је по својој правној природи преображајно право, и оно је, као такво, наследиво.⁶

3. О правној природи права на нужни део

У зависности од тога да ли је повређено право на нужни део, као облигационо или наследно овлашћење, постоје различити механизми остваривања и заштите овог права, повређеног добротним давањима оставиоца за живота или за случај смрти. Због тога ћемо укратко изложити основне карактеристике једног и другог овлашћења.

Важећи наследноправни прописи, за разлику од Закона о наслеђивању из 1974. године,⁷ мењају правну природу права на нужни део, одређујући да је оно сада, у начелу, облигационоправне природе.⁸ Ово правило може бити кориговано, како вољом самог завештаоца, израженом у завештању, тако и одлуком суда, на захтев нужног наследника.⁹

Право на нужни део облигационог карактера подразумева да је нужни наследник поверилац посебне врсте, коме, на име нужног дела, припада одређени новчани износ. Он, својим присуством, не компликује управљање и

⁴ Видети чл. 60, ст. 2 ЗНС. О позитивним и негативним странама овог решења видети опширније код: Н. Стојановић – Н. Крстић, Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у праву Републике Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*, Зборник радова "Актуелна питања грађанске кодификације", Ниш, 2008, стр. 227–228.

⁵ Видети, на пример: одлуку Врховног суда Југославије, Рев-1387/65 и одлуку Врховног суда Србије, Рев. 465/86. Наведено према: С. Вуковић, Коментар Закона о наслеђивању и Закона о ванпарничном поступку (део о оставинском поступку) са судском праксом, регистром појмова и обрасцима, Београд, 2003, стр. 96–97.

⁶ У том правцу, рецимо, изјашњава се хрватски законодавац. Видети: чл. 83, ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске ("*Narodne novine*", бр. 48/2003, 163/2003).

⁷ "Сл. гласник СРС", бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982, 487/1988.

⁸ Упоредити: чл. 27 раније важећег Закона о наслеђивању и чл. 43, ст. 1 Закона о наслеђивању Републике Србије, који је сада у примени.

⁹ Видети: чл. 43, ст. 2 и 3 ЗНС.

располагање наследством, и не учествује у деоби наследства. Природна консеквенца оваквог овлашћења јесте и поштовање оставиоачеве изјаве последње воље, изражене у завештању.¹⁰

Право на нужни део наследноправне природе омогућава нужном наследнику да стекне реални део заоставштине, као и било који универзални сукцесор *mortis causa*. То повлачи за собом, с једне стране, уважавање економских интереса супружника и оних сродника оставиоца који су живели са њим, будући да до реализације нужног дела у извршном поступку, његова вредност може бити у значајној мери смањена, због присуства релативно високе инфлације на нашим просторима, уколико камата нема ревалоризациони карактер.¹¹ С друге стране, пак, право на нужни део наследноправног карактера уноси промене у већ заснована правна стања, јер намирење овако признатог нужног дела подразумева смањење завештајних располагања и враћање поклона, што опет, може имати за последицу појаву читавог низа проблема практичне природе (поготово у погледу начина редукције завештајних располагања или враћања поклона, утврђивања (не) савесности завештајних наследника, испорукопримаца и поклонопримаца, од чега даље зависи обим враћања добротинних давања, судбина плодова, итд).

Без обзира на ове, евидентно присутне разлике у правној концепцији права на нужни део, као наследноправног и облигационоправног овлашћења, сличности између ова два модалитета права на нужни део су очигледне. Независно од правне природе права на нужни део, нужни наследник мора да испуни исте услове за стицање својства нужног наследника. Право на нужни део, опет, без обзира на његову правну природу, нужни наследник стиче у време отварања наслеђа. На величину нужног дела такође нема никаквог утицаја правна природа права на нужни део. Осим тога, истоветан је начин утврђивања обрачунске вредности заоставштине,¹² у циљу провере да ли је право на нужни део повређено. Исти је круг субјеката који морају да трпе последице повреде права на нужни део и његовог намирења. Право захтевати реализацију нужног дела, у случају повреде, застарева у истим роковима, независно од тога да ли је право на нужни део облигационог или наследноправног карактера. Нужни наследник, према слову закону, не одговара, ни у једној ни у другој концепцији, за дугове оставиоца до вредности нужног

¹⁰ О предностима правне природе права на нужни део као облигационог права, детаљније видети код: О. Антић – З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 231–232; И. Бабић, Правна природа права на нужни део – *Glosa* поводом решења Закона о наслеђивању, Зборник радова "Новине Закона о наслеђивању Србије", Крагујевац, 1998, стр. 45–47; Р. Рачић, Правна природа права на нужни део, Зборник радова "Новине Закона о наслеђивању Србије из 1995. године", Крагујевац, 1998, стр. 107–114.

¹¹ Опширније о томе видети код: И. Бабић, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 2005, стр. 101–102.

¹² Детаљније о овој рачунској категорији видети у продужетку рада.

дела.¹³ Нужном наследнику, без обзира на правну природу његовог овлашћења, припада право да изабере већи део заоставштине оптерећен условима, роковима, налозима или испорукама, или чист нужни део.¹⁴

Како је већ речено, српски законодавац максимално респектује вољу завештаоца у погледу правне природе права на нужни део. Завешталац је, дакле, овлашћен да нужном наследнику, на име нужног дела, остави завештањем одређени део наследства или испоруку било које врсте. Воља завештаоца је одлучујућа и у случају да нужном наследнику нужни део није остављен у пуном обиму, што може имати за последицу комбиновано решење: нужни наследник може бити носилац права на нужни део, као наследноправног овлашћења, али и носилац права на нужни део, као облигационоправног овлашћења. У случају да није јасно изражена намера завештаоца у том погледу, судска пракса прихватила је решење да нужном наследнику припада допуна нужног дела у истом облику.¹⁵

Право на промену правне природе права на нужни део Закон о наслеђивању признаје и нужном наследнику, под условом да он то тражи од надлежног суда. Став је теорије да, у оцени оправданости захтева нужног наследника за промену правног карактера свог овлашћења, нарочито треба поћи од: врсте добара која су завештана или покљоњена (у смислу да ли се могу реално поделити или не), дужине трајања заједнице живота између оставиоца и нужног наследника, личних и имовинских прилика нужног наследника.¹⁶

У важећим прописима о наслеђивању нема одговора на питање у ком року је могуће да нужни наследник захтева преображај свог права на нужни део. У правној литератури среће се мишљење да ту треба да важе исти рокови, као и када нужни наследник тражи намирење нужног дела, у случају повреде свог овлашћења.¹⁷

По правилу, нужни наследник може захтевати преображај облигационоправне природе права на нужни део у наследноправну природу права на нужни део у току оставинског поступка. У случају постојања спора о чињеницама од којих зависи преиначење једног овлашћења у друго, долази до прекида оставинског поступка и упућивања нужног наследника да као тужилац докаже у парници оправданост свог захтева.

Нужни наследник нема право да тражи промену правне природе свог права, уколико је завешталац у завештању испољио јасну намеру о намирењу нужног дела у одређеном облику.¹⁸

¹³ Видети: чл. 41, ст. 2 ЗНС.

¹⁴ Видети: чл. 47, ст. 2 ЗНС.

¹⁵ Видети, нпр.: одлуку Врховног суда Војводине, Гж. 634/55. Наведено према: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 233.

¹⁶ Видети: О. Антић – З. Балиновац, *ibidem*, стр. 235–236; С. Сворцан, Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом, Крагујевац, 2004, стр. 126.

¹⁷ О. Антић – З. Балиновац, *ibidem*.

¹⁸ О. Антић – З. Балиновац, *ibidem*.

Дискутабилно је, међутим, будући да се српски законодавац не изјашњава о томе, да ли завештајни наследници имају право, уколико нужни наследник тражи намирење свог нужног дела у новчаном облику, да захтевају преображај облигационоправног карактера његовог овлашћења у наследно-правни. У теорији има мишљења да би и овакву опцију ваљало прихватити у интересу заштите завештајних наследника.¹⁹

4. Повреда права на нужни део као облигационоправног овлашћења

Када је повређено право право на нужни део облигационог карактера новчану противвредност, по правилу, дугују солидарно сви завештајни наследници и испорукопримци, сразмерно вредности стеченој по наследно-правном основу.²⁰

Када је реч о кругу дужника намирења нужног дела, ту се имају у виду, у начелу, сви завештајни наследници и непосредни (директни) испорукопримци. Међутим, њих закон овлашћује да истицањем захтева за смањење испорука, односно подиспорука и његовим усвајањем од стране суда, заправо, расподеле терет намирења нужног дела на посредног (индиректног) испорукопримца односно подиспорукопримца.²¹

Одговорност за намирење нужног дела, онако како је уређена наследноправним прописима, различито се интерпретира у стручној литератури, што ће, верујемо, додатно допринети различитом поступању судова у идентичним процесним ситуацијама.²² Поједини правни писци, с правом примећују да ако је законодавац желео заиста да заштити интересе нужних наследника, требало је да у потпуности примени правило о солидарној одговорности, која подразумева да сваки од више дужника одговара повериоцу за испуњење целе обавезе, без ограничења, а да се поверилац може обратити за намирење свог потраживања било ком дужнику, сходно садржини чл. 414, ст. 1 Закона о облигационим односима.^{23, 24}

У будућој редакцији текста Закона о наслеђивању српски законодавац требало би још једном да преиспита смисао и домашај овог решења, које како

¹⁹ С. Сворцан, Коментар, стр. 126.

²⁰ Видети: чл. 44, ст. 1 ЗНС.

²¹ У том правцу и О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 239

²² Видети, *нпр.*: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 238; И. Бабић, Коментар стр. 104–105.

²³ "Службени лист СФРЈ", бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; "Службени лист СРЈ", бр. 31/1993; "Службени лист СЦГ", бр. 1/2003. У наставку рада, за овај законски текст, биће употребљавана и скраћеница ЗОО.

²⁴ Видети: Р. Рачић, *op. cit.*, стр. 110–111; Г. Тишић, Маргиналије о природи права на нужни део по новом Закону о наслеђивању Србије из 1995. године, Зборник радова "Новине Закона о наслеђивању Србије из 1995. године", Крагујевац, 1998, стр. 170–171.

смо видели може бити "добра" подлога за неједнак третман странака у судским поступцима.

Правило о кругу субјеката-дужника у намирењу нужног дела може вољом завештаоца бити кориговано привилеговањем појединих завештајних наследника или испорукопримаца.

Када је оно што је остављено завештањем недовољно за намирење нужног дела нужних наследника, преостатак дугују поклонопримци, по утврђеном редоследу.²⁵ Наиме, исплату нужног дела дугују поклонопримци, обрнутим редом како су поклони чињени. Дакле, прво ће дуговати поклонопримац који је примио поклон за случај смрти, будући да он производи дејство тренутком отварања наслеђа, и тако редом, ако је потребно све до поклонопримца који је добио поклон пре свих поклонопримаца. Овакво решење оправдава се чињеницом да је касније учињеним поклонима оставилац могао повредити нужни део, а да се раније дарованим поклонима кретао у границама дела заоставштине, којим може располагати.²⁶ Ако је у исто време оставилац даровао више поклонопримаца, сви они дугују исплату новчане противвредности нужног дела, сразмерно вредности нужног дела.²⁷

Оно што овде може бити за судове, у њиховом деловању, камен спотицања јесте одредба Закона о наслеђивању, која се односи на то који све поклони улазе у обрачунску вредност заоставштине. Наиме, чл. 48, ст. 3 каже да у ову рачунску категорију улазе и поклони, који су учињени неком од законских наследника, независно од тога ком наследном реду припадају, и да ли могу и хоће да наследе.

Ова законска формулација може бити протумачена од судова шире, да су у питању поклони, који су учињени свим законским наследницима, без обзира на то да ли су позвани на наслеђе или не, и уже, да је реч о поклонима који су даровани законским наследницима који *in concreto* наслеђују.

На први поглед јасно је, да једна или друга интерпретација слова закона може имати за последицу различит круг субјеката, који су "на удару" за намирење нужног дела нужног наследника, што, опет може имати и те каквог утицаја на правни волумен обрачунске вредности заоставштине, па самим тим и на вредност појединих нужних делова. Управо због тога, српски законодавац мора јасно да прецизира о којим поклонима је овде реч.

Ако је право на нужни део, као облигационоправно овлашћење, повређено како завештајним располагањима, тако и учињеним поклонима, ту се онда примењује принцип следореда, који подразумева да прво за намирење одговарају завештајни наследници и непосредни испорукопримци, затим

²⁵ Видети: чл. 44, ст. ЗНС.

²⁶ Видети: А. Smole, *Pravo nuјnih dedičev*, *Pravnik*, бр. 3–4/1958, стр. 107; Б. Благојевић, *Нужни део*, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, том II, Београд, 1978, стр. 490.

²⁷ Аналогно садржини чл. 56, ст. 2 ЗНС.

привилеговани завештајни наследници и испорукопримци, и на крају поклонопримци.²⁸

5. Повреда права на нужни део као наследноправног овлашћења

У случају повреде права на нужни део, као наследноправног овлашћења, Закон о наслеђивању Републике Србије предвиђа унеколико другачија решења у погледу његовог намирења.

Првенствено, врши се смањење свих завештајних располагања, независно од њихове природе, обима и без обзира на то да ли се налазе у једном или више завештања. Сва завештајна располагања редукују се сразмерно својој вредности, осим ако завешталац није нека од завештајних располагања посебно привилеговао,²⁹ на начин да их је изузео из процеса редукције, све док има осталих завештајних располагања, која могу намирити нужни део, или, пак, да је предвидео различит обим смањења појединих завештајних располагања.

Као и у случају повреде права на нужни део као облигационоправног овлашћења, загарантована је могућност завештајним наследницима и непосредним испорукопримцима да траже смањење посредних испорука и подиспорука, због умањења наследног дела, односно испорука, ради допуне нужног дела.³⁰

Уколико оставилац није распоредио своју заоставштину завештањем или је недовољна вредност завештајних располагања за намирење нужног дела, врши се реституција поклона. Поклони се враћају обрнутим редом како су учињени. Дакле, први који морају да трпе намирење нужног дела су поклонопримци којима је поклон најкасније учињен и све тако редом до поклонопримца коме је поклон дарован најраније. Више истовремено учињених поклона враћају се сразмерно својој вредности.³¹ Као и код редукције завештајних располагања, и код враћања поклона нужни наследник мора се стриктно придржавати законом утврђеног редоследа. Супротно понашање, које би било манифестовано у форми захтева нужног наследника за смањење само појединих завештајних располагања, или захтева за враћање поклона, иако се није претходно тражила редукција завештајних располагања, или, пак, захтева за реституцију старијих поклона, иако постоје поклони ближи, по времену даривања, тренутку отварања наслеђа, не би имао за последицу очекивани правни ефекат, будући да му на путу стоји приговор овлашћеног лица да није поштовано слово закона, у погледу редоследа операција, путем којих се измирује нужни део.³²

²⁸ Видети: чл. 44, ст. 2 ЗНС.

²⁹ Видети: чл. 54 ЗНС.

³⁰ Видети: чл. 55 ЗНС.

³¹ Видети: чл. 56, ст. 2 ЗНС.

³² Нужни наследник могао би тражити реституцију раније учињеног поклона само у два

Ова правила налазе аналогну примену и у ситуацији да су у једном лицу сједињени завештајни наследник и поклонопримац.³³

У погледу поклоњене ствари поклонопримац се сматра савесним држаоцем све док не сазна за захтев за враћање поклона.³⁴ Само сазнање поклонопримца да је поклоном, који је он добио од оставиоца повређено право на нужни део одређеног нужног наследника, не чини га непоштеним држаоцем.³⁵ Поклонопримац, по правилу, сазнаје за враћање поклона у оставинском поступку, под претпоставком да је поклон учињен неком од законских или завештајних наследника. Ако није таква ситуација, поклонопримац сазнаје за захтев за реституцију поклона тренутком достављања тужбе њему, као туженом. У правној литератури углавном је прихваћено мишљење, иако се српски законодавац не изјашњава у том правцу, да нужни наследник може доказивати да је и пре тог тренутка поклонопримац постао несавестан, уколико је знао да је поклонодавац даровао поклон са намером да изигра право на нужни део.³⁶

Правни положај савесног и несавесног држаоца ствари ближе је уређен Законом о основама својинскоправних односа.³⁷

Савестан поклонопримац дужан је да нужном наследнику преда поклоњено добро у онаквом стању, у каквом се оно налазило у време сазнања за захтев за враћање поклона.³⁸ Савестан држалац није одговоран за пропаст и погоршање ствари, нити је дужан да плати накнаду за коришћење ствари до тренутка сазнања за захтев за враћање поклона. Он треба само да власнику врати плодове које није убрао.³⁹ Насупрот томе, несавестан држалац одговара за штету насталу пропашћу ствари и погоршањем ствари, осим ако не буде доказао да би штета настала и да се ствар налазила код власника. Несавестан држалац ствари дужан је власнику предати све плодове ствари, као и накнадити вредност плодова који су потрошени, отуђени, уништени и које је пропустио да убере.⁴⁰

случаја: када је касније учињени поклон, по вредности недовољан за намирење нужног дела и када се захтев за враћање одређеног поклона није могао са успехом реализовати (нпр. поклоњено добро је уништено, или је поклонпримац инсолвентан).

³³ Тако и: N. Gavella – V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 234, нап. бр. 53.

³⁴ Видети: чл. 57 ЗНС.

³⁵ Тако: A. Smole, *op. cit.*, стр. 107.

³⁶ Видети: Б. Благојевић, *op. cit.*, стр. стр. 490; О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 267; И. Бабић, *Коментар*, стр. 122.

³⁷ "Службени лист СФРЈ", бр. 6/1980, 36/1990; "Службени лист СРЈ", бр. 29/1996; "Службени гласник РС", бр. 115/2005 – други закон). У продужетку рада, за овај Закон, биће коришћена скраћеница ЗОСПО.

³⁸ Видети: М. Крећ – Ђ. Павић, *Komentar Zakona o nasljeđivanju sa sudskom praksom*, Zagreb, 1964, стр. 121; В. Bazala, *Nužno nasljedstvo*, Naša zakonitost, бр. 3–4/1957, стр. 154.

³⁹ Видети: чл. 38, ст. 1 и 2 ЗОСПО.

⁴⁰ Видети: чл. 39, ст. 1, 2 и 3 ЗОСПО.

Савестан поклонопримац, који је вратио поклон нужном наследнику има право да од њега захтева надокнаду нужних трошкова и корисних трошкова, у оном износу, који је повећао вредност поклоњеног добра. И на једне и на друге трошкове савестан поклонопримац има право само ако нису обухваћени користима, које је даровано добро дало. Савестан поклонопримац има право и на надокнаду тзв. трошкова луксуза, ако је вредност ствари повећана, или, пак, да захтева, ако је то икако могуће без оштећења, одвајање од поклоњеног добра свега што је уграђено, ради задовољства или улепшавања.⁴¹

Несавестном поклонопримцу, пак, припада право да захтева надокнаду нужних трошкова и корисних трошкова, само ако су ти издаци били лично корисни за нужног наследника. Несавестан поклонопримац нема право на надокнаду оних издатака који су утрошени ради задовољства или улепшавања поклоњеног добра, али има право на *ius tollendi*.⁴²

Како се враћа поклоњено добро? По природном току ствари, уколико је у питању дељива ствар, део потребан за намирeње нужног наследника враћа се у заоставштину. Када су поклоњене ствари одређене по роду, враћа се иста количина, истог квалитета тих ствари. Ако је у питању недељива ствар, поклонопримац и нужни наследник могу постати сувласници на тој ствари, али је и могуће другачије решење: да поклонопримац исплати нужном наследнику део ствари којом је повређен нужни део или обрнуто, да нужни наследник поклонопримцу исплати део који премаша вредност нужног дела у поклоњеном добру.⁴³

Шта ако је поклонопримац отуђио поклоњено добро? У Закону о наслеђивању Републике Србије нема одговора на постављено питање. Ако се аналогно примени решење, садржано у Закону о основама својинскоправних односа, о правном положају савесног држаоца у случају уништења или потрошње ствари, испада да поклонопримац није дужан да накнади вредност отуђеног поклона. У теорији о томе има подељених мишљења. Једна група теоретичара сматра, да би у циљу заштите нужног наследника у таквој ситуацији њему припала, по принципу, реалне суброгације, ствар која је прибављена уместо поклоњеног добра.⁴⁴ По другима, пак, савестан поклонопримац није дужан да надокнади противвредност поклоњеног добра, којим је располагао.⁴⁵ Ако је сврха одредаба, посвећених нужном делу, заштита интереса нужних наследника, чини се да не сме бити ни мало дилеме у погледу

⁴¹ Видети: чл. 38, ст. 3–6 ЗОСПО.

⁴² Видети: чл. 39, ст. 4–6 ЗОСПО.

⁴³ О томе опширније видети код: М. Крећ – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 122; О. Антић – З. Балиновац, *ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Видети: Ѓ. Рајаџић, *Stvarno pravo*, I dio, Zagreb, 1956, стр. 15.

одговорности поклонопримца, који је отуђио поклон, за намирење нужног дела, чак иако је био савестан.

Да ли је завешталац овлашћен да одреди другачији распоред намирења нужног наследника, стављајући у прави план поклонопримца у односу на завештајне наследнике и испорукопримце, или налажући намирење нужног дела поклонопримцу, коме је прво учињен поклон, па све тако редом до поклонопримца који је последњи дарован? Иако у правној литератури о томе постоји схватање да је воља завештаоца одлучујућа не само у погледу намирења нужног дела из завештајних располагања, већ и учињених поклона,⁴⁶ за то нема покрића у законском тексту. Српски законодавац не овлашћује завештаоца, као код завештајних располагања, да мења редослед у намирењу нужног наследника када је реч о поклонима, нити на релацији поклони и завештајна располагања. Другачије гледање на ствар водило би непоштовању императивног карактера одредаба којима се уређује питање редоследа враћања поклона, у случају повреде нужног дела, на шта рачунају поклонопримци, као и непоштовању правила уговорног права *Pacta sunt servanda*, осим оних ограничења која директно извиру из закона, што би, у крајњој линији, имало за последицу правну несигурност.⁴⁷

6. Заједничка правила, која важе независно од тога да ли је повређено право на нужни део као облигационо или наследно овлашћење

Сваком нужном наследнику, који наслеђује у конкретном случају, припада нужни део, који се може вредносно изразити. То је она вредност која се добија када се обрачунска вредност заоставштине подели са квотом његовог нужног дела.

Да би се утврдило да ли је и за колико повређен нужни део нужног наследника, без обзира на његову правну природу, мора се израчунати обрачунска вредност заоставштине. Ова рачунска категорија обухвата вредност свих оставиочевих добара, умањених за вредност његових дугова и дугова отвореног наслеђа, којој су, потом додати одређени поклони. Узимају се у обзир, како поклони учињени законским наследницима, било када, тако и трећим лицима у последњој години живота.

Ако је нужни наследник завештањем или поклоном добио више од вредности нужног дела, тај вишак одлази у расположиви део заоставштине, из кога могу бити намирени други нужни наследници.

⁴⁶ С. Сворцан, Коментар, стр. 129.

⁴⁷ Детаљније о томе видети код: М. Крећ – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 115; Б. Благојевић – О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, стр. 481.

Уколико је оставилац у корист трећих лица располагао завештањем или поклонима у последњој години живота, они припадају расположивом делу заоставштине и служе за намирење нужних наследника.

Нераспоређени део заоставштине увек се користи за намирење нужних наследника.⁴⁸

Српски законодавац прописује, независно од тога да ли је повређено право на нужни део као облигационо или наследно право, исте рокове у којима се може захтевати намирење нужног дела.⁴⁹

Уколико је право на нужни део повређено завештајним располагањима, исплата новчане противвредности нужног дела, када је повређено право на нужни део као облигационо овлашћење, односно смањење завештајних располагања, када је повређено право на нужни део као наследно право, може се захтевати у року од 3 године од проглашења завештања.

Ако је право на нужни део повређено учињеним поклонима, исплата новчане противвредности нужног дела – када је у питању право на нужни део облигационог карактера, односно враћање поклона – када је реч о праву на нужни део наследноправног карактера, може се захтевати у року од три године од отварања наслеђа оставиоца-поклонопримца.

Будући да је овде реч о објективним роковима, који почињу да теку од проглашења завештања, односно отварања наслеђа оставиоца, евидентно је да због непућености нужног наследника о наступању тих чињеница, он њих може пропустити, и самим тим изгубити могућност остваривања и заштите свог наследноправног овлашћења. Иако је са аспекта правне сигурности делотворније ово решење о краћим, објективним роковима, оно није у потпуном складу са интересима нужног наследника. Управо због тога сматрамо, да српски законодавац треба са великом пажњом да размотри решење, садржано у Code civil,⁵⁰ којим се предвиђа двојна могућност, рок од пет година, рачунајући од тренутка отварања наслеђа, или, пак, рок од две године, почев од тренутка када су наследници сазнали да постоји повреда њиховог нужног дела, али овај рок никада не може бити дужи од десет година, рачунајући ово време од тренутка смрти оставиоца.⁵¹

Према доминантном мишљењу судске праксе⁵² и теорије⁵³ у питању су застарни, а не преклузивни рокови, иако би можда било више оправдања у

⁴⁸ Детаљније о овим правилима видети код: С. Марковић, Наследно право, стр. 214.

⁴⁹ Видети: чл. 58–59 ЗНС.

⁵⁰ За потребе овог рада, коришћен је Code civil, са изменама и допунама из 2006. године (La loi No 2006-728 du Juin 2006). Интегрални текст овог Закона може се наћи код: А. Delfosse – J. F. Peniguel, *La réforme des successions et des libéralités*, Paris, 2006, стр. 329–389.

⁵¹ Видети: чл. 921, ст. 2 Code civil.

⁵² У домаћој судској пракси, међутим, било је супротних ставова. У том правцу видети: одлуку Врховног суда Србије, Гзз-115/94. Наведено према: С. Вуковић, *op. cit.*, стр. 93–94..

⁵³ Видети, нпр.: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 268; С. Сворцан, *Коментар*, стр. 153–154;

прилог друге тврдње, јер то диктира природа самог права из чл. 58 и 59 Закона о наслеђивању Републике Србије.⁵⁴

Будући да су у питању рокови застарелости, на њих се аналогно примењују правила о прекиду и застоју застарелости, садржана у Закону о облигационим односима.⁵⁵

Застарелост се редовно прекида истицањем захтева за намирење нужног дела од стране нужног наследника у оставинском поступку, а поново почиње да тече тренутком правноснажности решења о наслеђивању.⁵⁶ Према становишту судске праксе, застарелост се прекида и када нужни наследник захтева побијање завештања, као правног посла *mortis causa*,⁵⁷ а застарелост поново почиње да тече од правноснажности одлуке којом је утврђена пуноважност завештања.

До застоја застарелости долази у низу случајева предвиђених Законом о облигационим односима (нпр. застарелост не тече ако су нужни наследник и лице које му дугује намирење нужног дела супружници или ванбрачни партнери или, пак, у односу родитељ и деце, док траје родитељско право).⁵⁸

Будући да у различитим временским тренуцима почињу да теку рокови застарелости, када је право на нужни део повређено завештајним располагањима и учињеним поклонима, у наследноправним прописима нема одговора на питање, шта ако је нужни наследник намирио своје право на нужни део поклоном, а у међувремену буде проглашено завештање? У правној литератури заузет је, сасвим оправдано, став да у таквом случају поклонопримац има право да тражи враћање поклона од нужног наследника, јер он по закону није тај који прво дугује намирење нужног дела.⁵⁹

7. Процесни аспект остваривања повређеног права на нужни део

Будући да је нужни наследник редовно учесник оставинског поступка, он може давањем изјаве о пријему нужног дела покренути механизам којим се утврђује евентуална повреда његовог овлашћења. Уколико се после израчунавања обрачунске вредности заоставштине потврди повреда нужног дела нужног наследника, на оставинском суду је да, у решењу о наслеђивању, само констатује ко и колико дугује на име намирења нужног дела.

⁵⁴ Тако и: И Бабић, Коментар, стр. 123–124.

⁵⁵ Видети: чл. 381–392 ЗОО.

⁵⁶ Аналогно садржини чл. 388 ЗОО.

⁵⁷ Видети: одлуку Врховног суда Србије, Рев. 803/87, Гж. 7091/86-V, Билтен Окружног суда у Београду, бр. 29–30, Београд, 1988, стр. 67.

⁵⁸ Видети: чл. 381–387 ЗОО.

⁵⁹ О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 274.

Давањем наследничке изјаве о прихватању нужног дела нужни наследник јасно испољава своју вољу да се решењем о наслеђивању утврди његово наследноправно овлашћење и исплати одговарајући новчани износ, уколико је посреди право на нужни део облигационог карактера, односно да се смање завештајна располагања, а у случају потребе, врате поклони, ако је нужни део њима повређен.⁶⁰ У супротном, његово ћутање, у току оставинске расправе, имаће, по правилу, за последицу немогућност накнадног, после правноснажности решења о наслеђивању, истицања захтева за оставрењем свог наследноправног овлашћења, будући да га везује садржина ове одлуке.⁶¹

Ако о свему томе постоји сагласност између учесника оставинског поступка, повређено право на нужни део може бити остварено још у току трајања овог поступка. У случају спора о чињеницама од којих зависи право на нужни део, редовно долази до прекида оставинског поступка, и упућивања на парницу у улози тужиоца оног који оспорава нужни део нужног наследника, или тврди да га је оставилац, као нужног наследника, намирио одговарајућим добротиним давањима *inter vivos* или *mortis causa*.⁶² Тужба је декларативног карактера.⁶³

Нужни наследник такође може у току оставинског поступка дати изјаву о пријему законског наследног дела или завештајног наследног дела. У таквом случају он може добити, у пуном обиму нужни део или само делимично задовољити своје право, што му даље отвара простор за допуну нужног дела, позивајући се на то да је изјаву о пријему законског или завештајног дела дао у заблуди.

Нужни наследник, осим тога, не мора да се изјашњава о свом праву до правноснажног окончања оставинског поступка. Тада добија, као и било који наследник на основу закона или на основу завештања део заоставштине, који може, али и не мора одговарати вредности нужног дела, или, пак, да не добије ништа из заоставштине, уколико је она претходно распоређена завештањем.

Решење о наслеђивању као коначна, мериторна и декларативна одлука оставинског суда није подобна за принудно извршење, па самим тим и за остварење нужног дела. Томе служе *actio Suppletoria*, тужба којом се у парници тражи остварење права на нужни део наследноправног карактера, и тужба којом се захтева испуњење права на нужни део облигационог карактера.

⁶⁰ Слично запажање видети и код: М. Крећ – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 127; N. Gavella – V. Belaj, *op. cit.*, 238–239.

⁶¹ Тако и: М. Крећ – Ђ. Павић, *ibidem*, стр. 126; N. Gavella – V. Belaj, *ibidem*, стр. 232, нап. бр. 47.

⁶² Видети: чл. 119, ст. 2 Закона о ванпарничном поступку Републике Србије ("Службени гласник СР", бр. 24/1982, 48/1987; "Службени гласник РС", бр. 46/1995, други закон, и 18/2005 – други закон).

⁶³ Видети: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 271.

Суплеторна тужба је тужба за осуду на чинидбу⁶⁴ којом се захтева смањење завештајних располагања и враћање поклона у циљу намирења права на нужни део. Тужбени захтев усмерен је на утврђење да је право на нужни део тужиоца-нужног наследника повређено завештајним располагањима или учињеним поклонима, да се тужилац утврђује за власника или сувласника одређене покретне или непокретне ствари, која је била предмет оставинских располагања *inter vivos* или *mortis causa*, и да се тужени обавезује да призна и трпи укњижење својинског овлашћења у јавним књигама, као и физичку или цивилну деобу истих добара.⁶⁵

Суплеторну тужбу нужни наследник који је учествовао у оставинском поступку може изјавити у року од три године, од правноснажно окончаног оставинског поступка. Нужни наследник, који није учествовао у оставинском поступку, може изјавити ову тужбу у року од три године, од проглашења завештања, односно смрти оставиоца.

Ако и после правноснажно окончаног парничног поступка не буде намирено право на нужни део, нужном наследнику не преостаје друго већ да се покретањем извршног поступка, у року од десет година, од правноснажности кондемпнаторне судске одлуке захтева принудну реализацију свог права.⁶⁶

Иста правила, у начелу, важе и када је повређено право на нужни део као облигационоправно овлашћење, само што је тужбени захтев управљен на чинидбу, која за предмет има исплату одређеног новчаног износа.

Нужни наследник неће моћи увек овако да остварује и штити своје наследноправно овлашћење. У случају да поклонопримац није и учесник оставинског поступка или да је оставински поступак обустављен због непостојања заоставштине, или због нехтења наследника да наставе већ започети поступак, када се у оставинској маси нађу само покретности, нужни наследник своје право на нужни део може остварити једино у парници.⁶⁷

Повређено право на нужни део, нужни наследник, који је учествовао у оставинском поступку, такође, може да заштити једино у парници, уколико се, после правноснажности решења о наслеђивању установи да су испуњене претпоставке, под којима би се у парничном поступку могло захтевати понављање поступка, или ако је суд, у току оставинског поступка, упутио, или је требало да упути учеснике оставинског поступка, због неке спорне одлучујуће чињенице, на парницу, па о томе није одлучено до правноснажности решења о наслеђивању.

Уколико је сасвим извесно, на основу процене вредности заоставштине, вредности нужног дела и вредности добротних давања оставиоца за

⁶⁴ Тако и: М. Крећ – Ђ. Рајић, *op. cit.*, стр. 128.

⁶⁵ У том правцу гласи и одлука Врховног суда АПВ, Гж. 1081/55, Гласник Адвокатске коморе АПВ, бр. 6/1956, стр. 30.

⁶⁶ Сходно садржини чл. 379 ЗОО.

⁶⁷ О томе опширније видети код: О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 273–274.

живота или за случај смрти, да вредност завештајних располагања није довољна за намирење нужног дела нужног наследника, он може, истовремено, остваривати и штитити своје наследноправно овлашћење и у оставинском поступку и на парници.⁶⁸ Такву процесну ситуацију, поред осталог, диктира краткоћа рокова, у којима се може захтевати намирење нужног дела.

Независно од тога, да ли нужни наследник повређено право остварује и штити у оставинском поступку или у парничном поступку, он мора да се придржава императивних одредаба Закона о наслеђивању, које се односе на редослед субјеката, од којих може захтевати намирење свог нужног дела, и у погледу објеката, којима се може намирити нужни део.⁶⁹

Закључна разматрања

Кад год је нужном наследнику повређено право на нужни део бесплатним правним располагањима оставиоца *inter vivos* или *mortis causa*, он има право да заштити своју правну позицију применом одговарајућих правних средстава, прилагођених правној природи свог овлашћења.

Недореченост српског законодавца о томе да ли право да се захтева намирење нужног дела прелази на наследнике оног наследника који је пре своје смрти затражио нужни део, може погодовати различитом поступању судова у истоветним процесним ситуацијама, и имати за последицу различит третман странака у судским поступцима. Управо због тога, предлажемо да се оваква ситуација правно уреди допуном Закона о наслеђивању, у правцу да је у овом случају право да се захтева намирење нужног дела наследиво.

Право на нужни део, повређено прекомерним завештајним располагањима или учињеним поклонима може у већој мери бити заштићено уколико се: за дужнике нужног дела уведе "пуна" солидарна одговорност за његово намирење; узму у обзир поклони који су даровани свим законским наследницима, без обзира на то да ли у конкретном случају наслеђују или не; обавезе и савестан поклонопримац да намири нужни део, чак и ако је отуђио поклоњено добро и ако се продужи рок, по угледу на француско право, у коме се може захтевати намирење нужног дела.

⁶⁸ Тако и: М. Крећ – Ђ. Павић, *op. cit.*, стр. 128.

⁶⁹ Супротно мишљење, када се право на нужни део остварује и штити у парници, видети код: М. Крећ – Ђ. Павић, *ibidem*, стр. 129.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

EXERCISE AND PROTECTION OF THE RIGHT TO A FORCED PORTION VIOLATED BY UNDUE INTESTATE DISPOSITION AND DONATION

Summary

The right to a forced portion implies a statutory authority of an intestate successor to inherit a portion of the succession estate, irrespective of the decedent's intentions. Thus, in case the decedent's gratuitous disposition of the succession estate (either *inter vivos* or *mortis causa*) constitutes a violation of the forced heir's right to receive a forced portion of the decedent's estate, the forced heir is entitled to protect his legal position by exercising appropriate legal remedies pertinent to the legal nature of this statutory authority.

The Serbian legislator has failed to clearly define whether the right of a forced heir to request the discharge of a forced portion may be passed onto the successors of the forced heir who has requested the discharge of his forced portion prior to his death. This omission may lead to a dissimilar judicial treatment of this matter in the same procedural circumstances and, ultimately, result in an unequal treatment of parties in judicial proceedings. For this reason, the author suggests a more appropriate statutory regulation of this legal institute. The current Succession Act should be amended by introducing a legal provision that the forced heir's right to request a discharge of a forced portion should be regarded as an inheritable right of the forced heir's successors.

The right to a forced portion, which has been violated either by excessive undue disposition or donations to other successors or third parties may be significantly protected by introducing the legal provisions which would regulate that 1) the forced portion debtors shall have "full" common liability to discharge the forced portion; 2) the gifts donated to all intestate successors should be taken into account (irrespective of whether they are in the specific case entitled to inherit the intestate property or not); and 3) the conscientious donee shall be obliged to receive of the forced portion even if the donee has already disposed of the donated asset in favour of another successor or a third party and even if the statutory period of limitation has been extended (in line with to the model applied in French succession law, where an injured party may request a discharge of a forced portion).

Key words: violation of a forced portion, disposition of intestate property, gifts

UDK: 347.425

UDK: 347.932

Mr Ивана Симоновић

Асистент Правног факултета Универзитета у Нишу

РОКОВИ У ГРАЂАНСКОМ ПРАВУ *

***Апстракт:** Рад је посвећен анализи рока, једном од најзначајнијих правних института грађанског и осталих области права у коме време испољава утицај на правне односе. Након обраде појма рок и термин, ауторка анализира критеријуме за поделу рокова, разврставајући их у одговарајуће групе којима је изражена нека њихова специфичност – правила којима су уређени, субјекат који их одређује или дејства која производе у правним односима. Обрађено је више врста рокова – материјалноправни и процесноправни, субјективни и објективни; одређени и одредиви; извесни и неизвесни; законски, судски, споразумно и једнострано одређени рокови, са посебним освртом на материјалноправни (грађанскоправни) рок и његове подврсте. Правила Закона о облигационим односима и Закона о парничном поступку о дејствима и последицама протеча и пропуштања ове и осталих врста рокова анализирана су у последњем делу рада.*

***Кључне речи:** рок, термин, врсте рокова, последице протеча рока, пропуштање рока.*

Увод

Време има веома важну улогу у друштвеном животу. Све друштвене појаве, самим тим и правне, имају своју временску димензију, без које се у суштини и не могу замислити. Многе сазнајне дисциплине, изучавајући време, покушавају да одреде његов појам и утицај који има на природне и друштвене појаве. И за право и правне односе време несумњиво представља чињеницу од великог правног значаја. Право је у потпуности прожето временом, толико да данас можемо говорити и о својеврсној темпорализацији права.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Постоје многи правни институти у којима примећујемо везу права и времена, јер је утицај времена на право вишеслојан и испољава се на различите начине. За грађанскоправне односе посебан значај има „моћ“ протеча времена да претвори одређена фактичка стања у правна, и пружи им легитимитет даљег постојања. Такав утицај времена примећујемо код одржаја и застарелости.

Димензију времена у животу и праву најбоље изражава мисао да „време гради, време разграђује“. Нека субјективна права и правни односи настају након протеча одређеног времена, а нека тада престају. Пословна способност се стиче са пунолетством, способност тестаменталног располагања са навршених 15 година, савесни и законити држалац туђе покретне ствари постаје њен власник по протеклу три године, дужник је дужан да испуни обавезу када она доспе, итд. У овим случајевима законом је одређено да је протек времена релевантна чињеница за настанак права или правног стања, исто тако одређен је и тренутак у времену за наступање овакве правне последице. Време може постати релевантан чинилац и вољом учесника једног правног односа, најчешће облигационог. Уговорне стране, наиме, могу роком, као врстом модалитета уговора, изменити његова редовна правна дејства и, чинећи их зависним од наступања будућег и извесног тренутка у времену или протеча извесног временског интервала, прилагодити уговор својим потребама. И у одсуству оваквог, вољног модалитета, протек времена представља један од елемената уговорног односа, и то његов природни или претпостављени састојак. Овде је роком одређено време испуњења обавезе, тј. њена доспелост и утуживост. Утврђивање тог временског тренутка је јако значајно, зато што неиспуњење доспеле обавезе представља повреду уговорних обавеза и изазива одређене промене у односима уговорних страна. За стање дугованих чинидаба, закашњење са испуњењем може бити од већег или мањег значаја што зависи од тога да ли је рок (време испуњења) битан елемент уговора или не.

У наведеним грађанскоправним односима и правним стањима је протек времена, оличен у правном институту рока, појмовна претпоставка и једна од потребних правних чињеница за настанак правног дејства, уговореног или законом прописаног. Имајући то у виду, у наставку рада нашу ћемо пажњу усмерити на појам и врсте рокова релевантних за те односе, такође, и на дејство истека рока и последице његовог пропуштања.

Појам рока

Рок и термин су два облика у којима се испољава дејство протеча времена као правнорелевантне чињенице. Рок је свако ограничено временско раздобље. У ужем смислу, то је одређени или одредиви период времена у оквиру кога треба предузети одређену радњу (нпр., испунити обавезу, вршити право или

дати одређену изјаву воље) или у оквиру кога треба да наступи одређено правно дејство. Постоје и такви рокови пре чијег истека није дозвољено предузимање правних радњи. Ако је правна радња ипак предузета, треба је или поновити по истеку рока или ће њено дејство наступити тек када рок истекне, без потребе да се радња понавља.¹ Изразом термин означава се тачно одређени тренутак у коме нешто треба да се деси или у коме наступа одређено правно дејство. У правној теорији рок и термин, мада засновани на истој правној чињеници, имају своја посебна значења. У пракси најчешће нема овог суптилног теоријског разликовања, већ се, увек када се мисли на утицај времена на правне односе, користи израз рок. Поистовећивање ове две категорије, међутим, не изазива готово никакве практичне потешкоће.

Рок не мора представљати континуирани – непрекинути ток времена. Период у оквиру кога постоје околности које изазивају застој застарелости² не сматра се роком, иако може бити потпуно ограничен, одређен или одредив. Због тога се и не рачуна у рок застарелости.³ На пример, уколико застој наступи у току последњег дана рока застарелости, застарелост неће наступити протеклом тог дана, као што би требало,⁴ већ ће време потребно за застаревање потраживања наставити да тече по престанку разлога за застој, продужавајући се за онолико колико је тај разлог трајао. Време протекло до наступања застоја, као и оно које је протекло после отклањања узрока застоја, заједно чине рок застарелости. Отказни рок (нпр., у уговору о закупу), међутим, сматра се роком. Његова је специфичност у томе што не одређује период у оквиру кога треба предузети одређену радњу, већ време које мора протећи између давања изјаве о отказу и окончања уговорног односа. Овим роком се, дакле, указује на тренутак у времену (термин) у коме отказ производи дејство, тј. у коме се гаси један дуготрајни облигациони однос.⁵

¹ То су дилаторни рокови, о којима ће више бити речи у наставку рада.

² Видети чл. 381-386. Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/85, 45/89, 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93, даље: ЗОО).

³ Утицај узрока застоја застаревања уређен је чл. 384. ЗОО: „Ако застаревање није могло почети тећи због неког законског узрока, оно почиње тећи када тај узрок престане. Ако је застаревање почело тећи пре него што је настао узрок који је зауставио његов даљи ток, оно наставља да тече кад престане тај узрок, а време које је истекло пре заустављања рачуна се у законом одређени рок застарелости“.

⁴ „Застарелост наступа кад протекне законом одређено време у коме је поверилац могао захтевати испуњење обавезе.“ (чл. 360. ст. 2. ЗОО).

⁵ Отказ је начин престанка трајних дуговинских односа унапред неодређеног трајања. Трајни дуговински однос са одређеним роком трајања престаје када тај рок истекне, али се, под уговореним или законским условима, може продужити на неодређено време уколико не буде благовремено отказан (чл. 357. и 358. ЗОО).

Врсте рокова

У правној теорији и пракси постоје различите поделе рокова. У зависности од критеријума, поделе могу бити уже или шире, већег или мањег значаја, посебно за практичну примену правила о роковима. Критеријум поделе могу бити правила којима су поједини рокови уређени (тако разликујемо материјалноправне и процесноправне рокове), затим да ли је за почетак тока рока довољно наступање одређене чињенице или је потребно и сазнање субјекта да је она наступила (објективни и субјективни рокови), прецизност одређености рока (одређени и одредиви рокови, којој подели је блиска она по којој се рокови деле на извесне и неизвесне), као и субјекат који је одредио временски тренутак за наступање правних последица (законски, судски, споразумно и једнострано одређени рокови).

Материјалноправни и процесноправни рокови

Материјалноправни (грађанскоправни) рокови предвиђени су правилима материјалног права. Њима се одређује раздобље за остваривање овлашћења или за извршавање обавеза које произлазе из одредаба грађанског права.

Ова група је веома хетерогена и обухвата међусобно различите рокове, како по њиховим карактеристикама, тако и по утицају на правне односе. И сврха одређивања им је различита: једни се одређују да би, њиховим истеком, настало или престало неко грађанско субјективно право, други – да овлашћеном субјекту „створе“ право на приговор. Последице пропуштања рока, одређене његовом сврхом, такође, могу бити различите. Због тога је потребно унутар ове групе извршити даљу класификацију на: рокове застарелости (а), преклузивне рокове (б), отказни рок (в) и рок за испуњење уговорних обавеза (г).

а) Рок застарелости је законом одређено време у оквиру кога поверилац није захтевао од дужника испуњење обавезе, иако у томе није био спречен разлозима који представљају објективне сметње за реализацију потраживања. По истеку овог рока, дужник стиче право на приговор застарелости, чијом употребом у судском поступку може трајно ускратити испуњење дуговане чинидбе. Истек рока застарелости нема за последицу губитак права потраживања, како би се могло закључити на основу систематизације правила о застарелости у Закону о облигационим односима, и не доводи аутоматски до престанка потраживања, јер је то само једна од претпоставки за наступање ове последице.⁶ Да ли ће потраживање, због застарелости, заиста и

⁶ У ЗОО застарелост је сврстана у начине престанка обавеза (чл. 360-393. ЗОО). Тако је и у

престати, зависи од одлуке дужника да употреби приговор застарелости. По правилу, дужник ће се овим приговором користити, посебно што суд није овлашћен да се обазире на застарелост без дужниковог позивања на њу. Истицање приговора застарелости представља трајну сметњу за остварење чинидбе. Суд доноси пресуду којом одбија тужбени захтев; повериочево право потраживања постаје натурална облигација, „дуг части“, чије испуњење, будући да је неутуживо, зависи од добровољне одлуке дужника.

б) *Преклузивним роковима* одређен је период времена у оквиру кога се могу вршити одређена права или подићи тужба, под претњом губитка самог права. Важећи прописи не садрже ни појам ни заједничка општа правила за преклузију.⁷ Остављено је правној теорији и судској пракси да анализом природе преклузивних рокова откривају и утврђују њен појам и карактеристике. Најчешће се то чини поређењем са роковима застарелости; посебно се указује на разлику у њиховом дејству: истеком преклузивног рока престаје сâмо право или правна моћ, непосредно на основу закона, а код застарелости престаје захтев као елемент субјективног права (право на тужбу у материјалном смислу), под условом да дужник истакне приговор застарелости тражбине. За наступање дејства преклузије, са друге стране, није потребан било какав приговор, јер о томе суд води рачуна по службеној дужности.

Преклузивни рокови материјалног права предвиђени су пре свега за вршење правних моћи (преображајних права) - конкретних правних могућности да се изјавом воље створи нова правна ситуација.⁸ То су посебни прерогативи правног субјекта, на основу којих он може једностраном изјавом воље створити, изменити или угасити одређени правни однос или субјективно право. Примери правних моћи су право избора код алтернативних облигација,⁹ право отказа дуготрајног уговора који је закључен на неодређено време,¹⁰

правној литератури, али се редовно истиче да, због застарелости, тражбина не престаје, већ постаје неутужива, и то само условно (ако тужени дужник употреби приговор застарелости). По проф. Радишићу је зато застарелост разлог гашења тражбине „мањег степена“ (Ј. Радишић, *Облигационо право*, општи део, Београд, 2008, стр. 365).

⁷ У Закону о облигационим односима преклузија је поменута у делу одредаба којима се уређује застарелост, и тамо је прописано да се правила о застарелости не примењују у случајевима кад су у закону одређени рокови у којима треба да се подигне тужба или да се изврши одређена радња под претњом губитка права (чл. 370).

⁸ О. Станковић у: О. Станковић - В. Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 107. Њиховом употребом може доћи до престанка правног основа потраживања (нпр., поништај рушљивог уговора) или се могу установити нова потраживања (нпр., право на отклањање мане ствари, снижење цене или раскид уговора из истог разлога).

⁹ Вршењем права избора овлашћени субјекат преображава, испрва сложен облигациони однос, у једноставан, свдећи обавезу са два или више предмета на једну изабрану чинидбу. В. чл. 403-408. ЗОО.

¹⁰ Вршењем ове правне моћи окончава се један правни однос. В. нпр., чл. 597. ЗОО, који уређује престанак отказом уговора о закупу чије трајање није одређено (уговором ни законом)

прихват понуде.¹¹ Правне моћи морају се вршити у једном релативно кратком року, јер се њима утиче на правну сферу оних субјеката који се налазе у правном односу са овлашћеним лицем. Одуговлачење у вршењу преображајних права могло би да учини њихову правну позицију несигурном, а правну ситуацију око тога да ли један правни однос постоји или не нејасном; из разлога правне сигурности и извесности, овлашћеном субјекту ставља се на располагање примерено, редовно кратко време, за изјашњење да ли ће се њиме користити. Ако он то време не искористи, губи могућност остварења правне моћи.¹²

Дужину преклузивног рока могу одредити закон, уговорне стране својим споразумом, али је могуће и једнострано одређивање трајања рока.

У нашем праву, попут већине других права, нема јединствених и на једном месту концентрисаних правила о преклузивним роковима. Већ смо указали да се ови рокови најчешће објашњавају поређењем са роковима застарелости. За преклузивне рокове користе се изрази попут „престаје право“, „губи се могућност“, мада ови и њима слични термини могу изостати, и то може да изазове сумњу о природи рока у конкретном случају. Неизвесност се појачава ако се из самог законског текста не види каква је последица пропуштања рока. У нејасним ситуацијама треба водити рачуна о циљу због кога је рок установљен. Роком застарелости пре свега се штити дужник.¹³ Уколико се предвиђањем рока првенствено обезбеђује правна сигурност, онда је рок преклузивни. Када циљ норме није довољан за утврђивање природе рока, сматра се да је правичније закључити да се ради о року застарелости, јер су последице пропуштања овог рока донекле блаже за овлашћено лице.¹⁴

нити се може одредити (на основу околности или према месним обичајима).

¹¹ Прихватам понуде настаје нови – уговорни однос. Уговор се сматра закљученим кад понудилац прими изјаву понуђеног да прихвата понуду (чл. 31. ЗОО).

¹² Последица пропуштања преклузивних рокова је престанак права. Изузетно, право не мора престати, већ прећи на другог учесника у правном односу, нпр., у алтернативним обавезама код којих право избора између више могућих предмета обавезе припада повериоцу. Ако се он не изјасни о избору у року одређеном за испуњење, нити у примереном року који му је дужник одредио, право избора прелази на дужника (чл. 405. ЗОО). У овом случају јесте престало преображајно право за повериоца, али не и сама правна могућност преображаја алтернативне облигације у обичну, коју сада може реализовати дужник.

¹³ Рокови застарелости првенствено су усмерени на заштиту дужника. Иако се и њима остварује општи интерес за извесношћу о (не)могућности принудног остварења потраживања, њихов истек ипак највише погодује дужнику, за кога има либераторно дејство.

¹⁴ Граница између ова два рока, учињена према њиховом циљу, веома је танана и изразито покретљива, јер се и правилима о застарелости успоставља сигурност и стабилност правних односа, макар и посредно. Зато се увек наглашава да застарелост делом штити приватни интерес, а делом јавни. Тако: Р. Ковачевић-Куштримовић, М. Лазић, *Увод у грађанско право*, Ниш, 2008, стр. 368.

Законски преклузивни рокови могу се тицати различитих правних позиција. Ми ћемо навести само неке примере. У области уговорних односа, ЗОО предвиђа овакав рок за обавештавање продавца о материјалним недостацима ствари, и он износи осам дана од дана откривања недостатка,¹⁵ за побијање уговора који је закључен у битној заблуди, под утицајем преваре или недопуштене претње, као и за друге случајеве рушљивих уговора. Рок за њихово поништење износи годину дана од сазнања за разлог рушљивости, тј. од престанка принуде (субјективни рок), али у сваком случају ово *право престаје* у року од три године од дана закључења уговора (објективни рок, чл. 117. ЗОО). За поништење уговора због прекомерног оштећења предвиђен је само објективни рок, који износи годину дана од закључења уговора, и он је исто тако преклузиван (чл. 139. ст. 2. ЗОО).

У брачном и породичном праву, такође, налазимо неколико преклузивних рокова. Предвиђа их Породични закон.¹⁶ Тужба за поништај рушљивог брака може се поднети у року од годину дана.¹⁷ Материнство или очинство могу се утврђивати или оспоравати у преклузивном року чија дужина зависи од тога ко је активно легитимисан за подношење тужбе (чл. 250–252. ПЗ). У наследноправним односима преклузивни рок је предвиђен за поништај рушљивог тестамена.¹⁸ У стварноправним односима државина се штити у преклузивном року од тридесет дана од сазнања за сметање и учиниоца (субјективни рок), а најкасније у року од једне године од насталог сметања (објективни рок).¹⁹

Преклузивне рокове материјалног права могу одредити и уговорне стране.²⁰ Продавац и купац могу споразумно одредити рок после чијег истека продавац више није одговоран за скривене материјалне недостатке ствари, а ако они то не учине, примениће се рок из закона. По ЗОО, он износи шест месеци од предаје ствари (чл. 482. ст. 2). Наша судска пракса је и пре доношења ЗОО, ослањајући се на трговачке прописе важеће пре рата, овај рок сматрала преклузивним, па је по службеној дужности водила рачуна о

¹⁵ Последица пропуштања овог рока је губитак права која купац има по основу одговорности за материјалне недостатке ствари. Она је изричито наведена у закону, па нема сумње да је рок преклузиван (в. чл. 481. ст. 1. и чл. 482. ст. 2. ЗОО). Међутим, за крајњи и објективни рок продавчеве одговорности из чл. 482. ст. 2. ЗОО, који износи шест месеци, не може се са сигурношћу рећи да је исто тако преклузиван, мада се у нашој судској пракси, а претежно и у правној теорији, сматра таквим. О томе ће бити више речи у наставку рада.

¹⁶ „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005. У даљем тексту: ПЗ.

¹⁷ Почетак тока рока зависи од разлога рушљивости. В. чл. 215-217. ПЗ.

¹⁸ Чл. 169. и 170. Закона о наслеђивању, „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995.

¹⁹ Чл. 77. Закона о основама својинскоправних односа („Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96).

²⁰ Споразумно одређивање процесних преклузивних рокова није допуштено. Искључиво су одређени законом и, с обзиром на дејство, веома строги.

његовој благовременој употреби и одбијала тужбени захтев ако је тужба била поднета по његовом истеку. Пошто је рок преклузиван, није могућ прекид ни застој. И по већинском мишљењу домаће правне теорије, овај рок је преклузиван.²¹ Али, он се, по изричитом овлашћењу законодавца, може споразумом продавца и купца продужити, а то је могуће и без споразума - упуштањем продавца, без приговора неблаговремености тужбе, у расправу о меритуму ствари (о постојању и врсти материјалног недостатка). Након тога, продавац више не може да указује на чињеницу неблаговремености, нити ће је суд узети у обзир по службеној дужности, што „слаби“ преклузивност и строгост последица овог рока и приближава га року застарелости.²²

Било преклузиван или рок застарелости, рок продавчеве одговорности од свега шест месеци није у складу са Смерницом 1999/44/ЕЗ од 25. маја 1999. г. о одређеним аспектима продаје потрошачке робе и гаранцијама,²³ по којој износи две године.²⁴ Државе чланице Европске уније,²⁵ али и неке које то нису,²⁶ усагласиле су одговарајуће рокове из свог облигационог права са

²¹ Тако: В. Капор у: *Коментар Закона о облигационим односима*, I, (ред. Б. Благојевић и В. Круљ), Београд, 1980, стр. 980; Д. Митровић у: *Коментар Закона о облигационим односима*, књига друга, (ред. С. Перовић и Д. Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, стр. 87. Тако је и у аустријској правној теорији и судској пракси (Koziol/Welser, *Grundriß des bürgerlichen Recht*, Wien, 2001; по Немачком грађанском законнику, овај рок има природу рока застарелости (в. § 438. ст. 1. т. 3).

²² Изгледа да треба узети да је рок од шест месеци предвиђен у интересу продавца, да се он њиме не мора служити, већ може да отклони недостатак и ако се показао по протеклу рока од шест месеци, а то ће свакако морати ако се, без приговора истека рока, упустио у расправу о тужбеном захтеву за који суд утврди да је основан.

²³ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 15. May 1999. on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, Official Journal L 171, 07/07/1999, р. 12-16. Даље: Смерница, Смерница 1999/44/ЕЗ.

²⁴ Упор. чл. 482. ст. 2. ЗОО и чл. 5. ст. 1. Смернице. Ова одредба Смернице је императивна: прописани рок је најкраћи дозвољени период продавчеве одговорности, који државе чланице ЕУ морају гарантовати националним прописима, осим ако се ради о продаји половне робе. Тада национално право може овластити саговораче да уговоре краћи рок, али не испод једне године (чл. 7. ст. 2).

²⁵ Реформисаним Немачким грађанским закоником из 2002. г. продужен је рок са шест месеци на две године, и он се примењује, како на потрошачке, тако и на непотрошачке купопродајне уговоре, осим ако је законом предвиђен други рок. В. § 438. ст. 1. т. 3. Немачког грађанског законика.

²⁶ У Хрватској су правила Закона о обвезним односима усаглашена са Смерницом не само у погледу рокова, већ и осталих аспеката одговорности продавца за материјалне недостатке (в. чл. 400-422. ЗОО, „Народне новине“, бр. 35/05). Везано за нашу тему, рок који Смерница прописује само за потрошачке уговоре, хрватски законодавац је у чл. 404. ст. 2. ЗОО проширио на све грађанскоправне уговоре, дакле и на оне у којима купац није потрошач, што треба похвалити, јер нема разлога да се у нетрговачким уговорима прави разлика према статусу купца (потрошач – непотрошач). О томе више у: S. Petrić, „Odgovornost za materijalne nedostatke stvari prema novom Zakonu o obveznim odnosima“, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 1/2006, str. 87-128.

наведеним двогодишњим роком, и тако битно побољшале положај купца, тј. потрошача манљиве (несаобразне) робе. То је потребно учинити и у нашем праву, и то не само у Закону о облигационим односима, већ и у Закону о заштити потрошача, чија правила нису у складу са европском политиком високог нивоа заштите потрошача.²⁷

Дужину преклузивног рока може одредити и само један учесник облигационог односа. Тако, понудилац може у понуди одредити до када ће се сматрати везан понудом; сауговарач пословно неспособног лица може заступнику одредити рок за изјашњење да ли одобрава уговор који је пословно неспособно лице закључило без његове дозволе (чл. 112. ст. 2. ЗОО).

в) *Отказни рокови* одређују раздобље које мора постојати између пријема изјаве о отказу и наступања дејства те изјаве – окончања уговорног односа. Дужина отказног рока редовно је одређена уговором, а ако није, онда облигациони однос престаје истеком законом или обичајем предвиђеног рока, тј. истеком примереног рока.²⁸ Примереност рока одређује се у сваком конкретном случају, зато што је то правни стандард, а релевантне чињенице су природа односа и сврха која треба да буде постигнута. Но, без обзира како је рок одређен, увек се примењује правило засновано на начелу поштења и савесности – да отказ не сме бити дат у невреме, дакле, онда када би другој страни могао да проузрокује штету, која се може избећи отказивањем у неко друго, за оба сауговарача подесно време.

г) *Рок за испуњење обавезе*. У складу са начелом слободе уговарања, уговорне стране су овлашћене да одреде рок у коме треба да испуне дуговане чинидбе (нпр., „до средине месеца маја“, у року од 14 дана од пријема испоруке робе). Уколико то не учине, примениће се диспозитивно законско правило да је поверилац овлашћен да захтева испуњење чинидбе одмах по закључењу уговора, као што и дужник може тражити да поверилац то испуњење одмах и прими (чл. 314. ЗОО). Уговарањем рока за испуњење обавезе, уговорне стране модификују уговорни однос, померајући уобичајено (редовно) време за испуњење чинидаба законом предвиђено, за неки будући тренутак. Оне то постижу додавањем уговору одложног рока. Последице непоштовања овог рока зависе од тога да ли је рок битан састојак уговора или не. Услед пропуштања рока који није битан састојак уговора наступа доцња дужника,

²⁷ Попут ЗОО, и овај закон предвиђа рок за приговор на купљени производ у трајању од шест месеци од дана куповине, в. чл. 34. Закона („Сл. гласник РС“, бр. 79/2005). Ипак, храбри чињеница да Нацрт новог Закона о заштити потрошача из 2009. г., објављен на сајту Министарства трговине и услуга (www.mtu.gov.rs/dokumenti/propisi/nacrti/nacrtzakonaozastiti-potrosaca.pdf), преузима одредбе о роковима из Смернице 1999/44/ ЕЗ, као и да је усаглашен и са осталим смерницама ЕУ важним за уређење правног положаја потрошача.

²⁸ Члан 358. ст. 4. ЗОО. Уколико, нпр., у уговору о закупу није наведено колико износи отказни рок, нити је дужина овог рока одређена неким посебним законом, диспозитивно је правило да он износи осам дана и да не може бити дат у невреме (чл. 597. ст. 2. ЗОО).

па он, поред испуњења примарне чинидбе, коју сада дугује под отежаним условима, јер одговара и за случај, може постати и дужник накнаде штете због закашњења у испуњењу. Поверилац може једнострано раскинути уговор.²⁹ За обавезе из фиксног уговора је важно да се испуне строго на време - у фиксном року, јер је он битан састојак уговора. После тога њихово испуњење, по правилу, постаје немогуће, па се уговор раскида по самом закону, са истим дејством као и у уговору нефиксног карактера.³⁰

Процесноправни рокови одређују временско раздобље за остваривање овлашћења или извршавање дужности које произлазе из одредаба процесног права. Њима се одређује време за предузимање процесних радњи пред судом, а могу се тицати свих учесника у поступку. Тако разликујемо рокове за процесне радње странака, међу којима су најзначајнији рокови за страначке парничне радње,³¹ рок за процесне радње суда³² и рокове за радње осталих учесника у поступку.³³

Већина рокова процесног права одређује време у оквиру кога треба предузети одређену радњу. Уколико пропуштање рока доводи до губитка права да се та радња накнадно предузме, рок је *перемпторни (преклузивни)*. Ово су строги рокови и *одређени су законом*. Преклузивним роковима треба да се оствари процесна дисциплина учесника у поступку, пре свега странака.³⁴ Рок за жалбу типичан је преклузивни рок процесног права, чије пропуштање има за последицу правноснажност пресуде. Има, међутим, рокова чије пропуштање не изазива штетне последице, јер се пропуштена радња може предузети и накнадно, док је то, с обзиром на стадијум поступка, могуће. Ово су *инструкциони или мониторинги рокови*. Називају се још и неправим роковима. Могу се одредити законом, или их може одредити суд. Ако су предвиђени законом, по правилу су намењени суду и представљају

²⁹ В. чл. 126, 262. ст. 2-5. и 324. ЗОО. Више о последицама у: Ј. Радишић, нав. дело, стр. 165-170, 331-333.

³⁰ В. чл. 125. и 132. ЗОО. Конкретна последица пропуштања фиксног рока одређена је врстом фиксног уговора (апсолутни или релативно фиксни). О томе више у: Ј. Славнић, *Фиксни уговори*, Београд, 1968, и R. Schwarze, „Steht und fällt“ – Das Rätsel der relativen Fixschuld“, *Archiv für die civilistische Praxis*, Band 207, Heft 4/5, 2007, стр. 438 - 455.

³¹ О појму парничне радње и разликама између парничне и процесне радње више у: S. Triva, V. Belajec, M. Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 1986, стр. 274-275, Б. Познић - В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 1999, стр. 151.

³² Рок за достављање тужбе на одговор, рок за изразу пресуде, рок за одлучивање о правном леку.

³³ Рок за пријаву учешћа јавног тужиоца у парници, рок за ступање умешача у парницу и сл.

³⁴ Процесни преклузивни рокови се не могу продужити, за разлику од преклузивних рокова материјалног права (нпр., рок одговорности продавца за материјалне недостатке ствари). Строге последице њиховог пропуштања могу се отклонити правилима о враћању у пређашње стање када је то законом допуштено (чл. 111-116. Закона о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 125/04, у даљем тексту: ЗПП).

неку врсту упутства о најповољнијем тренутку за одређену процесну делатност да би се постигли максимални ефекти њеног извршења. Они се, дакле, одређују ради подстицања суда и странака на процесну дисциплину, да не би дошло до непотребног одуговлачења и губљења ефеката концентрације поступка. Мониторан је, нпр., рок за доношење пресуде³⁵ или за њену израду.³⁶ Услед пропуштања овог рока не наступа преклузија, јер судија може и накнадно предузети предвиђену радњу; могућа последица је да буде подвргнут дисциплинској одговорности.³⁷

У процесном праву има и *дилаторних рокова*. То су они рокови пре чијег истека није допуштено предузимање процесне радње. Ако би овлашћени субјекат ипак извршио радњу док овај рок тече, он ће, или морати да је понови пошто истекне рок, или ће, без понављања, њена дејства наступити тек по истеку рока.³⁸

Процесни рокови су одређени законом. У нашем праву то је Закон о парничном поступку који обезбеђује правилну организацију режима рокова у оквиру којих се субјектима гарантује остваривање процесних интереса (тима и материјалноправних овлашћења), али и јавног интереса да поступак буде брз и ефикасан. У већини савремених правних система очигледна је тенденција скраћивања процесних рокова и поштравања захтева у погледу процесне дисциплине свих учесника у поступку. То се постиже предвиђањем строгих санкција за непоштовање рокова или злоупотребу процесних овлашћења. Тако треба схватити и повећан број преклузивних рокова и ограничавање права на враћање у пређашње стање због њиховог пропуштања. Изражена тенденција произлази и из Европске конвенције за заштиту људских права и

³⁵ Суд доноси пресуду одмах по закључењу главне расправе, док у сложенијим предметима доношење пресуде може одложити за осам дана од закључења расправе (чл. 339. ст. 1. и 2. Закона о парничном поступку).

³⁶ Пресуда се мора писмено израдити у року од осам дана од доношења. Ако се ради о сложенијем предмету, рок се може продужити за још 15 дана (чл. 341. ст. 1. ЗПП).

³⁷ Занемаривање прописаних рокова у вођењу поступка сматра се несавесним вршењем судијске дужности, а то је један од разлога за разрешење судије предвиђен Законом о судијама (чл. 51, 54. и 55. „Сл. гласник РС“, бр. 63/01, 42/02 и др.). Законом о судијама из 2008., који ће се примењивати од 1. 1. 2010. г., ово је посебна врста дисциплинског прекршаја, због кога је исто тако могуће разрешење судије, под условом да представља тежак дисциплински прекршај. В. чл. 90. Закона („Сл. гласник РС“, бр. 116/08).

³⁸ Странка се не може одрећи права на жалбу пре објављивања или достављања пресуде (чл. 356. ст. 1. ЗПП). Поверилац не може тражити извршење пресуде пре истека паричног рока - рока за добровољно извршење пресуде (чл. 32. Закона о извршном поступку, који предвиђа када судска одлука постаје извршна, „Сл. гласник РС“, бр. 125/04). У наведеним случајевима преурањено предузимање радње није недопустиво, али не производи дејство, јер се њиме угрожавају интереси странке која радњу треба да предузме или интереси њеног парничног противника. Дилаторни рокови понекад су одређени и у јавном интересу, ради спречавања злоупотребе процесних овлашћења и шиканирања суда.

основних слобода,³⁹ посебно чл. 6. Конвенције, којим се установљава право на суђење у разумном року, и богате праксе Европског суда за људска права.

Законски рокови процесног права су строги, њихово трајање не могу да мењају нити суд нити странке својим споразумом. Ако дужину рока одређује суд, на темељу законског овлашћења, ради се о *судском року*.⁴⁰ Трајање овог рока суд одређује на основу околности конкретног случаја, с тим што понекад законом може бити везан у погледу минималне или максималне границе њиховог трајања.⁴¹

Посебна врста процесних рокова је *парициони рок*.⁴² Он се одређује у кондемпнаторној пресуди туженом за извршење одређене радње, по правилу, у трајању од 15 дана (нпр., плаћање суме новца, испоруке одређене количине робе).⁴³ Суд може одредити и дужи рок ако се чинидба не састоји у новчаном давању, што се редовно дешава у парницама из стварноправних односа. Ако се ради о заштити државине, рок може бити и краћи од 15 дана, у зависности од околности случаја.⁴⁴ Краћи рок је нарочито сврсисходан ако треба отклонити ненадокнадиву штету или спречити насилно поступање.

³⁹ European Treaty Series, No. 5. Република Србија ратификовала је Конвенцију 26. 12. 2003. г. („Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, бр. 9/03 од 26. децембра 2003. године). Као и за остале државе чланице, и за нашу земљу је прихватање Конвенције био један од услова за пријем у чланство Савета Европе.

⁴⁰ Рокове који нису одређени законом, одређује суд, с обзиром на околности случаја (чл. 105. ЗПП). Законодавац предвиђа да суд одређује рок ако је потребно обезбедити еластичност поступка и прилагођавање посебним захтевима одређене парнице, што се не би могло постићи законским прописивањем дужине рока. С обзиром на конкретне околности, законски рок може бити превише кратак или строг по последицама, тиме и неодговарајући за остварење максималног процесног учинка. Судија може боље да процени које је оптимално време у коме треба обавити одређену радњу да би наступило њено пуно дејство.

⁴¹ На пример рок из чл. 103. ЗПП за исправљање неуредног или неразумљивог поднеска, који је упутила странка коју не заступа адвокат, или рок одређен вештаку за достављање налаза и мишљења у писаном облику (чл. 256. ст. 1. ЗПП). Значајна новина је немогућност продужења судског рока. Ранији ЗПП предвиђао је да се овај рок може продужити ако за то постоје оправдани разлози (чл. 111). По ЗПП из 2004. г., сви судски рокови су строги, стога - и преклузивни. Њихово пропуштање има исте последице као и пропуштање законских рокова – губитак права на накнадно предузимање радње.

⁴² Суштина овог рока је у гаранцији туженом коме је наложено испуњење чинидбе да пре његовог истека тужилац не може покренути поступак принудног извршења пресуде. Са становишта тужиоца и суда надлежног за спровођење извршења, парициони рок има карактер дилаторног рока. Овим се роком одлаже извршност пресуде.

⁴³ В. чл. 333. ст. 1. ЗПП.

⁴⁴ Рок за испуњење дужности које су наложене туженом у парници због сметања државине увек су судски, јер их одређује суд, према околностима конкретног случаја. В. чл. 450. ст. 1. ЗПП.

Субјективни и објективни рокови

Подела рокова на субјективне и објективне извршена је према околности која је меродавна за почетак тока рока. *Субјективни рок* почиње да тече од дана сазнања за одређену околност, а *објективни* - од наступања те правнорелевантне околности, без обзира када је правни субјекат за њу сазнао. Најчешће се ови рокови комбинују. Субјективни рок је увек краћи и релевантан само ако истекне у оквиру објективног рока. На пример, за подношење државинске тужбе субјективни рок износи 30 дана од дана сазнања за сметање и учиниоца. Објективни рок је годину дана и почиње тећи од дана учињеног сметања, тј. одузимања ствари. Објективни рок уједно је и преклузивни, јер право на државинску заштиту престаје у сваком случају, па и онда када до његовог истека није почео ток субјективног рока, јер овлашћени субјекат није сазнао за учиниоца, сметање или одузимање ствари. Правне последице пропуштања овог рока исказују се у престанку правне могућности да се заштити државина од тачно одређеног сметања или одузимања ствари. Досадашњи држалац губи ово грађанскоправно овлашћење, док државина лица које је извршило сметање или код кога се одузета ствар налази, постаје мирна. Због тога, ако тужилац пропусти рок за подношење државинске тужбе, суд одлучује мериторно и треба да одбије тужбени захтев који више није основан. По Закону о парничном поступку, међутим, пропуштање рока за подношење тужбе који је уведен посебним прописом, било процесним, било материјалноправним,⁴⁵ подређује се последицама предвиђеним за протек процесних рокова – тужба се одбацује (чл. 279. ст. 1. т. 2).⁴⁶

Одређени и одредиви рокови

Критеријум разликовања рокова може бити и прецизност израза којима су одређени. По том критеријуму онда разликујемо одређене и одредиве рокове. Трајање (дужина) рока прецизно је утврђено календарским навођењем датума, нпр., 15. септембар. Рок је *одређен* и ако је везан за неки догађај чији се датум унапред може израчунати, на пример, Ускрс. Будући одређени прецизним временским интервалом, није потребно накнадно их тумачити, а ретко ће доћи и до спора када истичу, јер термини којима су изражени имају јединствено значење.

⁴⁵ Рок за тражење судске заштите од узнемиравања или одузимања државине прописан је чл. 78. ст. 1. Закона о основама својинскоправних односа.

⁴⁶ Последице пропуштања рока за покретање парнице због сметања државине могу се отклонити заштитом државине по основу права на државину, која се остварује по правилима општег парничног поступка. Заштита се остварује својинскоправним тужбама које нису ограничене роком у коме се могу поднети („незастаривост“ права својине).

Одредиви рокови се означавају општим изразима, попут „без одлагања“, „промпт“, „разуман рок“, „примерено време“, „почетак“, „средина“ или „крај месеца“. Њихово значење није тачно одређено, али је одредиво. Ради се о изразима који у пословном промету имају конвенционално значење, или њихово значење произлази из свакодневног живота и поимања савесних и поштених људи. Уговарањем оваквих рокова, уговорне стране се не излажу опасности, јер ће, у случају спора, њихово значење тумачењем утврдити суд, водећи рачуна о околностима конкретног случаја, уобичајеној пословној пракси за ту врсту уговора и начелу савесности и поштења. Употреба одредивих рокова, као флексибилнијих, чак је и пожељна, зато што омогућава временско прилагођавање дејстава уговора потребама његових учесника. Одредивим роковима може се послужити и законодавац и истовремено одредити шта они значе, мада то није чест случај. Најчешће ће препустити да то учине учесници у правном промету својом праксом.⁴⁷ У Закону о облигационим односима су употребљени одредиви рокови попут „накнадни примерени рок за испуњење обавезе“ (чл. 262. ст. 3) или „разуман рок“,⁴⁸ али није одређено њихово значење. Трајање ових рокова одредиће сами саговорачи, према својим потребама и природи уговорних обавеза, а у случају спора - суд. Неким изразима законодавац је ипак одредио значење. Израз „почетак месеца“ означава први дан у месецу; „средина“ – петнаести, а „крај“ – последњи дан у месецу (чл. 77. ст. 4. ЗОО). Пошто су ове одредбе диспозитивне, стране могу уговорити и другачија правила за тумачење или се определити за, другим прописима утврђена значења, ако су еластичнија (нпр., из Општих узанси за промет робом).

Извесни и неизвесни рокови

Блиска претходној подели је подела на извесне и неизвесне рокове. *Извесни* су они рокови који су одређени календарски, фиксирањем за одређени датум или догађај који је одређен само по свом називу, с тим да се датум тог догађаја унапред може израчунати (нпр., Божић). Код *неизвесних рокова* унапред се не зна време наступања будућег догађаја, мада је његова реализација сасвим извесна (нпр., смрт је одређена као рок). Употреба ових изрза може да доведе до мешања неизвесних рокова са условом (чија је појмовна претпоставка управо неизвесност реализације условљеног догађаја), па ова подела није општеприхваћена. Треба, ипак, истаћи да се и са таквим

⁴⁷ Постоје и изузеци. Видети нпр., Опште узансе за промет робом, бр. 81 и 82.

⁴⁸ Пример таквог рока постоји у случају релативно фиксног уговора чијим одређивањем поверилац отклања аутоматски раскид уговора који није испуњен на време и дужнику омогућава да обавезу испуни накнадно (чл. 125. ст. 3. ЗОО) или у случају да је купац, због мана на ствари, захтевао уредно испуњење уговора – отклањање недостатка или предају друге исправне ствари, када продавац треба у разумном року да поступи по купчевом захтеву (чл. 489. ЗОО).

изразима разлика између рока и услова не губи. И даље се ради о услову ако је наступање самог догађаја неизвесно. Ако је реализација извесна, ради се о року, чак и ако је крајње неизвесно када ће то бити.

Законски, судски, споразумно и једнострано одређени рокови

Према субјекту који их одређује, рокови могу бити законски, судски, споразумно и једнострано одређени. Неки аутори овој групи додају и уобичајене рокове, који се одређују месним обичајима или узансама.⁴⁹ Такви рокови по правилу су уједно и одредиви, јер се одређују описним изразима чије значење треба накнадно прецизирати.

Природи уговорних односа (добровољност, начело аутономије воље) својствено је да рокове одређују уговорне стране. *Споразумно одређивање рокова* гаранција је да ће се преузете обавезе испунити уредно и на време, јер су уговарачи претходно проценили најповољнији тренутак за наступање правних учинака уговора, и изразили га роком или термином. Треба рећи да уговарачима могу бити императивно одређени и законски рокови, у смислу максимума или минимума трајања рока. На тај начин се гарантује извесност у облигационим односима или се обезбеђује равноправност њихових субјеката.⁵⁰ Поводом уговорног односа, суд је најчешће у прилици да одређује рок за испуњење доспелих обавеза које нису испуњене у року и на захтев повериоца (парисиони рок). Рокови могу бити одређени и вољом само једног учесника у правном односу. То су *једнострано одређени рокови*. Такав је рок за прихват понуде који је понудилац оставио понуђеном за изјашњавање о предложеним условима уговора, после чијег истека се не сматра везан понудом ако она није прихваћена у остављеном року. Може бити спорно тумачење рокова којим је време испуњења обавезе остављено на вољу дужнику (дужник се обавезао да испуни обавезу „када буде хтео“) или зависно од његових могућности (дужник се обавезао да испуни обавезу „када буде могао“). Ови рокови су неизвесни и доста слични потестативним условима. Према ставу француских судова, овакве обавезе нису модификоване условом, већ су орочене. У првом случају, обавеза доспева најкасније у часу смрти дужника, у другом – суд ће по потреби одредити када истиче рок, водећи рачуна о свим околностима случаја.⁵¹ Аустријски грађански законик предвиђа да, ако је дужник задржао

⁴⁹ Ј. Радишић, „Време и рокови у уговорним облигационим односима и правне последице њиховог непридржавања“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, св. 8, година 1969, стр. 106.

⁵⁰ Сувласници, на пример, могу уговором искључити право на деобу ствари, али не дуже од пет година. У уговору о раду може се предвидети клаузула забране конкуренције, која може важити најдуже две године.

⁵¹ О. Станковић, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Београд, 1978, т. II, стр. 1082.

право да време испуњења одреди према свом нахођењу, онда поверилац треба да чека његову смрт, па да испуњење тражи од дужникових наследника, а ако је обавеза лична и ненаследива - да се обрати суду ради одређивања времена за испуњење обавезе. Суд ће одредити рок и ако се дужник обавезао да испуни обавезу када буде могао (§ 904. АГЗ). У нашем облигационом праву важи правило из чл. 317. ЗОО: „Кад је одређивање времена испуњења остављено на вољу повериоцу или дужнику, друга страна може, ако овлашћеник не одреди рок ни после опомене, захтевати од суда да одреди примерен рок за испуњење“.

Последице протекла и пропуштања рока

Последице протекла материјалноправних рокова зависе од врсте рока. Истек преклузивног рока има најстрожу последицу, јер гаси право, тј. правну моћ чије је вршење везано за рок. Истек рока застарелости погоршава процесну позицију повериоца (тужиоца), јер се за дужника (туженог) ствара могућност да не испуни обавезу истицањем да је застарела. Успешно употребљен приговор застарелости води ка одбијању тужбеног захтева. Повериочево право потраживања прелази из правне у сферу моралног, постаје неутужива тражбина и може се остварити само ако дужник добровољно испуни обавезу. Пропуштањем рока за испуњење обавезе могу настати две ситуације. Код уговора нефиксног карактера време испуњења није битан састојак уговора, тако да пропуштањем рока није учињена битна повреда уговора. У овом случају наступа доцња дужника, па се првобитној обавези дужника морају или могу додати и неке нове, секундарне, од којих је најзначајнија обавеза на накнаду штете због доцње. Код фиксних уговора, где је рок битан састојак, уговорни однос се гаси по сили закона, а првобитна обавеза се може преобразити у обавезу на накнаду штете због неиспуњења. Овде наступа тежа последица, јер се неиспуњење обавезе у фиксном року сматра битном повредом уговора.⁵² Истекотом отказног рока окончава се трајни уговорни однос, а последице истека, по правилу, настају за убудуће (*pro futuro*).⁵³

Процесни рок за предузимање парничне радње је пропуштен ако странка радњу није предузела у предвиђено време. Према томе, усмена радња је пропуштена ако странка до закључења рочишта није дошла, а уредно је

⁵² Апсолутно фиксни уговор престаје за обе стране, а релативно фиксни - по сили закона само за дужника, док поверилац и даље може одржати уговор на снази, под законом одређеним условима.

⁵³ За сауговораче престаје обавеза да убудуће испуњавају чинидбе; примљене чинидбе задржавају, без права на повраћај испуњених противчинидаба (нема реституције). Изузетак од овог правила су доспеле а неиспуњене чинидбе; стране су дужне испунити их и након окончања уговорног односа, зато што истек рока њима није укинуо правни основ из ког су проистекле. („Поверилац има право да захтева од дужника оно што је доспело пре него што је обавеза престала *протекот рока или отказом*.“, чл. 358. ст. 6. ЗОО).

позвана, или ако је присутна, али одбија да се упусти у расправљање, удаљи се или буде удаљена са рочишта због нарушавања реда. Радња која се предузима у писаном облику (у форми поднеска) благовремена је ако је предата суду пре истека рока (чл. 107. ст. 1. ЗПП). Неблаговремене поднеске суд ће одбацити, неупуштајући се у мериторно одлучивање. Ако је пропуштен грађанскоправни рок, нпр., рок застарелости, суд одбија тужбени захтев, чему је претходило расправљање о суштини ствари, које је показало да не постоје материјалноправни услови (услови предвиђени материјалним правом) да се тужбени захтев усвоји.⁵⁴

У процесном закону нема начелних одредаба о последицама пропуштања рока. Најзначајнија је свакако преклузија – губитак права да се радња накнадно предузме. У неким случајевима, на пропуштање се надовезују још неке последице. Оне се редовно састоје у правним претпоставкама, некада и правним фикцијама, о манифестацији одређене процесне воље странке која је пропустила рок. Тако се сматра да је тужба повучена ако са рочишта за главну расправу неоправдано изостану и тужилац и тужени (296. ст. 2. ЗПП). Последице пропуштања наступају по сили закона, без предлога противне странке. Изузеци су ипак могући. Суд ће, на пример, једну странку обавезати на накнаду трошкова због пропуштања само ако то тражи друга странка.⁵⁵

Ради отклањања неповољних последица пропуштања и спречавања погоршања процесног положаја странке, у процесном праву постоји институт враћања у пређашње стање. Он треба да се користи само у оним случајевима у којима се пропуштање не може сматрати кривицом странке или ако за пропуштање рока постоје оправдани разлози. Суштина института састоји се у враћању поступка у ону фазу у којој се налазио пре пропуштања рока или рочишта да би се странци омогућило да пропуштену радњу накнадно предузме. Претпоставке за враћање у пређашње стање одређене су законом: да је странка пропустила рок или рочиште, да је пропуштање последица оправданих разлога, које је странка дужна да докаже, а суд их цени по слободној оцени, и да је предлог за повраћај благовремен.⁵⁶ Потребно је и да странка, због преклузије, не може да на други начин оствари циљ који је намеравала остварити непредузетом радњом. Уколико је странка пропустила рок, дужна је да уз предлог којим тражи враћање у пређашње стање предузме и пропуштену радњу (на пример, да преда уређену тужбу која јој је враћена на исправку у смислу чл. 103. ст. 1. ЗПП).

⁵⁴ Расправљање у меритуму је показало да „право није на тужиочевој страни“ и да његов захтев нема основ у материјалном праву.

⁵⁵ Када се ради о поднесцима везаним за рок, благовременост се у неким случајевима не процењује према дану када је поднесак стварно примљен у суд, већ према неком другом тренутку који претходи том дану, нпр., за поднеске упућене суду препорученом пошљицом или телеграфом, преко војне јединице или завода за извршење санкција (чл. 107. ст. 2, 4. и 5. ЗПП), као и за поднеске благовремено предате ненадлежном суду (чл. 107. ст. 6. ЗПП).

⁵⁶ В. чл. 111-116. ЗПП.

Закључак

У свету правних појава постоји више таквих у којима се протек времена појављује као релевантна правна чињеница. За неке је време само једна споредна, мање важна чињеница, за друге – толико битна да, својим протеком, или укида постојеће право (застарелост), или ствара ново (одржај). Један од видова „оспољавања“ интеракције времена и права је рок. Овај институт је веома значајан, јер се њиме појавама и догађајима из спољњег света одређују временски оквири, и тако између њих успоставља поредак да би се лакше разумели и контролисали.

Грађанско право у нашој земљи није кодификовано, па су правила о роковима прописана Законом о облигационим односима, који се, осим на облигационоправне, примењује и на остале материјалноправне рокове, осим ако за неке од њих важе посебна правила. За процесне рокове важи Закон о парничном поступку. И један и други закон уређују рачунање рокова; појам и врсте рокова су препуштени правној теорији. Тамо су они дефинисани опште-прихваћеном дефиницијом – рок је свако ограничено временско раздобље за наступање споразумно одређеног или законом прописаног правног дејства. На основу различитих критеријума, рокови су подељени у више група, а сваком је изражена нека њихова специфичност – субјекат који их одређује, правила којима су уређени или дејство које производе у правним односима. У раду је обрађено више врста рокова, са посебним освртом на специфична дејства сваке врсте; обрађени су материјалноправни и процесноправни рокови; субјективни и објективни; одређени и одредиви; извесни и неизвесни; законски, судски, споразумно и једнострано одређени рокови (подела на одложни и раскидни рок није била предмет анализе, зато што се њима, вољом сауговорача, на специфичан начин мења време наступања дејства правног посла или његово трајање). Учињен је посебан осврт на материјалноправне рокове, који су за грађанско право најзначајнија, али и најхетерогенија група, па их је потребно даље класификовати у више подгрупа. У раду су они разврстани на рок застарелости и преклузивни рок, отказни рок и рок за испуњење обавеза. Дејства и последице протеча и пропуштања ове и осталих врста рокова анализирани су у последњем делу рада.

Ivana Simonović, LL.M.
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Niš

LIMITATION PERIODS IN CIVIL LAW

Summary

In this paper, the author analyzes the institute of a limitation period as one of the most significant legal institutes in civil law and in other areas of law where time has some impact on legal relations. Given the fact that civil law has not been codified in our country, the rules on limitation periods are prescribed in the Obligation Relations Act. Apart from being used in the law of obligations, these rules also apply to limitation periods in other areas of substantive law, unless these limitation periods are regulated by some other specific rules. Limitation periods in procedural law are subject to the Litigation Procedure Act. Both Acts prescribe how limitation periods are calculated while the legal theory defines the concept and determines the classification of limitation periods.

In legal theory, a limitation period is defined as any limited period of time which produces a specific mutually agreed or legally prescribed legal effect. On the basis of different criteria, limitation periods are classified in a number of categories, each defined by a distinctive feature (e.g. the party or authority that determines the limitation period, the rules it is regulated by, or a legal effect it produces in legal relations). In this article, the author has examined the specific characteristics of different kinds of limitation periods: substantive and procedural; subjective and objective; defined and defining; certain and uncertain; statutory and judicial, unilateral or mutually agreed limitation periods. The classification into suspensive and resolute limitation periods has not been part of this analysis because by using these two kinds of limitation periods the contracting parties may alter (upon mutual agreement) either the time limit when the contract is expected to produce effect or its duration. The author has specifically considered the substantive limitation periods which are of the foremost importance in civil law but also the most heterogeneous category; for this reason, they need to be further classified into a number of subcategories. In this paper, the substantive limitation periods are subdivided into a statutory limitation period and a preclusion limitation period, a period of notice and a period for the performance of an obligation. In the final part of the paper, the author analyses the effects and the consequences of the lapse of time and failing to observe these and other types of limitation periods.

Key words: limitation period, time limit, types of limitation periods, lapse of time, failure to observe a limitation period

UDK: 347.951.04

Сања Марјановић-Цветковић

САОПШТАВАЊЕ ПРАВНИХ СХВАТАЊА СУДА У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ*

Апстракт: У савременом парничном поступку доминира начело диспозиције, које је утицало на то да се парница посматра пре свега кроз процесну делатност странака. Наиме, чини се да првенствено од њихове активности и агилности зависи и исход спора. Међутим, занемарује се да је парница тространи правни однос и да у њој суд има веома значајну улогу, која умногоме одређује исход поступка. С тим у вези, поставља се и низ питања: на који начин успоставити баланс између странака и суда у одговорности за исход поступка; како спречити да пресуда буде изненађење за странке; како одредити праву меру проактивног укључивања суда у парницу; да ли би саопштавање правних схватања суда угрозило право странака на непристрасан суд. Аутор у раду настоји да на њих одговори кроз призму права на правичну процесну равнотежу, а посебно у односу на право на једнакост у „оружју“.

Кључне речи: саопштавање правних схватања суда, „отворено правосуђење“, „пресуда-изненађење“.

Увод

Право на правично суђење изричито је гарантовано Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године (даље Конвенција).¹ Оно је било предвиђено и у раније усвојеним документима Уједињених нација – Општој декларацији о правима човека и Међународном пакту о грађанским и политичким правима.² Прецизније дефинисање појма права на правично суђење захтева анализу његовог комплексног садржаја, будући да се о његовом поштовању може говорити уколико се остварују право на приступ суду, право на јавност у поступку, право на

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Члан 6. Европске конвенције.

² Члан 10. Опште декларације и члан 14. став 1. Међународног пакта.

непристрасан и независан суд и право на поступак одговарајућег квалитета. Право на суђење у разумном року уједно је и најчешћи повод за подношење представки Европском суду за људска права (даље Европски суд).³

Право на независан и непристрасан суд нужан је услов за остваривање свих осталих права предвиђених Конвенцијом. Оно се, традиционално, обезбеђује путем поделе власти и принципа легалитета, међусобне независности судија, непристрасности судија у објективном и субјективном смислу, али све више и кроз транснационално утврђивање стандарда судијске независности и праксе Европског суда.⁴ С друге стране, право на поступак одговарајућег квалитета подразумева право на процесну равноправност и једнакост у „оружју“ и право на (обострано) саслушање странака. При томе је уобичајено да се остваривање ових права посматра у односу тужилац-тужени, али се проблем може сагледати и у односу странака и суда. Питање се може анализирати и са аспекта оправданости преовлађујућег става да су странке истински „господари“ парнице од чије процесне делатности исход парнице првенствено зависи.

Избор теме определио је сам значај саопштавања правних схватања суда, који се може анализирати кроз призму права на процесну равноправност и једнакост, као и права на независан и непристрасан суд. Реч је о праву које Конвенција посебно не наводи, већ је оно резултат јуриспруденције Европског суда.

1. Процесна равноправност и једнакост у „оружју“ - странке и суд

Закон о парничном поступку (даље ЗПП) у својим основним одредбама уводи дужност суда да свакој странци пружи могућност да се изјасни о захтевима и наводима парничног противника.⁵ Традиционално схватање парничног поступка у коме доминира расправно начело, темељи се на тези да странци прети „опасност“ само од њеног противника јер се између ова два субјекта води својеврсна борба на процесном терену. Успех у парници директно зависи од њихове појединачне вештине уверавања суда у сопствену субјективну истину. То је последица фаворизовања начела диспозиције, које

³ Видети више: Н. Петрушић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на решавање грађанскоправне ствари у разумном року*, Тематски Зборник Правног факултета у Нишу „Европски систем заштите људских права: искуства и нови изазови“, Ниш, 2005, стр. 199 – 221. А. Радоловић, *Заштита права на суђење у разумном року – реална могућност, (пре)скупа авантура или утопија?*, Зборник Правног факултета Свеучилиштва у Риједи, Ријека, 2008, стр. 277 – 315.

⁴ Г. Станковић, *Право на правично суђење и право на независног и непристрасног судију*, Тематски Зборник Правног факултета у Нишу „Европски систем заштите људских права: искуства и нови изазови“, Ниш, 2005, стр. 231.

⁵ Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 125/2004.

подразумева да само од диспозиција странака зависи обликовање процеса. Ефекат се додатно појачава узимајући у обзир релевантне одредбе ЗПП. Наиме, суд у парничном поступку одлучује у границама захтева који су стављени у поступку, а којима странке могу слободно располагати, осим ако су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала.⁶ Суд ће свакој странци пружити могућност да се изјасни о захтевима, предлозима и наводима противне странке, а само у случајевима предвиђеним законом моћи ће да одлучи о захтеву о коме противној странци није била пружена могућност изјашњавања.⁷ Такође, странке су дужне да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да предложе доказе којима се те чињенице поткрепљују.⁸

Међутим, иако се чини да се парнична процедура удаљила од доминације начела официјелности и истражног начела, занемарује се чињеница да је парница, посматрана као целина, тространи правни однос. Њени субјекти нису само тужилац и тужени, већ и суд. Иако се сматра да је примаран задатак судије да на основу утврђене „субјективне“ истине доносе одлуку и реши спор, занемарује се чињеница да је и он активни учесник поступка. Штавише, од обима његових овлашћења, стручности и умећа у управљању парницом зависи у великој мери и исход поступка. Тим пре што теме расправљања не одређују само странке будући да је судија изричито овлашћен да утврђује чињенице и изводи доказе и које оне нису изнеле и предложиле, ако посумња у допуштеност њихових диспозиција. Такође, судија је тај који процењујући њихову правну релевантност одлучује који ће се докази извести.

У току целог поступка, мотивисан доношењем одлуке која ће удовољити захтевима законитости, правилности и правичности, те смањењем могућности да она буде успешно побијана правним лековима, судија непрестано размишља, поставља радне тезе, проверава их, по потреби их напушта, формира нове и, у коначном, заузима ставове о проблему који му је поверен на решавање. Те сложене, мање или више дуготрајне, мисаоне операције, које претходе завршном судском силогизму, одвијају се и ван суднице и у њој. Међутим, чак и ако се дешавају у присуству тужиоца и туженог, они су углавном искључени из сазнања о њима. Странке, евентуално, могу о томе посредно нешто и наслутити јер судија, вршећи своју законску дужност, поставља питања и стара се и на други целисходан начин да се изнесу све битне чињенице, допуне непотпуни наводи странака о правно релевантним чињеницама и релевантна доказна средства и да се уопште пруже сва разјашњења неопходна за правилно формирање чињеничне подлоге.⁹ Међу-

⁶ Члан 3. ЗПП.

⁷ Члан 5. ЗПП.

⁸ Члан 7. став 1. и 4. ЗПП.

⁹ Члан 229. ЗПП.

тим, поставља се питање да ли странке треба тек да наслућују његова правна схватања или имају право да им се то и изричито саопшти.

Начело једнакости правног положаја процесних субјеката и принцип контрадикторности, како га схвата Европски суд, тражи да странке буду упознате са ставовима суда од којих зависи усмеравање парнице и њена судбина, нарочито ако они одступају од страначких.¹⁰ У његовој пракси право странака на саслушање проширено је тако да обухвата и право да им се предоче предлози, наводи и мишљења свих органа и лица који би могли утицати на одлуку.¹¹

2. Феномен „пресуде-изненађења“ и концепт тзв. „отвореног правосуђења“

Суд није везан за правни основ који је евентуално наведен у тужби, али странке задржавају право да и у току главне расправе износе своја правна схватања која се односе на предмет спора.¹² Ако следимо правило да странка која погрешно наведе правни основ не може због тога трпети штетне последице јер суд њиме није везан због примене правила *iura novit curia*, поставља се питање да ли је она заиста у том случају и суштински заштићена. Наиме, ако странка пре закључења главне расправе не сазна за ову своју грешку, онда ће се нужно суочити са феноменом „пресуде-изненађења“. У том тренутку њено право одбране већ је додатно ограничено јер одлуку може побијати тек правним лековима, при чему треба имати у виду ограничења изношења нових чињеница и предлагања нових доказа. Дакле, странка је ипак на изванредан начин санкционисана због своје грешке у оцени правне природе спора, те је јасно да јој не прети опасност само од парничног противника већ и од суда.

Принцип тзв. „отвореног правосуђења“, дефинисан као дужност суда да странкама саопшти своја схватања о правној природи спора, познат је у теорији и уведен изричитим законским одредбама у парнично законодавство и неких бивших југословенских република. Новелама Закона о парничном поступку Републике Хрватске (даље ЗПП РХ) из 2003. године извршена је

¹⁰ Наведено према: Трива С., Дика М., *Грађанско парнично процесно право, седмо измењено и допуњено издање*, Загреб, 2004, стр. 151.

¹¹ Видети одлуке: *Feldbrugge V. Netherlands* од 29. 05. 1986. године (ускрађивање права на изјашњење поводом налаза и мишљења сталних медицинских вештака), *Lobo Machado V. Portugal* од 20. 02. 1996. године, *Vermeulen V. Belgium* од 20. 02. 1996. године (ускрађивање права на изјашњење о наводима и мишљењима државног правобранилаштва), <http://cmiskp.echr.coe.int>.

¹² Члан 298. став 4. ЗПП.

експлицитна декларација овог принципа.¹³ У том смислу, предвиђено је да суд може током поступка, када оцени да је то сврсисходно за правилно решавање спора, упозорити странке на њихову дужност изношења битних чињеница и предлагања доказа, те изнети разлоге због којих сматра да је то потребно.¹⁴ Осим тога, ЗПП РХ је увео још једну значајну новину, која се односи на дужност суда да, у мери у којој је то потребно за утврђивање чињеничног стања важног за одлуку, размотри са странкама и правна питања спора.¹⁵ При томе се пошло од става да се све норме ЗПП РХ могу разумети тек ако се тумаче у смислу овог начела. Треба имати у виду да су поједине његове одредбе, које су иницирале изричито увођење принципа „*отвореног правосуђења*“, веома сличне или чак идентичне онима садржаним у домаћем ЗПП. Пре свега, оба закона предвиђају: суд своју одлуку не може утемељити на чињеницама и доказима о којима странкама није дата могућност изјашњавања, подразумевајући и случајеве прикупљања процесног материјала по службеној дужности (члан 7. став 4. ЗПП/члан 7. став 2. и 3. ЗПП РХ); дужност суда да образложи решење којим одбија предлог странке за извођење доказа (члан 301. став 2. ЗПП/члан 300. ЗПП РХ); усвајање тужбеног захтева услед пропуштања (*оглухе*) није могуће ако из чињеница наведених у тужби не произилази основаност тужбеног захтева, којом приликом суд заказује припремно рочиште и ако тужба не буде ни на рочишту преиначена, захтев се одбија (члан 338 ЗПП/члан 331-332 ЗПП РХ). У овом случају, може се закључити да евентуалном преиначењу захтева мора претходити упозорење тужиоцу да је његов захтев неоснован, уз сугестију да га сврсисходно преиначи. Осим тога, решавање претходног питања или доношење међупресуде нужно подразумева и објашњење странкама које им радње предстоје у даљем поступку и који је њихов циљ. Даље, суд не може ни ефикасно сузбити недопуштене диспозиције странака ако им не објасни разлог недопустивости. У свим наведеним ситуацијама, суд, обављајући своју дужност, заправо са странкама разматра управо правна питања спора, што представља саставни елемент концепта „*отвореног правосуђења*“, иако таква обавеза нема своје изричито утемељење у ЗПП. Очигледно је да се принцип у одређеној мери већ индиректно примењује, иако га домаћи ЗПП не прокламује на изричит начин.

Увођење овог начела може користити и странкама и суду. Првим, зато што за њих дефинитивно више нема тајни у поступку, те би се благовремено

¹³ Закон о измјенама и допунама Закона о парничном поступку, *Народне новине бр. 117 од 23.07.2003. године*, <http://narodne-novine.nn.hr>. У Хрватској је први пут изричито утврђен у Правилнику о сталном изабраном суду при Привредној комори Хрватске из 1974. године, *Народне новине СРХ 45/74*.

¹⁴ Члан 219. став 2. ЗПП РХ.

¹⁵ Члан 298. ЗПП РХ.

превенирале констатације да су приликом расправљања учиниле битне пропусте јер су другачије поимале правну природу спора. Суд би, такође, имао одређених погодности будући да би се бар делимично смањило ризик успешног побијања одлуке. Наиме, може се десити да суд заузме погрешан став на бази чињеница које су изнете, а које не морају пружати потпуни увид у стање ствари. Директна последица тога је супсумпциона грешка, самим тим и могућност укидања одлуке постаје реална. У комуникацији са странкама, посебно са њиховим адвокатима, суд би могао да изношењем својих ставова наведе странке да саопште и оно што су прећутале, намерно или зато што су мислиле да није од важности јер би недвосмислено схватиле да од тога зависи и њихов успех у парници. Смањила би се и потреба за применом правила о терету доказивања у објективном смислу, будући да би странке знале које правно релевантне чињенице треба да изнесу и које доказе да понуде. Осим тога, постулати „отвореног правосуђења“, *de lege ferenda*, требало би да важе и ако странке заступају адвокати јер ипак оне одлучују које ће чињенице навести, а које прећутати и суду, али и адвокату. Осим тога, када пуномоћници саопштавају информације које су добили од странке они их заправо поново уобличавају, апстрахујући оно што сматрају небитним, а што може бити последица њихове погрешене оцене. Управо из тог разлога и постоји могућност тзв. информативног саслушања странке која има пуномоћника, ако је потребно њено лично изјашњавање о непотпуним или нејасним чињеницама које треба утврдити у парници.¹⁶

Осим тога, у парничном поступку са иностраним елементом могло би се избећи додатно проблематизовање квалификације од које зависи меродавно право. Наиме, у фази када није одређена ни колизиона норма ни меродавно право, могућ је сукоб квалификација у погледу правних категорија. Примера ради, уколико је заједнички тестамент супружника српских држављана састављен у држави чије право дозвољава ову могућност, сасвим је извесно да ће бар неки од потенцијалних наследника, који се сматрају ускраћеним, покушати да оспори његову пуноважност. Наиме, суд може одлучити да решавању овог питања приступи са аспекта тестаменталне способности, што би значило примену *lex nationalis* оставиоца у тренутку састављања завештања, те би тестамент био непуноважан. С друге стране, суд га може квалификовати и као питање форме што води примени *lex loci actus* по којем би тестамент био пуноважан. Иако се сукоб квалификација правних категорија по правилу решава применом *lex fori*, у доктрини се наилази на став да се наведени проблем може посматрати и са аспекта слободе узајамних располагања. У том смислу, уколико таква слобода постоји, те опозив од стране једног лица не утиче на ваљаност располагања другог лица, онда би се

¹⁶ Агументи из члана 84. став 4. ЗПП.

заједнички тестамент могао третирали као проблем форме тестаментa. Уколико је, пак, реч о *testamentum corespectivum* или се међусобна располагања условљавају, завештање не би било пуноважно јер би се применила колизиона норма о тестаменталној способности.¹⁷ То значи да судија може проценити које су чињенице правно релевантне тек пошто реши питање квалификације. С друге стране, странке могу сазнати које су околности важне за решавање спора, а самим тим и предложати доказе, само ако им суд саопшти резултат квалификације. Проблем је још уочљивији уколико је реч о установи која не постоји у домаћем праву. Наиме, у случају да је она непозната, али у сличној функцији, проблем је релативно једноставнији и решава се тако што ће је суд, након анализе њених карактеристика према страном праву, подвести под одговарајућу установу домаћег права и применити адекватну колизиону норму. У другом, пак, не постоји домаћа установа која је еквивалент страном, те суд има креативнију улогу јер мора попунити правну празнину применом члана 2. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља.¹⁸ Типичан пример је траст (*trust*). У теорији постоји спор о томе да ли се он може подвести под уговор у корист трећег или нема еквивалентне установе.¹⁹ Тада заправо треба одговорити на питање да ли суд треба да изнесе своје правно схватање ако поводом одређеног правног питања није заузет јединствени став у теорији и пракси. Очигледно је да судови решавању овог проблема могу различито приступити. У свим наведеним случајевима, да би странке могле да предузимају све оне делатности којима у парници изражавају своју процесноправно релевантну вољу диспонирајући процесним овлашћењима, неопходно је да буду благовремено обавештене о начину на који ће се приступити решавању проблема квалификације. Без ове дужности суда, право странака на предвидивост меродавног права остаје само слово на папиру.

3. Саопштавање правних схватања суда - *de lege ferenda*

Иако ЗПП изричито не садржи принцип саопштавања правних схватања суда („створеног правосуђења“) чини се да има места његовом укључивању у постојећи систем парничних начела *de lege ferenda*, тим пре што је међународна обавеза државе да свој правни систем организује на начин који обезбеђује да судови испуне захтеве из члана 6. става 1. Европске конвенци-

¹⁷ М. Дика, Г. Кнежевић, С. Стојановић, *Коментар Закона о међународном приватном и процесном праву*, Београд, 1991, стр. 105.

¹⁸ Сл. лист СФРЈ бр. 43/82, 72/82, Сл. лист СРЈ бр. 46/96 и Сл. гласник РС бр. 46/2006.

¹⁹ Видети ставове *pro et contra*: М. Рочкомановић, *Међународно приватно право*, Ниш, 2006, стр. 96, М. Живковић, М. Станивуковић, *Међународно приватно право: општи део*, треће измењено и допуњено издање, Београд, 2008, стр. 249 и даље.

је.²⁰ Мада она непосредно не наводи ово право, можемо га посматрати као саставни елемент права на поступак одговарајућег квалитета. На основу свега до сада наведеног, може се закључити да се овај принцип у одређеној мери већ индиректно остварује тим пре што се ваљано материјално управљање парницом не може замислити без изјашњавања суда о томе шта и зашто сматра важним у спору. Његово изричито увођење *de lege ferenda* употпунило би оно што је само делимично речено и представљало би сигуран основ за законитији, правилнији и правичнији парнични поступак.

Начело „отвореног правосуђења“ само привидно представља опасност од нарушавања непристрасности суда. Наиме, објективност подразумева да не постоји наклоност судије према некој од странака или да не постоје предрасуде према одређеној категорији лица која се јављају као учесници у поступку. Саопштавањем правних схватања судија очигледно не би нарушио наведени принцип. Напротив, сарадњом са странкама и предочавањем разлога за заузимање конкретног става, који би био подложен промени у зависности од резултата појединих фаза расправљања, умањила би се евентуална сумња. С друге стране, она, по правилу, постоји баш у случају „пресуде-изненађења“. Осим тога, своју непристрасност судија управо и демонстрира спремношћу да напусти претходну концепцију о садржају и природи проблема, ако на то указују резултати расправљања. Уколико суд остане при погрешној правној оцени починиће низ других грешака, које ће коначно значити и доношење неправилне, незаконите и неправичне одлуке. Странке имају могућности да улагањем правних лекова војују против ње, а судија се излаже још већој непријатности – укидању одлуке. Може се закључити да ће у таквој ситуацији судија изабрати оно што се чини мањим „злом“. Такође, можемо се запитати и какав би утисак у погледу стручности и професионализма суда такво поступање оставило на странке. Ипак, ако оне правилно разумеју сврху, ако схвате да је то у њиховом интересу и да је то природан и логичан след догађаја иницираних новим резултатима расправљања, онда се и значај те бојазни може умањити.

Најочигледнији пример у прилог „отвореном правосуђењу“ је поступање инстанционог суда приликом укидања пресуде. Наиме, да би се поновно суђење пред првостепеним судом овог пута ваљано обавило, он даје прецизна упутства о задацима које првостепени суд мора извршити. То подразумева и отворено изјашњавање о чињеничној и правној проблематици спора. Поједини правни писци се са разлогом питају зашто то не би било допуштено и пре него што прво суђење буде неуспешно.²¹ Странке у сваком случају сазнају разлоге и правна схватања по пријему решења другостепеног суда и већ добро припремљене могу учесвовати у поновном расправљању пред првосте-

²⁰ Схватање Европског суда цитирано према Н. Петрушић, *op.cit.*, стр. 216.

²¹ Трива С., Дика М., *op.cit.*, стр. 153.

пеним судом. Непризнавањем овог принципа, странкама се неоправдано сужава право на одбрану према суду, која је једнако важна као и она која се предузима према парничном противнику. Тиме би се директно и недвосмислено омогућила права, суштинска процесна равноправност у тространом правном односу-тужилац, тужени и суд.

Није мање значајан ни утицај „отвореног правосуђења“ на окончање поступка у разумном року будући да би се смањило време које суд утроши у покушају да наведе странке, посебно оне невичне праву, да дају сва потребна разјашњења важна за одлучивање. Саопштавањем правног схватања странкама било би недвосмислено јасно које чињенице треба да изнесу и које доказе да предложе да би успеле у парници. С друге стране, и суд би тиме обезбедио прикупљање солидне и правилне процесне грађе, а у коначном и доношење одлуке у разумном року. При томе треба имати у виду да прихватљива граница у остваривању овог принципа умногоме зависи од стручности, искуства и умећа судије јер се свако начело, макар и савршено нормирано, може обесмислити у рукама недовољно савесног и марљивог судије. У том смислу, не треба занемарити ни утицај јавности у поступку. Управо њене реакције пружају праву слику о функционисању закона у пракси. „Текстови нам показују статистику. Процес је динамика. Тек у судској пракси можемо да откријемо она „друштвена молекуларна кретања“ која представљају остваривање једног закона“.²²

²² М. Марковић, *Основна начела парничног поступка*, Нови Сад, 1977, стр. 84.

Sanja Marjanović-Cvetković, LL.B.
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Niš

PRESENTATION OF THE COURT'S LEGAL APPROACH IN A LITIGATION PROCEEDING

Summary

The contemporary litigation procedure is dominated by the disposition principle, which plays a significant part in the established approach that civil procedure should primarily be observed through the procedural activities of the parties. The litigants' activity and proactive approach seem to be most important for the ultimate outcome of the dispute. However, it is a frequently disregarded that litigation is a three-lateral legal relationship in which the court has an important role in the decision-making process as well as a significant impact on the outcome of the proceeding; namely, the scope of court's authorities, competences and capacities to manage the litigation proceedings directly determine the ultimate litigation outcomes. Concerning the abovementioned problem, there are many questions to be answered: how to achieve a balance between the parties and the court in terms of their responsibility for the outcome; how to prevent the phenomenon of "*a surprise-judgment*"; how to determine the right measure of the court's proactive role in litigation; whether the presentation of the court's legal approach would jeopardize the parties' right to be tried by an impartial and independent judiciary.

In this paper, the author has endeavoured to provide answers to these questions by exploring the right to a fair procedural balance as related to the right to the equality of arms.

Key words: presentation of court's legal approach, "*open adjudication*", "*a surprise-judgment*"

UDK: 347.921.8:347.99(497.11)

Анђелија Адамовић, сарадник у настави

Правни факултет Универзитета у Нишу

ОСЛОБОЂЕЊЕ ОД ПРЕТХОДНОГ ПЛАЋАЊА ТРОШКОВА ПОСТУПКА – ПРАКСА ОПШТИНСКОГ СУДА У НИШУ У 2007. ГОДИНИ*

***Апстракт:** У овом раду аутор разматра питање ослобођења од претходног плаћања трошкова парничног поступка. У ту сврху, први део рада посвећен је анализи нормативног оквира овог института, првенствено кроз одредбе Закона о парничном поступку Републике Србије, а са освртом на гаранције права на приступ правди признате међународним документима.*

Други део рада представља анализу резултата истраживања спроведеног у Општинском суду у Нишу. Увидом у списе предмета, направљен је профил парничних странака које су подносиоци захтева за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, утврђене су околности на које се странке позивају подносећи предлог и дат је преглед одлука по овом захтеву.

***Кључне речи:** ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, право на приступ правди.*

1. Уводне напомене

Начин регулисања права на приступ правди може се узети као један од показатеља спремности државе да обезбеди остваривање, међународним и националним документима загарантованог, комплексног права на правично суђење. Право на приступ правди сматра се, по природи ствари, основним процесним правом јер се јавља као услов и претпоставка за остварење свих осталих процесних људских права. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода¹ право на приступ правди везује, пре свега, за

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ European Convention on Human Rights, Закон о ратификацији Конвенције о заштити људских права и основних слобода, „Сл. лист СЦГ“ (међународни документи), (у даљем тексту и „Европска конвенција“); Члан 6. став 3. (ц): „Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права(...)да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, да ову помоћ добије бесплатно када интереси правде то захтевају“.

поступке у кривичним стварима, али је у пракси Европског суда за људска права давно заузет став да је држава дужна да и у грађанским стварима обезбеди делотворан приступ суду². И након доношења Европске конвенције, Комитет министара Савета Европе наставио је нормативну делатност везану за приступ правосуђу, те је донео низ резолуција којима уређује ово питање³. На националном плану, Устав Републике Србије⁴ у одредбама члана 67. свакоме, под условима предвиђеним законом, јемчи право на правну помоћ, а регулисање случајева у којима је правна помоћ бесплатна препушта законодавцу. Модел и методе које законодавац изабере да конкретизује ово право указују на степен његове истинске опредељености да најширем кругу грађана омогући остваривање права која се на други начин нису могла, или се на други начин уопште не могу остварити.

Као реална препрека потпуном остваривању права на приступ правди јавља се фактичка неједнакост грађана пред законом, манифестована кроз њихове различите психофизичке карактеристике, степен образовања, материјално стање. Тражећи начин да ублажи, или чак учини неважним, разлике у материјалном стању међу странкама у поступку, наш законодавац се, између осталог, определио за институт ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка. Како је реч о сложеном институту, одраније познатом у нашем и упоредном законодавству⁵, то ће наредни редови бити посвећени теоријском објашњењу и навођењу претпоставки за остваривање права на претходно ослобођење од плаћања трошкова поступка, али и презентовању и анализи резултата истраживања спроведеног на основу увида у списе предмета у Општинском суду у Нишу.

2. Ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка – нормативни оквир

Закон о парничном поступку⁶ Републике Србије питање трошкова поступка регулише главом XII, у оквиру које се бави парничним трошковима

² Видети: *Airey v. Ireland*, одлука од 9. октобра 1979, Series A no. 32; прва пресуда у којој је Европски суд за људска права детаљно образложио разлоге за сходну примену члана 6. став 3. Европске конвенције и на грађанскоправне поступке.

³ Резолуција 78 (8) о пружању правне помоћи и савета (Resolution 78 (8) on Legal Aid and Advice, усвојена 2. марта 1978. године), Европски уговор о међудржавном преносу захтева за бесплатну правну помоћ (European Agreement on the Transmission of Applications for Legal Aid, усвојен 27.1.1977. године), Препорука (93) 1 о ефективном приступу праву и правди за веома сиромашне (Recommendation (93) 1 on effective Access to the Law and to Justice for the very poor, усвојена 8.1.1993. године).

⁴ Устав Републике Србије од 30.9.2006. „Сл. гласник РС“, 98/2006.

⁵ Чл. 168. Закона о правничком поступку, „Урадни лист Републике Словеније“ 36/2004; чл. 172. Закона о парничном поступку, „Narodne novine“ 53/91, 91/92, 112/99, 88/01, 117/03.

⁶ Закон о парничном поступку од 15. 11. 2004, „Сл. гласник РС“, бр. 125/04, (у даљем тексту и ЗПП).

уопште, трошковима у поступку за обезбеђење доказа и ослобођењем од плаћања трошкова поступка.

У одредбама чланова 164 – 169. ЗПП регулисана, установа ослобађања од претходног плаћања трошкова поступка обухвата питања титулара овог права, облика у којима се оно јавља, претпоставки за његово остварење, поступка у коме се остварује као и евентуалне измене одлуке о ослобођењу.

Пре него што се пређе на анализу сегмената овог права, интересантно је поменути да међу теоретичарима постоји неслагање око назива самог института. Наиме, извесни аутори⁷ сматрају да назив који користи законодавац ("ослобођење од плаћања трошкова поступка") наводи на погрешан закључак да странка уопште није дужна да плати трошкове поступка. Ова сугестија је оправдана јер се овај институт тиче само ослобођења од претходног сношења трошкова, док се питање коначног сношења трошкова поступка отвара при окончању ове, као и сваке друге парнице.

2.1. Титулари права на ослобођење од претходног сношења трошкова поступка

Основни циљ и сврха постојања права на претходно ослобођење од плаћања трошкова поступка јесте да омогући странкама слабог имовинског стања да равноправно и без штете по даље угрожавање свог економског положаја суделују у парничном, ванпарничном или извршном поступку⁸. На овај начин, странка се, ако не охрабрује, оно бар не спутава у својим настојањима да оствари своја угрожена, повређена или оспорена грађанска субјективна права судским путем.

Према одредбама ЗПП, суд ће ослободити од плаћања трошкова поступка странку која по свом општем имовинском стању није у могућности да сноси ове трошкове⁹. Приликом доношења одлуке о ослобођењу од плаћања трошкова поступка, суд ће ценити све околности, а нарочито ће узети у обзир вредност предмета спора, број лица које странка издржава и приходе и имовину које имају странка и чланови њене породице.¹⁰

⁷ Петрушић Н.: Право на приступ суду у светлу новог ЗПП, у: Н. Петрушић (ур.) Тематски зборник радова: Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем републике Србије II, Ниш, 2007, стр. 169: „Очигледно је да назив института није сасвим адекватан јер наводи на погрешан закључак да странка уопште није дужна да плати парничне трошкове поступка. На исти начин је ова установа била означена и у савезном ЗПП, и у литератури је својевремено било указано на њено погрешно означавање (Трива С., Дика М., Грађанско парнично процесно право, Народне новине, Загреб, 2004, стр. 473: Штета је што су редактори законског текста пропустили да установи дају коректан назив: - ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка тачан)“.

⁸ Чл. 30. Закона о ванпарничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 25/82 и 48/88) и чл. 27. Закона о извршном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 125/04), оба о сходној примени одредаба ЗПП.

⁹ Чл. 164. ЗПП.

¹⁰ Ibid.

Из наведених одредаба ЗПП јасно је да право на претходно ослобођење од сношења трошкова поступка припада само физичким лицима, јер правна лица по својој суштини и карактеристикама не могу да испуне услове прописане овим законом. Ипак, поједини теоретичари¹¹ оправдано критикују овакву законску регулативу, сматрајући да она није у складу са важећим међународним стандардима¹², али и члановима 21. и 32. Устава РС¹³. Наиме, наводи се да, поред физичких, и правна лица могу бити у немогућности да претходно носе трошкове поступка у коме намеравају да учествују. Понекад је та немогућност управо последица понашања субјекта против кога се намерава покренути поступак, што појачава потребу да се озбиљније размисли о оправданости оваквог законског решења.

Да би једно физичко лице могло да се користи овим правом, потребно је да своју тешку економску ситуацију докаже подношењем уверења надлежног органа о свом имовном стању¹⁴. Најчешће је реч о уверењима које издају Национална служба за запошљавање или Пореска управа Министарства финансија Републике Србије. Овим уверењима доказују се износ пореза које плаћа домаћинство и поједини чланови домаћинства, као и други извори њихових прихода и уопште имовно стање странке којој се издаје уверење.¹⁵

2.2. Видови ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка

Ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка може да буде потпуно или делимично. Потпуно ослобођење обухвата ослобођење од плаћања такси и полагања предујма за трошкове сведока, вештака, увиђаја и судских огласа, као и право на бесплатног заступника. Делимично ослобођење, пак, ослобађа странку само од плаћања такси. Нажалост, законодавац је пропустио да у ЗПП уреди критеријуме за јасно разграничење потпуног и делимичног ослобођења, тако да се одговор на ово питање мора потражити у актуелној домаћој литератури из области процесног права. Сматра се да је за потпуно ослобађање од трошкова поступка потребно да лице није у могућности да претходно сноси парничне трошкове без штете по нужно

¹¹ Петрушић Н., *op. cit.*, стр. 174.

¹² Између осталих, чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

¹³ Наведени чланови Устава, користећи одредницу „свако“ за титуларе права, тичу се питања права на правично суђење и једнаке законске заштите грађана.

¹⁴ Резултати Студије о животном стандарду – Србија 2002 – 2007, коју је сачинио Републички завод за статистику показују да је током 2007. године у Србији 6,6 % грађана (око 490 000) било сиромашно. Линија сиромаштва износила је 8 883 динара, а екстремног сиромаштва није било. Међутим, субјективна оцена сиромаштва била је чак двоструко већа (13 %), што указује на однос који испитаници имају према свом материјалном стању и могућностима да њиме задовоље своје потребе (<http://webzrs.stat.gov.rs/axd/azs.htm>, приступ сајту 15.11.2009.).

¹⁵ Чл. 165. ЗПП.

издржавање своје и своје породице¹⁶. С друге стране, делимично ослобођење условљено је чињеницом да би се плаћањем судских такси знатно умањила средства из којих се изражавају странка и чланови њене породице¹⁷. Ипак, руководећи се принципом правне сигурности, сматрам да је неопходно да се разграничење врста ослобођења уреди одредбама Закона, а са циљем да се омогући субјектима заинтересованим за остварење овог права да благовремено добију увид у издатке које ће поводом парнице имати.

2.3. Поступак ослобођења од претходног плаћања трошкова поступка

Поступак ослобођења од претходног сношења парничних трошкова покреће се предлогом странке. Овај поступак има карактер инцидентног поступка. Уз предлог за ослобођење странка прилаже и одговарајуће уверење надлежног органа. По потреби, суд може по службеној дужности прибавити податке о имовинском стању странке која тражи ослобођење или о томе саслушати противну странку. Против решења о ослобођењу није дозвољена жалба¹⁸.

Важно је, такође, напоменути да се једном донето решење може у току поступка укинути уколико дође до промене околности одлучујућих за његово доношење. У том случају суд истовремено одлучује и о потреби странке да, потпуно или делимично, накнади до тада настале трошкове исплаћиване из средстава суда, стварне издатке или награду бесплатном заступнику.

3. Интерпретација резултата истраживања

3.1. Предмет истраживања

Непосредни предмет овог истраживања јесу списи парничних предмета формираних у току 2007. године у Општинском суду у Нишу. Истраживачки узорак чине списи 21 предмета овог суда. Највећи број предмета тиче се уређења породично правних односа између супружника, чланова ванбрачне заједнице или родитеља и деце. Како је у једном броју предмета дошло је до заснивања активног супарничарства, укупан број тужилаца нешто је већи од броја предмета. Имајући у виду да је заснивањем активног супарничарства дошло и до објективне кумулације тужбених захтева, то су унос и обрада података вршени према укупном броју тужилаца/тужиоца, њих 23, а не према броју предмета.

¹⁶ Станковић Г.: Грађанско процесно право – прва свеска, Ниш, 2007, стр. 322.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Чл. 165. ЗПП.

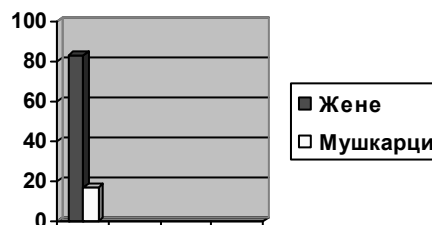
Овом приликом треба поменути и проблем са којим сам се сусрела приликом спровођења истраживања. Наиме, увидом у Уписник предмета који води Општински суд у Нишу није могуће извршити селекцију предмета у којима је стављен предлог за претходно ослобођење од плаћања трошкова поступка јер евиденција о овим захтевима не постоји. Из тог разлога, највећи број обрађених предмета јесу предмети који су формираны током рада Правне клинике Правног факултета у Нишу, пошто се код њих са сигурношћу могло знати да овакав предлог постоји.

3.2. Циљ истраживања

Имајући у виду чињеницу да слична истраживања нису спроведена, основни циљ истраживања био је стицање сазнања о примени законских прописа о претходном ослобођењу од сношења трошкова поступка и идентификација проблема који се у пракси јављају поводом овог института.

3.3. Профил предлагача за ослобађање од претходног плаћања трошкова поступка

Поступак за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка чешће су покретале особе женског пола (82.6 %), а у мањем проценту мушкарци (17.8 %). (Графикон 1)



Графикон 1

Овај податак можемо довести у везу са врстом спора који је изнет пред суд на решавање. Наиме, највећи број предмета тиче се уређења породичноправних односа, за шта су жене традиционално заинтересованије и показују више иницијативе.

Иако и тужена странка има једнако право да поднесе предлог за претходно ослобођење од плаћања трошкова, у узорку који је коришћен за истраживање није се наишло на такав случај. Могуће објашњење треба тражити у врло високом броју предмета у којима је дошло до повлачења тужбе

од стране тужилаца, тако да за тужене нису настали икакви или значајнији трошкови поступка.

Такође, треба нагласити да у истраживаном узорку није било иједног предлога у коме би правно лице ставило овај предлог, иако би оно, позивајући се на одредбе Устава, на то имало право.

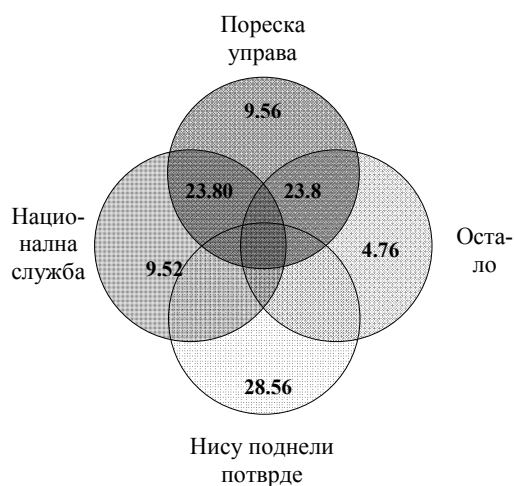
3.4. Исправе релевантне за утврђивање имовинског стања подносиоца предлога

Како је кључни критеријум за признавање права на претходно ослобођење од сношења парничних трошкова имовинско стање подносиоца предлога, то је посебан предмет интересовања овог истраживања било утврђивање начина на који су предлагачи доказивали своје имовинске прилике.

У ту сврху послужила су документа које су подносиоци захтева прилагали као потврду своје тешке економске ситуације. Истраживање указује да је највећи број потврда био издат од стране Пореске управе (њих осам) и њиме се потврђује да наведена лица нису регистрована као порески обвезници.

Следећи значајан извор информација било је уверење издато од Националне службе за запошљавање. Овим уверењем утврђује се како временски период у коме једно лице није било запошљено, тако и различите врсте помоћи које једно лице користи (новчана накнада, стаж осигурања, право на здравствену заштиту).

У истраживаном узорку, велики број подносилаца захтева поднео је уверење из обе наведене службе, чиме је на одређен начин олакшано поступање суда по овим захтевима. Уколико се овоме дода и изванредан број других уверења, попут потврде о примању, стиче се јасна слика о имовинском стању подносилаца захтева. Графикон 2. приказује број и однос поднетих докумената.



Графикон 2.

3.5. Повлачење тужбе

Изузетно је висок проценат (42.86%) случајева у којима је дошло до повлачења тужбе. Разлоге за овакво поступање тужилаца тешко је утврдити из списка предмета, а као један од мотива може се претпоставити управо тешка материјална ситуација и бојазан подносилаца захтева да неће имати довољно средстава да воде поступак. Оно што је на овом месту такође занимљиво приметити, јесте податак да готово сва повлачења тужбе престављају тзв. фикцију о повлачењу тужбе, институт процесног права до ког долази када се и тужилац и тужени не појаве на рочишту за главну расправу а уредно су позвани¹⁹. Ово се такође може приписати природи односа чије је уређење било примарно овим поступцима, њиховој осетљивости и простору за уређење мимо суда.

3.6. Одлуке

Свакако најзначајнији сегмент анализирања поступка за ослобођење од претходног сношења трошкова поступка јесте радња одлучивања.

Анализом садржаја одлука, утврђено је да је у 52.63 % случајева донета одлука о делимичном ослобођењу од претходног ослобођења од плаћања трошкова. Као што је већ објашњено, делимично ослобођење односи се на плаћање судске таксе, чија се висина, време и начин плаћања одређују Законом о судским таксама.²⁰

Знатно мањи проценат захтева (15.8 %) решен је на начин да је странка потпуно ослобођена од плаћања трошкова поступка. У оквиру овог ослобођења налази се и ослобођење од плаћања судске таксе, али како је реч о сложенијем виду ослобођења, то неплаћање таксе по овом основу није приказано у статистици из претходног пасуса.

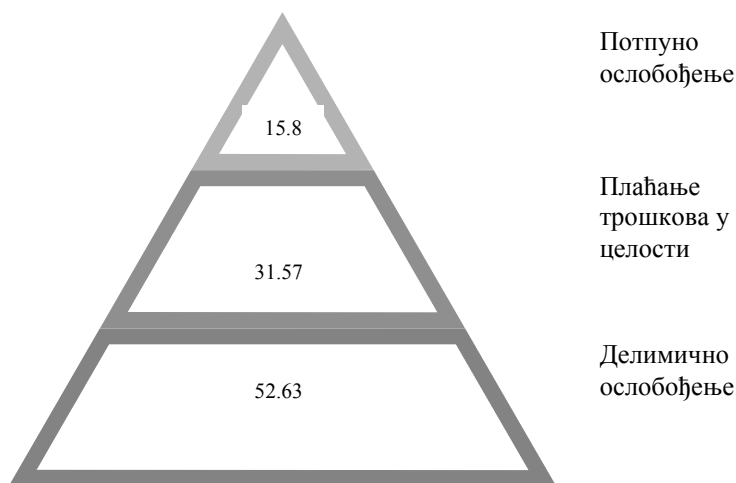
Забрињавајући податак у анализираним предметима представља чињеница да у једном броју случајева (10.53 %) судије уопште нису одлучиле по захтеву странке за ослобођењем, али и о трошковима поступка уопште. У том случају, положај странке додатно је отежан јер не постоји одлука на коју она може изјавити жалбу. Да би остварила своје право, странка најпре мора да изјави предлог за доношење допунског решења о ослобађању од плаћања трошкова поступка, а тек након његовог доношења може изјавити жалбу уколико није задовољна одлуком. На тај начин се пролонгира решавање, за неуку странку слабог имовинског стања, понекад суштинског питања од кога зависи могућност даљег вођења поступка.

¹⁹ Чл. 296. ЗПП.

²⁰ Закон о судским таксама, „Сл. гласник РС“, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01.

У том смислу, поставља се питање да ли судије уопште разумеју сврху и значај овог института, као и механизме за његову примену. Прикупљајући материјал за ово истраживање, суочила сам се са проблемом непознавања овог института од стране судија Општинског суда у Нишу. Судије са којима сам обавила претходни разговор тврдили су да се у пракси нису сусретале са таквим захтевом, што се увидом у списе предмета показало као нетачно.

С друге стране, и непоступање судија по захтевима странака показује да се врло мало пажње придаје економским и другим специфичностима сваке странке, што води ка шаблонском начину рада које не узима у обзир све околности једног случаја. Без обзира на чињеницу да је након изјављене жалбе у поступцима у којима није одлучено о захтеву жалба и усвојена и странке у потпуности ослобођене од плаћања трошкова поступка, ипак се мора размислити о начинима за делотворнију примену овог института у пракси.



Графикон 3

4. Закључне напомене

Проучавање института ослобођања од претходног плаћања трошкова поступка указује да је реч о институту који се традиционално користи, у нашем и упоредном законодавству, да би уважио економске разлике међу странкама и охрабрио странке слабијег имовног стања да остваре заштиту својих грађанских субјективних права судским путем.

Одредбама Закона о парничном поступку којима се уређује ова установа регулисано је ко, под којим условима и на који начин може бити ослобо-

ђен од претходног плаћања поступка. Иако је видљива намера законодавца да, прецизним навођењем разлога из којих се једном лицу може признати ово право, јасно одреди титуларе праве, не може се избећи закључак да је пропуштена прилика да се признањем овог права и правним лицима ово питање реши на начин који је у складу са Уставом Републике Србије и најзначајнијим међународним документима из области људских права.

Следећи проблем на који треба скренути пажњу јесте недовољно јасно дефинисање критеријума за делимично и потпуно ослобођење од плаћања трошкова поступка. Како ово питање може бити од пресудног значаја за одлучивање једног лица на покретање поступка, било би боље да је законодавац направио јасну дистинкцију између двеју врста ослобођења кроз навођење услова које подносилац захтева треба за свако од њих да испуни.

Други аспект овог рада тицао се примене одредаба ЗПП у пракси Општинског суда у Нишу током 2007. године. Увидом у списе предмета уочена је најчешћа врста поступака уз које се води инцидентни поступак за ослобођење од претходног плаћања трошкова поступка, направљен је профил странака (тужилаца) који у овом поступку учествују и приказан начин одлучивања судија по овим захтевима.

Истраживање показује да су подносиоци предлога у највећем броју жене слабог имовинског стања, које своје имовинске прилике најчешће доказују чињеницом да нису у радном односу и да нису порески обвезници.

Један од значајних проблема који се појавио приликом покушаја да се формира узорак за ово истраживање јесте непрепознавање случајева у којима се среће овај институт од стране самих судија Општинског суда у Нишу. Како су то исте оне судије које о овом питању треба да донесу одлуку, то се намеће питање како може да се очекује правилна примена одредаба ЗПП о ослобађању од трошкова поступка у пракси, ако судије нису у могућности да уопште препознају случајеве на које се ова правила односе. У том смислу, можда је потребно размишљати о некој врсти едукације за судије, којом би се скренула пажња на важност овог института, посебно у време економске кризе глобалног карактера.

Резултати истраживања показују да су судије веома рестриктивне у примени установе потпуног ослобођењу од плаћања трошкова поступка. Мали проценат захтева који је решен на овај начин показује да се судије тешко одлучују да трошкове поступка превале на рачун средстава суда. Нажалост, одлука о трошковима најчешће није образложена, па се не могу утврдити критеријуми на основу којих су судије поступале. На тај начин не стварају се предуслови да странка лошег имовинског стања оствари или заштити своја грађанска субјективна права.

Коначно, треба похвалити спремност судија да у надполовичном броју предмета позитивно одлуче о ослобођењу од плаћања судске таксе, чиме се олакшава положај странака приликом остварења својих права. Управо због тога, ипак верујем да ће у будућности судије, пажљивијим тумачењем и применом законских норми преузети значајну улогу у достизању идеала о једнакост свих субјеката у приступу правди.

Anđelija Adamović, LL.B.
Junior Teaching Associate,
Law Faculty, University of Niš

EXEMPTION FROM A PRIOR PAYMENT OF LITIGATION COSTS IN THE JUDICIAL PRACTICE OF THE MUNICIPAL COURT OF NIŠ IN THE YEAR 2007

In this article, the author analyses the issues pertaining to the exemption from a prior payment of costs and expenses of litigation proceedings. For this purpose, the first part of the paper includes an analysis of the normative framework of this institute, primarily involving the provisions contained in the Litigation Procedure Act of the Republic of Serbia, as well as an overview of the guaranteed right to access to justice as envisaged in relevant international documents. In the second part of the paper, the author examines the application of the Litigation Procedure Act in the practice of the Municipal Court in Niš in the year 2007, and analyses the results of this research. Upon the examination of case files, the author makes a profile of litigants (claimants) who are commonly involved in such proceedings, draws upon the circumstances the parties call upon in their exemption claims and provides the overview of judicial decisions reached on these claims.

Exemption is an institute commonly used in the national and comparative legislation which takes into account the economic differences between the litigants and encourages the parties of poorer means to pursue the protection of their civil subjective rights in court. The Litigation Procedure Act regulates who, under what conditions and in what way may be exempt from the prior payment of costs in the proceeding. Despite the obvious intention of the legislator to clearly define the titleholders by specifying the criteria for acknowledging this right, the legislator has failed to recognize this right to the legal persons and, thus, lost the opportunity to solve this problem in compliance with the Serbian Constitution and the most significant international documents in the field of human rights. The next problem worth noticing is an imprecise definition of the criteria for a partial and full exemption from the payment of litigation costs. As this issue may be crucial for one's decision to initiate a proceeding, it would be much more practicable if the legislator has made a clear distinction between the two kinds of exemption by enumerating the requirements the claimant should meet in order to be entitled to either kind of exemption.

Key words: exemption claim, litigation costs, the right to access to justice

UDK: 347.921

Крстић Новак, студент докторских студија
Правни факултет Универзитета у Нишу

**УЛОГА ПАРНИЧНОГ СУДА И СТРАНАКА У
ПРИКУПЉАЊУ ПРОЦЕСНОГ МАТЕРИЈАЛА –
КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА РЕШЕЊА РАНИЈЕГ И
ВАЖЕЋЕГ ЗАКОНА О ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ***

Апстракт: Важећи Закон о парничном поступку Републике Србије настао је као израз тежње да се кроз имплементацију европских стандарда правне заштите и реконструкцију појединих процесних института парнична процедура убрза и учини ефикаснијом и економичнијом. Настojeћи да оствари ове правозащитне циљеве наш законодавац определио се за реафирмацију појединих процесних принципа и успостављање другачијег баланса међу појединим начелима на којима се цивилна процедура темељи. У раду се кроз компаративну анализу процесних правила садржаних у ранијем и важећем Закону, којима су предвиђена овлашћења и дужности парничног суда и странака у прикупљању процесног материјала, сагледава новоуспостављени однос између расправне и истражне максиме, као фундаменталних процесних постулата. Посматрајући ову проблематику кроз призму остваривања права на суђење у разумном року, аутор указује на актуелне тенденције и анализира значај јачања улоге странака у формирању чињеничне грађе, која се огледа у њиховој дужности да у парници изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве или којима оспоравају наводе и захтеве парничног противника, и за њих понуде суду доказе како би имале изгледа да остваре успех у парници. Са друге стране, иако је доминација расправног начела изражена, а овлашћења суда у прикупљању правно релевантних чињеница значајно редукована, аутор наглашава да парнични суд ипак у поступку није потпуно пасиван и указује на законска решења којима се омогућује суду да коришћењем инквизиторних овлашћења утиче на обезбеђивање релевантне чињеничне грађе, спречи недопуштене диспозиције странака и створи услове за доношење законите и правилне одлуке којом би била пружена правна заштита странкама у парници и обезбеђено остваривање правног поретка.

Кључне речи: расправно и истражно начело, парничне странке, парнични суд, Закон о парничном поступку.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

Уводне напомене

Доношењем Закона о парничном поступку 2004. године¹ стављен је ван снаге стари Закон о парничном поступку² који је био у примени пуних 27 година. Нови ЗПП није извршио свеобухватну реформу парничне процедуре, већ решења садржана у њему представљају израз тежње законодавца за отклањањем неких од хроничних узрока постојеће кризе у правосуђу. Кроз дугогодишњу примену старог ЗПП-а као најзначајнији проблеми идентификовани су велики број нерешених предмета, дужина трајања парница, неефикасност и неекономичност судске заштите, те кршење права на суђење у разумном року, као основни правно-политички захтев који је потребно остварити у поступку.

У новом ЗПП-у поједина решења из претходног процесног режима морала су, стога, да претрпе значајне измене. Као последица савремених трендова у настојању да се судски поступак убрза и пружи ефикасна правна заштита, имплементацијом европских стандарда правне заштите успостављен је другачији баланс између појединих процесних начела, а афирмисани су и неки нови принципи на којима ће се темељити нова домаћа парнична процедура.

У том смислу, у новом ЗПП-у законодавац је посебан значај придао реконструкцији односа између расправног и истражног начела. Циљ овог рада јесте да се кроз компаративну анализу решења ранијег и важећег ЗПП-а укаже на измењену улогу парничних субјеката у прикупљању чињеничне грађе, сагледају нове тенденције у теорији и легислативи у погледу снажења расправне максиме и нагласи идеја и опредељење домаћег законодавца да се кроз новоуспостављени баланс између ове две методе прикупљања процесног материјала допринесе брзини и ефикасности поступка.

1. Укратко о расправном и истражном начелу уопште

Расправно и истражно начело представљају методска начела која се користе за прикупљање процесног материјала. Процесни материјал обухвата: чињенични материјал, доказни материјал, правна правила и правила (ставове) искуства.³ Да би суд могао да расправи спорни грађанскоправни однос и донесе мериторну одлуку која ће и у материјалноправном и процесноправном

¹ „Сл. гласник РС“, бр. 125/04. Закон је ступио на снагу 23. 02. 2005. године. У даљем тексту: нови ЗПП.

² „Сл. лист СФРЈ“, бр. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90, 35/91 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 и 3/02. У даљем тексту: стари ЗПП.

³ М. Марковић, Основна начела парничног поступка, Нови Сад, 1977, стр. 40.

смислу бити законита, неопходно је да најпре потпуно и тачно утврди чињенично стање. Суд у поступку утврђује само спорне правно релевантне чињенице које улазе у чињеничну подлогу његове одлуке (*praemissa minor* судског силогизма). У зависности од улоге коју законодавац намени суду и странкама у прикупљању процесног материјала, разликујемо процесне системе у којима доминира једна од ове две радне методе.

У системима изграђеним на радикално наглашеном расправном начелу иницијатива за изношење чињеничне грађе и предлагање доказа искључиво је на странкама. Странке су активни субјекти парнице и само од њихове воље зависи које ће чињенице изнети у поступку, док је улога суда изразито пасивна. Суд није овлашћен да *ex officio* прикупља чињеничну грађу, тако да своје одлуке може засновати само на чињеницама које су изнеле странке и које су биле предмет расправљања и доказивања у парници (важи правило: *Da mihi factum dabo tibi ius*), али суд ипак није везан диспозицијом странака у погледу утврђивања садржине правила искуства и правних норми.⁴

Са друге стране, у процесним системима заснованим на инквизиторној максими суду је препуштена иницијатива да, без обзира на изнете чињенице и предложене доказе странака, по службеној дужности прикупи сав процесни материјал. Наглашено истражно начело одраз је официозног карактера одређеног система и карактеристично је за апсолутистичке режиме. У оваквим системима не води се рачуна о страначким диспозицијама у сфери односа која је карактеристична по својој диспозитивности, па је суд овлашћен да утврђује и оне чињенице које међу странкама нису спорне.

Савремену парничну процедуру одликује комбинација ова два система прикупљања чињеничне грађе, с тим што се законодавац, у складу са одређеним правно-политичким захтевима опредељује за изванредан баланс међу њима. Крајњи циљ јесте да се обезбеди правилно утврђивање чињеничног стања, да се заштити правни поредак од недопуштених диспозиција странака и донесе законита, правилна и правична одлука у ефикасно спроведеном поступку правне заштите.

2. Улога странака и суда у прикупљању процесног материјала према одредбама старог ЗПП-а

Сагледавајући решења садржана у старом ЗПП-у може се констатовати да је извесну предност у погледу иницијативе за прикупљање процесног

⁴ Идеја о радикално израженом расправном систему карактеристична је, пре свега, за старије процесне системе, а свој најпотпунији израз нашла је у француском *Code de procédure civile* из 1806. године. Англо-амерички процесни системи такође су засновани на расправном принципу. Наведено према: С. Трива, М. Дика, Грађанско парнично процесно право, Загреб, 2004, стр. 174.

материјала законодавац дао парничним странкама. Такав закључак намеће се, пре свега, из садржине чл. 7 ст. 2 према коме су странке биле дужне да изнесу све чињенице на којима оснивају своје захтеве и предложе суду доказе којима се утврђују те чињенице. Будући да је реч о поступку по контрадикторним захтевима странака, суд је редовно добијао релевантну чињеничну грађу од странака које су настојале да га увере у истинитост својих тврдњи и основаност својих захтева и тако остваре успех у парници. Суд је, начелно, био везан диспозицијама странака у погледу изношења чињеничне грађе, јер је терет тврдње и терет доказивања чињеница био на странкама.⁵ Процесни терет странака да суду презентују све правопроизводне чињенице појачан је одредбом о примени правила о терету доказивања у објективном смислу, која је касније унета у законски текст.⁶

Према решењу садржаном у старом ЗПП-у, странке су биле овлашћене да у жалби износе нове чињенице и предлажу нове доказе, без обавезе да образложе зашто то нису учиниле у првостепеном поступку. Право на изношење новота (*ius novogum*) било је практично неограничено,⁷ што је била последица прокламованог начела утврђивања материјалне истине у парници, али је истовремено представљало извор бројних злоупотреба процесних овлашћења странака и било узрок неефикасности правне заштите.

Иако су странке својим диспозицијама одређивале које ће чињенице изнети пред суд, као и којим ће доказним средствима бити проверавана истинитост чињеничних навода, ипак су старим Законом парничном суду била дата значајна овлашћења из арсенала инквизиторне методе. Овакав закључак може се извести, пре свега, из формулације и стилизације чл. 7, где већ у ст. 1 законодавац намеће дужност суду да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева. Законодавац је отишао и много даље, па је овластио суд да изведе чак и оне доказе које странке нису предложиле, ако су ти докази значајни за доношење одлуке.⁸ Оваквим решењима, којима су судови у пракси придавали велики значај и радо се користили наведеним овлашћењима у циљу долажења до апсолутне истине, несумњиво је значајно угрожена доминација расправне максиме. Осим тога, суд је имао

⁵ Видети: чл. 219 старог ЗПП-а.

⁶ Видети: чл. 221а старог ЗПП-а.

⁷ Једини изузетак представљала је ситуација када жалилац, који у првостепеном поступку није положио износ потребан за подмирење трошкова поводом извођења предложеног доказа, у жалби не учини вероватним да је до пропуштања дошло из оправданих разлога. Видети: чл. 352 ст. 2 старог ЗПП-а.

⁸ Видети: чл. 7 ст. 3 старог ЗПП-а. Законодавац је ипак поставио нека нормативна ограничења: суд је морао одустати од извођења доказа иако их је сматрао значајним за правилно утврђење стања ствари ако странке не би положиле новчани износ потребан за подмирење трошкова доказивања, осим када се радило о недопуштеним диспозицијама странака, када је суд био овлашћен да за извођење доказа користи средства из предрачунских средстава суда.

право да утврди и чињенице које странке нису изнеле, уколико би из резултата расправљања и доказивања произашло да су странке у поступку располагале захтевима којима не могу располагати.⁹

С обзиром на дужност да се стара да стање ствари буде правилно утврђено, законодавац је за парнични суд предвидео читав низ дужности: осим тога што није био везан за диспозитивне парничне радње странака којима се прекорачују границе слободе диспонирања, и што је могао да изводи и доказе које странке нису предложили и утврђује чак и оне чињенице које међу странкама нису спорне, суд је наређивао да се странка информативно саслуша, постављао је питања, имао право да поучи и помогне подносиоцу поднеска да поднесак исправи, односно допуни, одређивао је који ће се докази изводити и био слободан у избору доказних средстава који ће бити коришћени у доказном поступку итд. У сазнавању стања ствари суд није био спутан строгим законским правилима.¹⁰

Значајна овлашћења, која сужавају домет расправног и начела диспозиције, имао је инстанциони суд и у поступку по жалби. Другостепени суд био је овлашћен да решењем укине пресуду и врати предмет првостепеном суду на поновно суђење чак и када странка није у жалби побијала пресуду због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, ако је само оправдано посумњао да чињенице на којима је заснована првостепена пресуда, нису правилно утврђене.¹¹ Садржину правног стандарда „оправдана сумња“ и оцену када она постоји одређивао је суд у сваком конкретном случају.

Ratio законодавца при конструисању оваквих правила било је утврђивање материјалне истине у сваком појединачном случају и доношење законице, правилне и правичне пресуде.¹² Оваквим решењима, међутим, значајно је редукован домашај расправног начела, што је за исход имало пасивизирање странака у поступку, док је са друге стране главни терет у погледу утврђивања чињеничног стања пао на суд, који је обилато користио инквизиторна овлашћења прописана законом. Овако успостављен концепт правне заштите показао се недовољно ефикасним и неделотворним јер је за последицу имао парнице које је карактерисала дуготрајност, вишегодишња, па и вишедеце-

⁹ Видети: чл. 7 ст. 4 у вези са чл. 3 ст. 3 старог ЗПП.

¹⁰ Више о томе: Г. Станковић, Грађанско процесно право, Београд, 2004, стр. 234.

¹¹ Видети: чл. 370 ст. 2 старог ЗПП.

¹² Наше право дуго година било је „заражено“ теоријом тзв. апсолутне истине која се, као филозофски принцип, пренела и на домаћу јудикатуру, а читовала се у великим службеним овлашћењима за прикупљање процесног материјала којима су се судови често користили. Рецидиви ове теорије, која је за последицу имала неефикасност пружања правне заштите, остаће сасвим сигурно још извесно време у домаћој јудикатури, без обзира на реформу парничне легислативе. Више о последицама ове теорије: А. Радловић, Заштита права на суђење у разумном року – реална могућност, (пре)скупа авантура или утопија?, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, бр. 1/2008, стр. 303-304.

нијска. Стога се и наметнула потреба да се новим ЗПП-ом поставе нови темељи правне заштите и да се на другачијим основама успостави адекватан однос међу афирмисаним начелима парничне процедуре, што је продуковало и успостављање новог баланса између овлашћења и дужности парничних субјеката у прикупљању процесног материјала.

3. Домашај расправног и истражног начела у светлу новог ЗПП-а

Расправно и истражно начело, као фундаментална процесна начела, претрпела су у новом ЗПП-у извесне модификације. При тражењу адекватног односа међу њима идеја законодавца била је да пронађе такву солуцију којом ће кроз њихов хармоничан баланс обезбедити остваривање високог квалитета правне заштите. Законодавац се определио за такву комбинацију расправне и истражне максиме где су инквизиторна овлашћења суда, која су представљала значајан и неопходан инструмент у остваривању начела материјалне истине, битно умањена.¹³ Иако се може рећи да је и по слову старог ЗПП-а улога странака у прикупљању чињеничне грађе била доминантна, ипак нови ЗПП нарочито наглашава расправни принцип, стављајући тежиште на дужности странака да суду презентују све релевантне чињенице и предложи све доказе. Афирмација расправног начела последица је доминације начела диспозиције у парничном поступку, јер су странке начелно слободне да располажу чињеничним и доказним материјалом. Само од воље странака зависи које ће захтеве истаћи пред судом, које ће чињенице у поступку изнети и које доказе предложити.¹⁴

Принцип прикупљања процесног материјала нужна је радна метода која обезбеђује законитост одлуке, с обзиром да је раније прокламовано начело материјалне истине представљало брану ефикасности поступка, пре свега због поступања и погрешне интерпретације овог начела од стране првостепених и инстанционих судова.¹⁵ Нова решења продукт су настојања да се кроз ефикасан и брз поступак странкама пружи правична правна заштита, и она се морају посматрати у светлу остваривања других постулата које истиче нови законски текст: начела истине, ефикасности правне заштите, забране злоупотребе процесних овлашћења, савесног коришћења процесних овлашћења, као

¹³ Ова констатација важи уз неке изузетке. Видети нпр. чл. 205 Породичног закона („Сл. гласник РС“, бр. 18/2005).

¹⁴ „Расправна метода је у односу на чињенице и доказе прихваћена и због уверења да само неспутана иницијатива странака може осигурати свестрано обавештење суда о релевантној процесној грађи. Антагонистички ставови странака су гаранција да ће суду бити пружена обострана, па зато и свестрана информација о битним елементима спора.“ С. Трива, М. Дика, *op. cit.*, стр. 176.

¹⁵ Слично: Закон о парничном поступку, Београд, 2004, предговор Г. Станковић, стр. 15.

и кроз однос страначке диспозиције и официјелних овлашћења суда. Оваквом конструкцијом правила законодавац је, полазећи од претпоставке да су странке свесне значаја изношења или неизношења процесног материјала за успех у парници, настојао да обезбеди да диспозитивни карактер процесног система не буде угрожен.

3.1. Улога странака у прикупљању процесног материјала према новом ЗПП-у

Формирање чињеничне грађе састоји се из два сегмента: дефинисања које су спорне чињенице правно релевантне и иницирања њиховог прикупљања, и из иницијативе за извођењем доказа.¹⁶ По правилу, парнични суд не прикупља сам чињеничну грађу, већ је терет изношења чињеница а тиме и одговорност за доказивање истинитости чињеничних тврдњи превалентна готово у потпуности на парничне странке.¹⁷ Странке су у поступку равноправне и њихов однос карактерише еквивалентност процесних оружја која им стоје на располагању. Оне доминирају у изношењу чињеница и образовању чињеничног супстрата одлуке о основаности истакнутих захтева, али се домаћај активности странака у том правцу овде завршава, јер је суд овлашћен да суверено одлучи које ће од понуђених доказа извести ради проверавања истинитости чињеничних навода странака.

Интенција законодавца за јачањем расправног начела може се уочити већ из правно-техничке стилизације чл. 7 у коме се у првом ставу истиче дужност странака да изнесу све чињенице на којима заснивају своје захтеве и да за њих предложе доказе. Процесне дужности представљају уствари процесне терете за странке, јер нема директне санкције за њихово непоштовање. Одредба чл. 7 ст. 1 старог ЗПП-а, према којој је суд био дужан да потпуно и истинито утврди спорне чињенице од којих зависи основаност захтева, у новом ЗПП-у нашла је своје место у другом ставу истог члана.

Странка је *dominus litis* и од њене воље и залагања зависи у којој мери ће суд моћи да испитује аргументе на којима странке граде своју тактику и стратегију. Терет тврђења (*onus proferendi*) је на странкама, само су оне овлашћене да у поступку изнесу чињенице на којима темеље своје захтеве или којима оспоравају наводе и доказе свог парничног противника. За сваки чињенични навод странка је дужна суду да понуди доказ. Странка нуди доказ

¹⁶ М. Милошевић, Примена истражног начела по новом Закону о парничном поступку Републике Србије, Билтен Врховног суда Србије бр. 1/2007, стр. 4-5. Рад преузет са интернет странице: http://www.sudije.org.yu/Members/milos/biografije/Milos_Milosevic/Primena%20istraznog%20nacela%20u%20parnicnom%20postupku%205.0%20%28locked%29.pdf . Сајт посећен: 14. 08. 2009. године.

¹⁷ Ibid. стр. 9.

тако што означава доказна средства путем којих се суд може уверити у истинитост њених навода. Тужилац износи чињенице и нуди доказе још у тужби, а тужени који је одлучио да се брани од тужбе – у одговору на тужбу, али странке имају право да суду презентују нове чињенице током трајања целокупног првостепеног поступка путем поднесака или у својим говорима на главној расправи. Суд је везан за понуђене доказе и више нема право да изводи и оне доказе које странке нису предложиле, без обзира на њихов значај за доношење одлуке.

У интересу је странака да суд утврди све чињенице на којима оне заснивају своје захтеве, односно којима побијају наводе парничног противника. Пасивност странака у поступку шкоди њиховим интересима и санкционисана је процесним правилима.

У новом Закону предвиђена је обавеза туженог да одговори на тужбу. Ако тужени оспорава тужбени захтев, одговор на тужбу мора садржати и чињенице на којима тужени заснива своје наводе и доказе којима се утврђују те чињенице (чл. 284 ст. 2). Тужени може посредно располагати предметом парнице тако што неће одговорити на тужбу, иако је приликом достављања тужбе на одговор упозорен на последице пропуштања. Уколико тужени пропусти да одговори на тужбу у року од 30 дана од пријема тужбе, ризикује да суд донесе пресуду због пропуштања, без одржавања расправе, ако нађе да из чињеница садржаних у тужби произилази основаност тужбеног захтева.¹⁸ У том случају пресуда због пропуштања није права процесна санкција за неактивност туженог, већ последица диспозиције туженог који је пропустио да се понаша у складу са императивном нормом, чиме је омогућио да суд донесе мериторну одлуку.¹⁹

Ако странка у парници не износи чињенице на којима заснива свој захтев суд ће донети пресуду на основу чињеница којима располаже и тада странка нема великих изгледа на успех у парници. У новом ЗПП-у повећан је значај правила о терету тврдње и субјективном терету доказивања, а детаљније је регулисано правило о објективном терету доказивања. Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињеница која је битна за настанак или остваривање тога права,²⁰ као што и странка која оспорава

¹⁸ Пресуда због пропуштања је нова врста контумационе пресуде, коју предвиђа нови ЗПП. Њено регулисање у чл. 338 (у вези са чл. 276 ст. 1), последица је прихватања теорије афирмативне литисконтестације – ако тужени коме је уредно уручена тужба у законом предвиђеном року не одговори на тужбу, узима се да признаје чињеничне наводе садржане у тужби. Поред ове пресуде, нови ЗПП регулише и пресуде на основу признања (чл. 336) и на основу одрицања (чл. 337), које суд доноси када наступе околности које доказивање чињеница чине излишним.

¹⁹ Г. Станковић, Начело диспозиције и недозвољене радње располагања у парничном поступку, Правни информатор, бр. 2/2006. Чланак преузет са сајта: http://www.informator.rs/tekstovi/nacelo_206.htm. Сајт посећен: 16. 08. 2009. године.

²⁰ *Affirmanti incubit probatio* (Sec. *Paulus* - D. 22, 3, 2) – Ко шта тврди треба и да докаже.

постојање неког права, сноси терет доказивања чињенице која је спречила настанак или остваривање тога права, или услед које је право престало да постоји, ако законом није одређено другачије.²¹ У случају *non liquet* ситуације – када странка коју погађа терет доказивања није успела да убеди суд у истинитост својих чињеничних навода, суд ће морати да прибегне примени правила из законског доказног система и да закључи да те чињенице не постоје (важи правило: *Idem est non probari et non esse*, или *idem est non esse aut non probari*).²²

Тужени може, користећи своја диспозитивна овлашћења и да призна чињенице на којима тужилац заснива свој тужбени захтев и тако створи услове за доношење пресуде на основу неспорног стања ствари. Тужилац такође може признати чињеничне наводе свог парничног противника. Овим чисто процесним диспозицијама странке само посредно утичу на садржину судског јудиката јер детерминишу само садржај доње премисе судског силогизма а не и садржај пресуде, као што је то случај са признањем тужбеног захтева. Неспорне и признате чињенице не доказују се пред судом јер се сматрају истинитим и оне аутоматски улазе у чињенични супстрат који представља подлогу за одлучивање. Међутим, признање чињеница као вид чисто процесне диспозиције, није допуштено ако странка на тај начин располаже захтевом којим не може располагати, и у том случају суд доказује и признате чињенице.²³ У новом ЗПП-у проширена је и могућност доношења пресуде без одржавања главне расправе у случају када председник већа, на основу анализе чињеничних навода изнетих у тужби и одговору на тужбу, утврди да међу странкама чињенице нису спорне и да нема других сметњи за доношење одлуке.²⁴

Странке могу неограничено, како у припремним поднесцима тако и у својим говорима на усменој расправи, износити чињенице, предлагати доказе и изјашњавати се о наводима и доказима противне странке све до закључења главне расправе пред првостепеним судом. Међутим, у поступку по жалби значајно је редуковано овлашћење странака да износе чињенице које суду нису биле презентоване до окончања првостепеног поступка. Жалилац може изнети нове чињенице и предложити нове доказе само уколико учини вероватним да их без своје кривице није могао изнети, односно предложити до закључења главне расправе (чл. 359 ст. 1). Исто тако, жалилац који је у првостепеном поступку пропустио да предујми износ потребан за подмирење трошкова за извођење неког доказа, не може у жалби предложити да се тај доказ изведе, осим ако не учини вероватним да је до пропуштања дошло из

²¹ Видети: чл. 223 ст. 2 и 3 новог ЗПП-а.

²² Детаљније о томе: Г. Станковић, Грађанско процесно право, прва свеска Грађанско парнично процесно право, Ниш, 2007, стр. 421.

²³ Видети: чл. 222 ст. 1 новог ЗПП-а.

²⁴ Видети: чл. 276 ст. 2 новог ЗПП-а.

оправданих разлога. Приговор застарелости и компензациони приговор не могу се истицати у жалби.²⁵

Другостепени суд према новом ЗПП-у више нема овлашћење да испитује законитост пресуде због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања и решењем укине пресуду и врати предмет првостепеном суду на поновно суђење када странка није у жалби побијала пресуду из материјалних разлога. Међутим, законодавац је задржао решење из старог закона по коме у поступку ревизије у тзв. дискриминационим парницама инстанциони суд по службеној дужности може укинути побијану одлуку, а по потреби и одлуке нижестепених судова, ако оправдано посумња да су чињенице на којима се одлука заснива правилно утврђене.²⁶

3.2. Инквизиторна овлашћења суда према новом ЗПП-у

Иако је парница арена у којој се надмећу странке сучељавајући своје аргументе, ипак оне у презентовању чињеничног материјала и образовању чињеничне грађе нису препуштене саме себи. Активна улога парничног суда је неопходна како би се на ауторитативан начин пружила правна заштита и решио спор. Суд се у поступку стара да се предмет спора свестрано претресе, да се чињенично стање потпуно и правилно утврди и на темељу тога донесе пресуда којом се успоставља законитост у правним односима.

Захтев који странка истиче у парници представља јавноправни захтев, јер се пред органом јавне власти покреће сложени механизам правне заштите у коме се штите и јавни интереси и успостављени правни поредак. Како диспозитивност грађанских субјективних права није апсолутна, већ је релативна јер зависи од интензитета појединачног и општег интереса у сваком појединачном случају, и како постоји потреба за ограничењем грађанских субјективних права у јавном интересу,²⁷ то је неопходно поверити суду извесна инквизиторна овлашћења у ограниченом обиму.

Истражно начело остварује се на два начина: кроз активну улогу парничног суда у оквиру расправног начела и изузетно, кроз самостално овлашћење суда да прикупља процесни материјал.²⁸ Да би могао да утврди све спорне правно релевантне чињенице од којих зависи одлука о основаности тужбеног захтева, суд усмерава делатност странака у правцу остваривања основних циљева парничног поступка. Суду на располагању стоје различити процесни инструменти којима управља парницом, јер неконтролисана диспозитивност која се огледа у праву странака да неограниче-

²⁵ Видети: чл. 359 ст. 3 и 4 новог ЗПП-а.

²⁶ Видети: чл. 409 новог ЗПП-а.

²⁷ Више о томе: М. Марковић, Грађанско процесно право, Београд, 1957, стр. 73 и даље.

²⁸ Г. Станковић, Грађанско процесно право, *op. cit.*, стр. 231.

но у току главне расправе истичу разне захтеве, износе чињенице и предлажу доказе може да представља вид злоупотребе процесних овлашћења и може довести до одуговлачења поступка.

Суд доказним решењем суверено одлучује које ће доказе од оних које су странке предложиле извести ради проверавања истинитости чињеничних навода и која ће доказна средства користити. При одлучивању које ће доказе извести суд је дужан да води рачуна о економичности поступка, о суђењу у разумном року и да спречи сваку злоупотребу процесних овлашћења. Докази се изводе на главној расправи а потом се претресају тако што се странке изјашњавају о изведеним доказима и њиховој доказној снази.

Предмет доказивања само су спорне правно релевантне чињенице, односно тврђења странака о њиховом постојању. Суд оцењује да ли је нека чињеница релевантна или не с обзиром на то како је извршио правну квалификацију спорног односа. Чињенице које су неспорне не доказују се, јер се по Закону сматрају истинитим. Међутим, суд може одлучити да се доказују и признате чињенице како би спречио недозвољене диспозиције странака, ако посумња да странка признањем чињеница иде за тим да располаже захтевом којим не може располагати.²⁹ Суд је дужан да свакој странци пружи могућност да се изјасни о захтевима, предлозима и наводима парничног противника (чл. 5 ст. 1) и неће моћи своју одлуку да заснује на чињеницама о којима странкама није пружена могућност да се изјасне, ако законом није другачије одређено (чл. 7 ст. 4 новог ЗПП).³⁰

У оквиру расправне максиме улога суда је и да постављањем питања и на други целисходан начин провоцира странке да изнесу све битне чињенице, да допуне непотпуне наводе и означе или допуне доказна средства. Оваквом формулацијом чл. 299 законодавац је отворио врата снажењу инквизиторних овлашћења суда, нарочито ако се она посматра у контексту чл. 7 ст. 2 важећег ЗПП-а. Сходно овој одредби, суд утврђује све чињенице од којих зависи одлука о основаности захтева. Иако је ова одредба подложна различитим интерпретацијама, она се не сме посматрати изоловано. Тумачећи ову норму у складу са духом закона, примењујући при том циљно и системско тумачење (сагледавајући је у складу са чл. 7 ст. 1 и 3, чл. 220, чл. 223 итд.), мишљења смо да јој треба дати рестриктиван домет.³¹ Суд је само дужан да

²⁹ Видети: чл. 222 ст. 1 новог ЗПП-а.

³⁰ У нашој теорији изнет је став да ће суд примењујући ову одредбу, а сходно чл. 290 и чл. 299, захтевати од странке на којој лежи терет тврдње да изнесе свој став о постојању битне чињенице која до тада није изнета, а након тога омогућити противној странци да се изјасни о тој чињеничној тврдњи. Истражно начело овде нема пун капацитет и активност суда се исцрпљује у иницирању утврђивања одређених чињеница, јер даљи поступак зависи од диспозиције странака. Видети: М. Милошевић, *op. cit.*, стр. 17.

³¹ У теорији се истиче да ова одредба даје могућност суду да постави тезу о постојању или непостојању чињеница о којима странке нису изнеле никакве наводе, а који су од значаја за испитивање основаности захтева и када треба применити правила о терету доказивања, као и у

утврди које то одлучујуће чињенице недостају и да захтева од парничних странака да изнесу своје тврдње у погледу тих чињеница, као и да на њих правилно распореди субјективни терет доказивања. Тиме се исцрпљују његова овлашћења у прикупљању чињеничне грађе. Уверени смо, међутим, да ће се у пракси судије радо позивати на ову одредбу и тако настојати да прошире своја инквизиторна овлашћења. Од способности и сналажљивости судија зависиће у којој мери ће они успети да пронађу начин да спорне чињенице буду предмет контрадикторног расправљања и да подстакну и испровоцирају странке да изнесу све битне чињенице, а да при том не прекораче границе својих овлашћења и не ставе се, макар и несвесно, у улогу заступника неке од странака, чиме би довели у питање непристрасност суђења.

Сходно решењима новог ЗПП-а, суд више није овлашћен да, у случају када је поднесак неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступати, поучи и помогне странци да поднесак исправи или допуни, већ ће странци вратити поднесак ради исправке, и то само ако она нема пуномоћника адвоката (чл. 103 ст. 1). Када је поднесак са оваквим недостацима поднео адвокат, суд ће га одбацити (чл. 103 ст. 6). Суд је дужан да поучи само неку странку о њеним процесним, никако не и о материјално-правним овлашћењима, чиме се обезбеђује равноправност странака у парници.

Будући да је домет истражног начела сужен, суд је само изузетно овлашћен да по сопственој иницијативи прикупља процесну грађу. У пуном капацитету истражно начело остварује се кроз овлашћење суда да по службеној дужности утврђује спорне правно релевантне чињенице које се тичу примене процесног права (ради се о примени норми које представљају *ius cogens*), приликом контроле недопуштених диспозиција странака и када је на то овлашћен посебним прописима.

Широка овлашћења суда да користећи истражно начело утврди и чињенице које странке нису изнеле и изведе доказе које странке нису предложиле, садржана у старом ЗПП-у, значајно су редукована само на случајеве кад се ради о недопуштеним диспозицијама и када је то посебним прописима предвиђено. Тако, Породични закон у чл. 205 стипулише да у поступку у вези са породичним односима суд може утврђивати чињенице и када оне међу странкама нису спорне, а може и самостално истраживати чињенице које ниједна странка није изнела и изводити доказе које странке нису предложиле. Нови ЗПП задржао је и решење ранијег Закона по коме су странке слободне да располажу својим захтевима, осим ако је то у супро-

случају када постоји сумња да се ради о недопуштеним диспозицијама странака. Г. Станковић, Н. Пешић, Доказно решење у судској пракси, Правни информатор, бр. 9/2007. Чланак преузет дана 18. 08. 2009. године са интернет странице: http://informatior.rs/tekstovi/dokazno_907.htm.

тности са принудним прописима, јавним поретком или правилима морала (чл. 3 ст. 3). Када суд посумња да странке, кроз располагање процесним материјалом, фактички располажу захтевима којима не могу располагати, дужан је да изврши контролу тог сегмента чињеничног супстрата и спречи недопуштене диспозиције странака.³² У погледу контроле допуштености ових располагања истражна овлашћења суда заступљена су како поводом утврђивања чињеница, тако и у погледу иницијативе за извођењем доказа.

Заснивање одлуке на недозвољеним располагањима странака представља битну повреду правила поступка, на коју инстанциони суд води рачуна по службеној дужности.³³ Из наведеног намеће се закључак да, без обзира на законску формулацију садржану у чл. 7 ст. 3, према којој је суд само *овлашћен* да утврди и чињенице које странке нису изнеле у случају недопуштених диспозиција, треба узети да је суд у овом случају *дужан* да утврди и чињенице које странке нису изнеле, јер само тако може бити донета правилна пресуда.³⁴ Ако је пресуда заснована на располагањима странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком и правилима морала, таква пресуда је незаконита.

Међу процесуалистима преовладава став да и у системима где доминира расправно начело суд треба да има активну улогу у прикупљању процесне грађе кроз иницирање утврђивања релевантних чињеница³⁵ или кроз концепцију „отвореног правосуђења“.³⁶ Веома често странке које иначе имају постулативну способност нису вичне праву, оне јесу једнаке у процесном оружју, али не знају како да га правилно и ефикасно употребе, па се са разлогом поставља питање да ли се од њих може очекивати да пред судом изнесу сав процесни материјал, да ли могу да разлуче битне од небитних

³² Г. Станковић, Начело диспозиције и недозвољене радње располагања у парничном поступку, *op. cit.*

³³ Видети: чл. 361 ст. 2 тач. 5 у вези са чл. 372 ст. 2 новог ЗПП-а. У тим случајевима суд неће донети пресуде на основу признања, на основу одрицања и због пропуштања и када су испуњени за то потребни услови, нити се у погледу ових захтева пред судом може закључити поравнање.

³⁴ Када парнични суд, услед недопуштених диспозиција странака одлучи да самостално изводи доказе и утврди све релевантне чињенице које странке нису изнеле, он ипак не може на тим чињеницама засновати своју одлуку уколико странкама није пружио могућност да се о њима изјасне, осим ако је законом прописано другачије (чл. 7 ст. 4 новог ЗПП-а).

³⁵ Више о томе: Б. Познић – В. Ракић Водинелић, Грађанско процесно право, Београд, 1999, стр. 135.

³⁶ Према концепту тзв. отвореног правосуђења, чији је идејни творац проф. Сениша Трива нужно је да суд током поступка упознаје странке са својим радним тезама, квалификацијама и оценама када оне одступају од страначких. Зато суд може упозорити странке, када оцени да је сврсисходно, на њихову дужност изношења одлучних чињеница и предлагања одређених доказа уз навођење разлога зашто то сматра потребним. Детаљније о томе: С. Трива, М. Дика, *op. cit.*, стр. 151 и даље.

чињеница. Несумњиво је да ће хендикепиране бити нарочито сиромашне странке које себи не могу да приуште квалитетно адвокатско заступање, а систем бесплатне правне помоћи код нас је још увек недовољно развијен. Утисак је да је активна улога суда у прикупљању процесног материјала неопходна, јер је суд често једини субјект у парници који познаје супстанцијално право и дужан је да га правилно примени, па би било пожељно да у свакој парници упозна странке са тиме како је извршио правну квалификацију спорног односа. Реализација концепта „отвореног правосуђења“ у пракси била би, стога, од великог значаја, јер би странке биле упознате са правним схватањем суда, његовим радним тезама и оценама. Тиме би им био олакшан посао приликом изношења релевантне чињеничне грађе, а то би било од великог значаја и за парнични суд јер би се на тај начин обезбедила оптимална чињенична грађа за доношење одлуке. У том правцу креће се и пракса Европског суда за људска права, према чијем схватању се кроз упознавање странака са ставовима суда, од којих зависи ток и судбина парнице, остварују начела једнакости процесних субјеката и начело контрадикторности у пуном обиму.³⁷

Закључне напомене

Важећи Закон о парничном поступку не представља законски текст који чини радикалан заокрет у процесном законодавству и не конструише парничну процедуру на новим основама, али уноси неке неопходне новине у погледу афирмације и модификације савремених принципа који представљају темељ правне заштите.

Међу значајним изменама које је нови ЗПП увео свакако спада и успостављање новог баланса између расправног и истражног начела, као темељних процесних начела која прожимају све стадијуме парничног поступка. Ове две радне методе прикупљања процесног материјала претрпеле су нужне измене као израз потребе да се са једне стране обезбеди правилно и потпуно утврђивање свих правно релевантних чињеница, са друге стране да се заштити правни поредак од недопуштених диспозиција странака, и истовремено удовољи захтевима за обезбеђењем ефикасности поступка и пружањем правне заштите у разумном року.

Иако је и стари ЗПП био конципиран на доминацији расправне максиме, али са снажним елементима инквизиторности, важећи ЗПП нарочито апострофира улогу странака у прикупљању чињеничне грађе, битно умањујући домет и значај истражног начела. То се, пре свега, може уочити кроз анализу нових правно-техничких, али и суштинских измена чл. 7 старог и новог ЗПП-а. Задатак суда више није сазнавање апсолутне истине, већ сазнавање истине о оним сегментима страначких односа које су оне спремне

³⁷ Ibid.

изнети пред суд. Обим чињеничне грађе који се износи у парници детерминисан је готово увек вољом странака. Да би суд могао да одлучује, свака странка дужна је да изнесе све чињенице на којима заснива своје захтеве или којима оспорава наводе и захтеве парничног противника, без обзира да ли се ради о захтеву за пресуду или неком другом процесном захтеву. Странке су заинтересоване за успех у парници и зато је у њиховом интересу да предлажу доказе како би суд увериле у истинитост својих тврдњи. Суд не може принудити странке да буду делатне, али је њихова пасивност у парници санкционисана правилима о терету доказивања и могућности доношења пресуде на основу пропуштања.

Иако су истражна овлашћења суда у новом ЗПП-у редукована, суд активно узима учешће у прикупљању процесног материјала. Оваква улога суда је неопходна како би био у могућности да утиче на обезбеђење релевантне чињеничне грађе и створи услове за доношење законите одлуке којом би била пружена правна заштита странкама у парници.

У пуном капацитету инквизиторна овлашћења парничног суда огледају се у овлашћењу да утврди све чињенице које се тичу примене процесног права, да утврди и чињенице које странке нису изнеле када располажу захтевима којима не могу располагати, као и када суд по самом закону није везан за чињенице које су странке изнеле. Значајно инквизиторно овлашћење суда из ранијег процесног режима да утврди све спорне чињенице које су од значаја за одлучивање, па чак да изведе и доказе које странке нису предложи-ле, ако су од значаја за доношење одлуке, ограничено је само на ситуацију када се ради о недопуштеним диспозицијама странака или када је то посебним прописима изричито предвиђено. У оквиру расправне максиме суд је овлашћен да саслушањем странака, постављањем питања и на други целисходан начин провоцира и подстиче странке да изнесу целокупан процесни материјал. Да би тај циљ остварио, било би сврсисходно да суд у свакој парници информише странке о својим радним тезама и о томе како је правно квалификовао спорни однос, чиме би помогао, нарочито правно неуким странкама, да кроз изношење свих релевантних чињеница допринесу формирању чињеничног супстрата судске одлуке којом се решава спор.

Доношење новог ЗПП-а свакако није гаранција да ће зацртани циљеви законодавца бити остварени у пракси. Закон представља камен темељац реформе парничне процедуре, али он је само неопходан, али не и довољан услов за остваривање правозаштитних циљева у домену цивилноправне заштите. Није реално очекивати да ће се само изменом процесних правила обезбедити ефикасност парничне процедуре, јер поступак не чине само процесне норме већ и поступање суда и странака по њима. Проблем интерпретације процесних правила и њихове имплементације у јудикатури знатно је комплекснији. Велико је питање колико ће времена бити потребно да нова решења садржана у Закону о парничном поступку буду операционализована у судској пракси, узимајући у обзир старе навике и дугогодишње поступање наших судова по одредбама старог ЗПП-а.

Novak Krstić, LL.B.
Post-graduate student,
Faculty of Law, University of Niš

**THE ROLE OF THE LITIGATION COURT AND THE LITIGANTS
IN COLLECTING PROCEDURAL EVIDENCE:
A COMPARATIVE ANALYSIS OF THE FORMER AND THE APPLICABLE
LITIGATION PROCEDURE ACT**

Summary

The applicable Litigation Procedure Act has not made a radical turn in procedural legislation, nor has it provided a new structure of civil procedure. However, it has introduced some much needed innovations in terms of the affirmation and modification of the contemporary principles underling the legal protection in this area.

One of the most significant changes introduced in this new Act is certainly a new balance between the adversarial and the inquisitorial principles, which are the fundamental procedural principles underlying all stages of the civil procedure. These two methods of collecting procedural evidence have sustained the necessary changes as a result of the procedural need to properly and comprehensively establish all the legally relevant facts; on the other hand, it was necessary to protect the legal order from inadmissible dispositions of the parties and meet the requirements which would ensure the proceedings efficiency and provide for adequate legal protection in a reasonable time.

Although the former Litigation Procedure Act was dominated by the adversarial principles reinforced with strong elements of the inquisitorial approach, the applicable Litigation Procedure Act particularly emphasizes the role of litigants in the collection of facts, thus considerably reducing the role and the extent of the inquisitorial approach. A comparative analysis of Article 7 of the former and the new LPA clearly shows the scope of the introduced substantive and technical changes. The court is no more obliged to establish the absolute truth but to discover the truth about those segments in the parties' relations that the litigants are willing to bring to court. The amount of evidence presented in the litigation is almost invariably governed by the will of the parties. In order to help the court reach a decision, each party shall present all the facts either supporting its legal claims or denying the opponent's allegations and claims, regardless of the type of pleadings (a complaint or some other procedural claim). Considering the litigants' direct interest in the success of the litigation, it is in the interest of the parties to propose the evidence to support their claims and convince the court in the accuracy of their

allegations. The court cannot force the parties to be active and efficient but their inactivity in the litigation proceedings is sanctioned by the rules on the burden of proof and the court's authority to issue a default judgment (for failure to appear).

Even though the inquisitorial powers of the court have been reduced in the new LPA, the court still takes an active part in collecting the procedural evidence. This role is necessary in order to enable the court to have some influence on providing relevant factual evidence and thus generate conditions for a lawful judicial decision which shall provide equal legal protection to the litigants involved in the lawsuit.

In their full capacity, the inquisitorial powers of the litigation court are reflected in the authority of the court to determine all the facts concerning the application of the procedural law, even to determine the facts that have not been presented to the court in case when the parties have inadmissible dispositions and when the court is not obliged by the letter of law to take into consideration the facts presented by the parties. Another significant inquisitorial power of the court contained in the former procedural regime was to determine any disputed facts that may be important in the decision-making process, and even to run and infer the evidence that the parties had not proposed if it was considered important for the decision. In the new LPA, this authority has been limited only to cases involving the parties' inadmissible dispositions, or when it is explicitly stipulated in special regulations. Under the principles governing the adversarial procedure, the court is authorized to hear the parties, ask questions and act in other appropriate ways so as to provoke and encourage the parties to present comprehensive procedural evidence. In order to achieve this goal, it would be highly appropriate if the court informed the parties involved in any lawsuit about the operative principles governing the court decisions in the specific proceeding, and how the the legal issue of the litigant's dispute has been legally qualified; thus, the court could help the parties (who are either insufficiently educated or ignorant of the law) to disclose of all relevant facts and thus contribute to creating a factual substrate of the judicial decision that ultimately resolves the dispute.

The adoption of the new Litigation Procedure Act certainly does not guarantee that the intended goals would be achieved in practice. Even though the Act is the cornerstone of civil procedure reform, its provisions are necessary but insufficient for achieving legal protection goals in the field of civil procedure. It is unrealistic to expect that the change of procedural rules alone would ensure the efficiency of the civil procedure. The procedure does not include only the prescribed procedural norms but also the conduct of the court and parties in respect of these norms. The problem of interpretation and implementation of procedural rules in the jurisprudence is considerably more complex. Taking into account the old habits and the long-term application of the former LPA in our courts, it remains to be seen how long it will take the new Litigation Procedure Act to become operative in the judicial practice.

Key words: adversarial and inquisitorial principles, litigants, litigation court, Litigation Procedure Act

UDK: 341.6:339.5

UDK: 347.98:341.6(497.11)

Урош Здравковић, студент докторских студија права
Правни факултет Универзитета у Нишу

ИСКЉУЧИВА СУДСКА НАДЛЕЖНОСТ У ПРАВУ СРБИЈЕ КАО СМЕТЊА ЗА РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ПРЕД МЕЂУНАРОДНОМ ТРГОВИНСКОМ АРБИТРАЖОМ*

***Апстракт:** аутор се у раду бави проблемом искључиве судске надлежности која се често може јавити као сметња за арбитражно решавање спорова који проистичу из међународних пословних односа. Фокус рада је посвећен питању искључиве судске надлежности у арбитражном праву Србије, које је доношењем Закона о арбитражи 2006. године значајно реформисано. Поред искључиве судске надлежности, аутор у неким деловима рада прави и осврте на друге критеријуме арбитрабилности, посебно на оне које спадају у критеријуме *ratione materiae*. У уводним напоменама се објашњава појам арбитрабилности и искључиве судске надлежности. Затим се говори о изворима арбитражног права у Републици Србији и критеријумима арбитрабилности које прописује Закон о арбитражи, као и о одредбама Закона о парничном поступку из 2004. године које регулишу област спорова који се могу решавати искључиво пред судом. Посебан осврт је направљен на новине у погледу арбитрабилности спорова који за предмет имају страна улагања и концесије.*

***Кључне речи:** арбитрабилност, искључива судска надлежност, арбитража, међународни пословни однос.*

1. Увод

Међународна трговинска арбитража представља често коришћен форум решавања спорова који проистичу из међународних пословних односа.

Карактер и сложена структура међународних пословних односа захтева посебан степен пажње приликом решавања спорова који те односе

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

прате. Један од основних мотива који пословне људе опредељује да у својим уговорним односима међународног карактера за случај спора предвиде арбитражу, огледа се у ефикасности поступка решавања спорова. Већина корпорација, према неким истраживањима преко 70% водећих компанија у свету, радије користи међународне трговинске арбитраже за решавање спорова насталих из трговинских уговора и инвестиционих споразума него транснационалне судове.

Основно питање које се поставља као претпоставка решавања спорова пред међународном трговинском арбитражом је постојање надлежности арбитраже за решавање конкретног спора. Арбитражни споразум између странака је конститутивни акт надлежности арбитраже и без њега се спор не може решавати пред арбитражом. Међутим, није довољан само арбитражни споразум странака да би се засновала надлежност арбитраже, уколико споразум није пуноважан. Један од услова пуноважности арбитражног споразума је арбитрабилност спора, односно његова подобност за арбитражни начин решавања. Једна од главних законских сметњи за заснивање надлежности арбитраже је постојање искључиве судске надлежности, прописане националним законодавством. У пракси, она најчешће представља сметњу за признање стране арбитражне одлуке.

У Републици Србији је доношењем Закона о арбитражи¹ 2006. године, арбитражно право значајно реформисано, посебно када је у питању одређивање атрибута међународности трговинске арбитраже. У том погледу је законодавац значајно либерализовао критеријуме арбитрабилности, предвиђајући постојање међународног пословног односа као критеријума који је неопходан да би се арбитража одредила као међународна. Међутим, искључива судска надлежност се још увек у српском праву јавља као сметња за решавање појединих врста спорова који могу да проистекну из међународних пословних односа.

2. Искључива судска надлежност као негативна претпоставка арбитрабилности *ratione materiae*

Арбитрабилност спора представља подобност спора да се реши арбитражним путем, односно претпоставку пуноважности арбитражног уговора. Арбитрабилност представља сложен појам који обухвата неколико критеријума којим се одређује шта може бити предмет арбитраже. Када је у питању искључива судска надлежност, она се јавља као препрека остваривању критеријума арбитрабилности *ratione materiae*.

Арбитрабилност *ratione materiae*, или објективна граница арбитрабилности, је критеријум који се тиче карактера и предмета спора, односно

¹ „Службени гласник РС“ бр. 46/2006.

способности неке ствари да буде предмет арбитражног поступка. Међународна трговинска арбитража решава спорове међународног трговинског карактера. Најчешће су то спорови из уговора о: међународној продаји робе; оснивању предузећа и других облика организовања у мешовитој својини; страним улагањима; концесији; правима интелектуалне својине, ваздухопловним и пловидбеним стварима, и другим уговорима из међународних пословних односа². Спорови који спадају у искључиву судску надлежност не могу се решавати пред арбитражом. Свака држава својим законодавством одређује који спорови спадају у домен искључиве судске надлежности. Ако држава сматра да одређену врсту спорова мора да решава суд, она ће донети норме којим забрањује поверавање таквих спорова арбитражи, чиме они постају неарбитрабилни. То значи да се арбитража може уговорити само за спорове у којима се странке могу поравнати у вези са правима којима могу слободно диспонирати.

Међутим, арбитрабилност, у ширем смислу, не исцрпљује се само кроз овај критеријум којим се рад бави. Арбитрабилност је сложен правни појам и обухвата, поред овог, још неке критеријуме као што су:

1) критеријум *ratione personae*, или субјективна граница арбитрабилности, која представља критеријум који се тиче својства странака у спору. Разуме се, странке морају имати правну и пословну способност, што се цени према праву државе чије су оне резиденти. Традиционално гледиште, када је у питању међународна трговинска арбитража, предвиђа и услов да најмање један учесник у спору буде страно лице, тако да се у том смислу арбитрабилним спором сматра спор који се води између домаћих и страних лица, или само између страних лица;

2) критеријум *ratione jurisdictionis*, који се тиче питања „компетенције – компетенције“, односно питање права арбитраже да самостално одлучи о сопственој надлежности уз накнадну судску контролу такве одлуке³;

3) критеријум *ratione territorii*, који се односи на могућност решавања појединих спорова у иностранству, или решавања искључиво пред домаћом арбитражом (територијалне границе арбитрабилности);

4) критеријум *ratione institutionis*, који се односи на питање могу ли се неки спорови решавати пред *ad hoc* арбитражама, или је искључива компетенција институционалних арбитража (институционалне границе арбитрабилности)⁴.

² Р. Ђуровић - А. Ђирић, *Међународно трговинско право – Општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2005. Стр. 277.

³ *Ibidem*.

⁴ А. Узелац, *«Нове границе арбитрабилности према Закону о арбитражи»*, Право у господарству, vol. 41, бр. 2, Загреб, 2002., стр. 58-77. (Електронско издање). Цео текст доступан на интернет адреси: <http://alanuzelac.from.hr/pubs/pubs.htm>.

Са критеријумом *ratione materiae* највише је повезан критеријум *ratione personae*. Зато и разликовање објективне и субјективне арбитрабилности није увек једноставно, првенствено због законских решења у којима се преплићу критеријуми њиховог одређивања.

3. Искључива судска надлежност и арбитража у праву Србије

3.1. Извори права

Најзначајнији и основни извор арбитражног права у Републици Србији је Закон о арбитражи, усвојен 2006. године. То је и први закон у домаћем правном систему који уређује област арбитраже у облику самосталног закона. Овим Законом уређује се арбитражно решавање спорова без страног елемента и спорова са страним елементом⁵. Закон се примењује само када је у питању домаћа арбитража, односно када је место арбитраже на територији Републике Србије⁶, или уколико га странке у споразуму одреде као меродавно право.

Пре доношења Закона о арбитражи, основни правни извор који је регулисао арбитражу био је Закон о парничном поступку (ЗПП)⁷. Доношењем Закона о арбитражи, укинута су одредбе ЗПП-а, које се односе на могућност решавања спорова пред арбитражом (чл. 468а-487 ЗПП-а)⁸. Међутим, овај Закон се и даље примењује када је у питању арбитража, али као супсидијарни извор, односно на она питања која нису регулисана вољом странака, правилима уговорене арбитраже или у Закону о арбитражи. Поред тога, ЗПП се примењује и као допунски извор за решавање питања постојања искључиве судске надлежности, јер Закон о арбитражи имплицитно упућује на одредбе ЗПП-а, које се тичу спорова из искључиве надлежности суда.

Извор арбитражног права, посебно када су у питању међународни пословни односи, представљају и конвенције које је Србија потписала и ратификовала (пре свега Конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука – Њујоршка конвенција⁹, Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи¹⁰ и Конвенција о решавању инвестиционих спорова

⁵ Чл. 1. Закона.

⁶ Чл. 2. ст.1 Закона.

⁷ „Службени лист СЦГ“, бр.1, од 4. фебруара 2004. године.

⁸ Видети чл. 69. Закона о арбитражи.

⁹ *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*. Донета 10.6.1958. године у Њујорку. Бивша Југославија је ратификовала ову Конвенцију Законом Скупштине СФРЈ од 1.11.1981. године („Службени лист СФРЈ“, додатак „Међународни уговори“ бр. 11/81)

¹⁰ *European Convention on International Commercial Arbitration*. Донета 21.4.1961. године у Женеви од стране Комисије УН за Европу. Европску конвенцију је бивша Југославија ратификовала 1963. године, Уредбом Савезног извршног већа објављеном у „Службеном листу

између држава и држављана других држава - Вашингтонска конвенција¹¹), које су саставни део домаћег права и уживају примат у односу на домаће законе.

Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Србије¹² такође представља значајан извор домаћег арбитражног права, нарочито када је у питању надлежност и поступак арбитраже за решавање спорова из међународних пословних односа.

Од осталих правних извора који се односе на специфичности арбитражног решавања спорова у праву Србије, када су у питању односи из материје страних инвестиција, треба поменути Закон о страним улагањима¹³ и Закон о концесијама¹⁴.

3.2. Појам међународне трговинске арбитраже према Закону о арбитражи

Међународна арбитража, у смислу Закона о арбитражи, је она арбитража која за предмет има решавање спорова који проистичу из међународних пословних односа¹⁵. При томе, домаћом арбитражом се сматра арбитража која решава спорове који потичу из домаћих имовинско-правних односа. Међународна арбитража постоји и у нарочитим случајевима који су прописани истим чланом Закона, а то су:

- 1) када странке у време закључења споразума имају седиште у различитим државама;
- 2) када се изван државе у којој странке имају своја пословна седишта налази место арбитраже, или место у коме треба да се изврши битан део обавеза из пословних односа, или место са којим је предмет спора највише повезан;
- 3) када су се странке изричито споразумеле да је предмет споразума о арбитражи везан за више држава.

Може се слободно рећи, да наш Закон, у односу на упоредноправна решења у другим националним системима, иде корак даље, предвиђајући критеријум *ratione materiae*, а не *ratione territorii* за одређивање атрибута

Југославије“, додаток „Међународни уговори“ бр. 12/63.

¹¹ *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*. СР Југославија је потписала Конвенцију 31.07.2002. године, а ратификовала је 2006. године Законом о ратификацији Конвенције о решавању спорова између држава и држављана других држава, „СЛ. лист СЦГ“, додаток „Међународни уговори“, бр. 2/2006.

¹² Донет на седници Скупштине привредне коморе Србије одржаној 24.5.2007. године.

¹³ „Сл. лист СРЈ“, Бр. 3/2002.

¹⁴ „Службени гласник РС“, бр. 55/2003.

¹⁵ Чл.3. ст.1. Закона.

међународности арбитраже. На тај начин Закон отвара много шире могућности за успостављање међународног карактера одређеног спора, јер није потребан елемент иностраности у субјективном смислу (да је бар једна од странака страном лице), као у већини правних система¹⁶. На основу оваквог законског решења, пословни однос између два домаћа лица, од којих је код једног присутно потпуно, или већинско учешће страног капитала, може се сматрати међународним пословним односом, а арбитража која би евентуално решавала спорове проистекле из тих односа, сматрала би се међународном трговинском арбитражом.

Закон о арбитражи се примењује када је место арбитраже на територији Републике Србије¹⁷, без обзира да ли је реч, у смислу овог Закона, о међународној или домаћој арбитражи. У том смислу, Закон предвиђа јединствене критеријуме арбитрабилности и за домаћу и за међународну арбитражу. Када је у питању арбитрабилност спорова који се решавају пред страном арбитражом (уколико се арбитражни поступак спроводи у иностранству, или уколико се спроводи у Србији, али је примењено страном право), Закон уређује услове за признање и извршење страних арбитражних одлука, који морају бити испуњени приликом решавања о поднетом захтеву¹⁸.

3.3. Критеријуми арбитрабилности према Закону о арбитражи

Прописи који регулишу искључиву судску надлежност садржани су у Закону о арбитражи и Закону о парничном поступку, а могу се појавити и у другим законима који садрже материјалноправне одредбе којима се регулишу поједине области. Закон о арбитражи предвиђа искључиву судску надлежност као критеријум арбитрабилности, али не наводи који спорови спадају у тај домен. Решења у том погледу треба тражити у Закону о парничном поступку, чије одредбе прописују које врсте спорова могу да се решавају искључиво пред домаћим судом.

Закон о арбитражи предвиђа три критеријума арбитрабилности за решавање спорова пред арбитражом на територији Републике Србије¹⁹:

- 1) постојање имовинскоправног захтева;
- 2) могућност слободног располагања правима;
- 3) непостојање искључиве судске надлежности.

Дакле, законодавац се определио да искључиву судску надлежност експлицитно уврсти као сметњу за арбитрабилност.

¹⁶ Видети чл. 3, ст. 2 Закона о арбитражи Републике Хрватске (*Народне новине РХ*, бр. 88/2001.)

¹⁷ Чл. 2, ст. 1. Закона

¹⁸ Чл. 66. Закона.

¹⁹ Чл. 5, ст. 1. Закона

Овакво решење изражава намеру законодавца да остане доследан критеријумима арбитрабилности који су пре доношења Закона о арбитражи били прописани одредбама ЗПП-а. Наиме, према одредбама ЗПП-а (чл. 468а – 487), критеријуми арбитрабилности били су готово идентични:

- 1) да се ради о правима којима странке слободно располажу;
- 2) да није предвиђена искључива надлежност домаћег суда.

Једина новина коју је увео Закон о арбитражи односи се на постојање имовинскоправног захтева, као још једног критеријума који је додат. Ово је учињено, пре свега, из разлога додатне прецизности, мада се критеријуми као што су могућност слободног располагања правима, и постојање имовинскоправног захтева, у суштини подударају.

Поменута решења се односе на арбиражу која се спороводи на територији Републике Србије, без обзира да ли је реч о међународној или домаћој. Међутим, када је у питању арбитрабилност спорова који се решавају пред страним арбитражама, релевантне су одредбе Закона о арбитражи које говоре о условима за признање и извршење страних арбитражних одлука. У тим одредбама се експлицитно наводи да суд не може да призна страну арбитражну одлуку уколико:

1) предмет спора по праву Републике Србије није подобан за решавање пред арбитражом (а по одредбама истог Закона спор није подобан за арбитражу уколико странке нису овлашћене да слободно располажу правима, уколико не постоји имовинскоправни захтев, и уколико је предвиђена искључива судска надлежност);

2) би дејство арбитражне одлуке било у супротности са јавним поретком Републике Србије²⁰.

Дакле, Закон предвиђа обавезу за суд да одбије захтев за признање, односно, извршење стране арбитражне одлуке, уколико се нађе један од претходно два наведена разлога за одбијање, у које спада и постојање искључиве судске надлежности. Са друге стране, када су у питању остали разлози за одбијање признања и извршења које Закон предвиђа²¹, суду је остављено да сам одлучи да ли ће одбити захтев. Ово решење је у складу са Њујоршком и Европском конвенцијом, која дозвољава државама да не признају одређену страну арбитражну одлуку или споразум, уколико предмет спора, по праву државе од које се тражи признање, није погодан за решавање пред арбитражом²².

²⁰ Чл. 66. Закона.

²¹ У члану 66. Закона наведени су разлози за одбијање, као што су непуноважност споразума по праву које су странке одредиле или по праву државе у којој је одлука донета, изостанак уредног обавештавања странке о именима арбитра и о арбитражном поступку, ако се одлука односи на спор који није обухваћен споразумом о арбитражи или су одлуком прекорачене границе тог споразума, итд.

²² У чл. 5. ст. 2. Њујоршке конвенције наводи се да уколико предмет спора, према закону државе од које се тражи признање или извршење, није подобан за решавање пред арбитражом

3.4. Спорови који спадају у домен искључиве судске надлежности према ЗПП-у

Одредбе које се тичу спорова који не могу да буду решавани пред арбитражом јер спадају у искључиву судску надлежност, налазе се у Закону о парничном поступку. Наведено је да Закон о арбитражи прописује три критеријума арбитрабилности – постојање имовинскоправног захтева, могућност слободног располагања правима, и непостојање искључиве судске надлежности. Правни прописи предвиђају искључиву судску надлежност за грађанскоправне спорове разних врста, међу којима се неки не могу окарактерисати као имовински (нпр. неки спорови из породичноправних односа), нити као спорови којима странке могу слободно располагати. Пошто се рад бави искључивом судском надлежношћу као негативном претпоставком арбитрабилности, излагање ће бити ограничено на имовинскоправне спорове за које домаћи правни систем прописује искључиву судску надлежност.

Закон о парничном поступку (чл. 50., 51., 55., и 57.) одређује искључиву судску надлежност, као искључиву месну надлежност суда која је предвиђена за:

1) спорове о праву својине и другим стварним правима на непокретности. Искључиво је месно надлежан суд на чијем се подручју налази непокретност;

2) спорове због сметања државине на непокретности. Искључиво је месно надлежан суд на чијем се подручју налази непокретност;

3) спорове из закупних односа на непокретности. Искључиво је месно надлежан суд на чијем се подручју налази непокретност;

4) спорове о праву својине и другим стварним правима на ваздухоплову, поморском броду или броду унутрашње пловидбе, као и за спорове из закупних односа на овим стварима (уколико је надлежан домаћи суд). Искључиво је месно надлежан суд на чијем се подручју води уписник у који је брод, односно ваздухоплов уписан;

5) спорове против Републике Србије из односа са војним јединицама, односно установама. Искључиво је месно надлежан суд на чијем се подручју налази седиште команде војне јединице, односно установе;

(што чини постојање искључиве судске надлежности), или уколико је арбитражна одлука у супротности са јавним поретком државе, држава може одбити захтев за признањем и извршењем одлуке, док се у чл. 6. ст. 2. Европске конвенције изричито предвиђа могућност државе од које се тражи признање арбитражног споразума, да то одбије, уколико по њеном праву спор не би могао да се решава путем арбитраже, без обзира на меродавно право у споразуму²².

б) спорове који настају у току и поводом судског или административног извршног поступка, односно у току, и поводом стечајног поступка. Искључиво је месно надлежан суд на чијем се подручју налази суд који спроводи извршни, односно стечајни поступак, односно суд на чијем се подручју спроводи административно извршење.

Из наведене листе се види да због искључиве судске надлежности као негативне претпоставке за арбитрабилност, арбитража није могућа, практично у споровима који се тиче некретнина. Овакав концепт је, несумњиво, одраз наслеђа социјалистичког патернализма. Први грађански закон који је прописивао слична ограничења био је Закон о парничном поступку из 1956. године, према којем су арбитрабилни били спорови о којима странке могу закључити поравнање, осим спорова за које је прописана искључива судска надлежност, на основу одредаба истог Закона које говоре о искључивој месној надлежности. Идеја оваквог ограничења била је садржана у политичкој оцени неприкладности да се о предметима од посебног националног интереса (каким су се сматрале спорови о некретнинама или спорови са војним јединицама), не може одлучивати тело у иностранству (јер се у складу са социјалистичком праксом арбитраже, највише и рачунало на то да ће арбитража у споровима са страним елементом бити најчешће спровођена у иностранству)²³.

3.5. Новине у погледу арбитрабилности спорова који проистичу из страних улагања и концесија

У светлу реформе и либерализације правног система у Републици Србији, донета су два значајна закона чијим су се одредбама прошириле границе арбитрабилности у односу на спорове који могу да проистекну из страних, или домаћих инвестиција. Ради се о Закону о страним улагањима из 2002. године, и Закону о концесијама из 2003. године. Иако је реч о законима чији предмет непосредног регулисања није арбитража, већ садрже материјалне норме које регулишу правни третман инвестиција, у њиховим одредбама о решавању спорова учињен је крупан корак у односу на дотадашња решења.

Правне норме о решавању ове врсте спорова, осим у ова два закона, налазе се и у двостраним међународним конвенцијама о заштити и унапређењу инвестиција, које је наша земља закључивала, и у вишестраним међународним конвенцијама које се односе на међународну трговинску арбитражу, а које је Република Србија ратификовала (од посебног значаја су Вашингтонска и Њујоршка конвенција)²⁴.

²³ А. Узелац, *op.cit.*, стр. 64.

²⁴ М. Станивуковић, *Решавање спорова који проистичу из страних улагања*, Правни живот,

Закон о страним улагањима, у делу који говори о решавању спорова одређује пуну слободу за странке да уговоре надлежност домаће или стране арбитраже за све спорове који проистичу из страних улагања²⁵. Једино уколико странке нису уговориле арбитражу, било у основном уговору, било накнадним закључењем посебног арбитражног споразума, спор ће решавати надлежни суд. Овакво решење је доста напредније од решења које је садржао Закон о страним улагањима из 1994. године²⁶. Према ранијем Закону, спорове који настану по основу улога страних лица решавао би надлежни суд, уколико у уговору о улагању или о оснивању странке нису предвиделе да спор решава домаћа или страна арбитража²⁷. Дакле, ранији Закон није дозвољавао уговарање арбитраже посебним и накнадним споразумом, већ су странке морале то да предвиде у основном уговору.

Међутим, овакво, наизглед либерално решење садашњег Закона о страним улагањима ипак има границе. Те границе су прописане одредбама ЗПП-а о искључивој месној надлежности које се морају поштовати, чак и када се ради о инвестиционим споровима. Ако би се у неком сложеном међународном инвестиционом подухвату, радило, између осталог, и о куповини некретнине (на пример земљишта за Greenfield инвестиције), па чак и ако би се радило само о закупу земљишта, пословног простора, или стана, арбитража, према ЗПП-у, не би била могућа. А ако би се и спровела, суд би могао да поништи донету арбитражну одлуку, док се страна арбитражна одлука не би могла признати или извршити²⁸.

Када су у питању концесије, као један од најсложенијих облика инвестиција, доношењем Закона о концесијама решен је велики проблем који је био присутан скоро целу једну деценију. Наиме, Закон о страним улагањима из 1988. године²⁹, којим су први пут после Другог светског рата у југословенски правни систем уведене концесије, имао је посебну одредбу посвећену решавању спорова који настану у тумачењу или извршавању уговора о концесији. Према члану 27. тог Закона, спорове би решавао надлежни југословенски суд, ако уговором о концесији не би било предвиђено да такве спорове решава арбитража основана по Вашингтонској конвенцији. С обзиром да Закон о страним улагањима из 1994. године није садржао децидирану одредбу, постајао је ризик да се држава, у случају спора који проистиче из уговора о концесији, позове на неподобност спора за решавање пред арбитражом, јер се ради о јавноправном односу у којем је искључена страначка аутономија воље, па је стога надлежан искључиво домаћи суд³⁰.

бр. 12/1997, стр. 229-245. стр. 233.

²⁵ Чл. 17. Закона.

²⁶ „Службени лист СРЈ“, бр. 79/94 и 29/96.

²⁷ Чл. 30. Закона о страним улагањима из 1994. године.

²⁸ А. Узелац, *op.cit.*, стр. 64.

²⁹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 77/88.

³⁰ М. Станивуковић, *op.cit.*, стр. 234.

Доношењем Закона о концесијама, 2003. године, отклоњена је ова несигурност. У члану 39, који говори о решавању спорова који настану у остваривању концесионих права и обавеза, предвиђена је слобода странака да уговоре надлежност арбитраже. Међутим, иста одредба садржи и ограничења када је у питању ова слобода. За спорове који настану у остваривању међусобних концесионих права и обавеза, чији је предмет непокретност, Закон прописује искључиву надлежност домаћег суда. Ово решење је и у духу одредби ЗПП-а о искључивој месној надлежности када су у питању спорови који за предмет имају непокретност, као и због поимања концесија као јавноправног односа.

За решавање спорова који настану у извршавању других међусобних права и обавеза, може се уговорити надлежност арбитраже. Међутим, и овде постоји једна рестриктивност која није у духу арбитрабилности коју прописује Закон о арбитражи. Наиме, дозвољено је уговарање међународне арбитраже само уколико је концесионар страном лице. Уколико је концесионар домаће лице, дозвољено је уговорити једино надлежност домаће арбитраже.

Овде је присутна очигледна неусклађеност са Законом о арбитражи. Прво се ради о појмовној неусклађености, јер Закон о концесијама под међународном арбитражом, подразумева страну арбитражу, а не арбитражу која решава односе из међународних пословних односа, како то одређује Закон о арбитражи. Пракса је показала да међународни пословни однос може настати и између домаћих лица (када су лица регистрована у Србији, али послују као филијале матичне компаније у иностранству). Затим, за уговарање надлежности међународне арбитраже Закон о концесијама као услов предвиђа елемент иностраности – концесионар мора да буде страном лице. Овај услов у Закону о арбитражи не постоји. Разлог овакве неусклађености, највероватније је тај што је Закон о арбитражи донет три године касније у односу на Закон о концесијама. Такође, треба имати у виду да се концесије по Закону сматрају и јавноправним односом, па стога и постоји разлог за већом рестриктивношћу. Свакако, уколико дође до спора који за предмет има права и обавезе из концесије, примењиваће се одредба из Закона о концесијама, као закона *lex specialis*.

4. Закључак

Иако је доношењем Закона о арбитражи учињен крупан корак у процесу реформе и либерализације правног система у Србији, промена нормативе у области искључиве судске надлежности још увек није извршена. Закон о арбитражи не садржи одредбе о искључивој судској надлежности, него упућује на релевантне одредбе ЗПП-а, које су остале неизмењене, тако да је арбитражно право у Србији, када је у питању искључива судска

надлежност, остало неререформисано. Искључива судска надлежност, која је прописана за све спорове који се тичу некретнина, може да представља велики проблем у привлачењу страних инвеститора. Ни један велики инвестициони подухват се не може замислити без ангажовања непокретности, посебно земљишта и пословног простора. С обзиром да страни инвеститори нерадо гледају на могућност да евентуалне спорове између њих и домаћих лица решава домаћи суд, омогућавање арбитрабилности споровима који за предмет имају непокретност, далеко би се више постигло на охрабрењу потенцијалних инвеститора да улажу у Србију. Без обзира на овакав очигледан хендикеп у односу на правна решења арбитрабилности у већини развијених земаља, за наше право може се рећи да је, ипак, усклађено са решењима у законодавствима бројних држава. Треба имати у виду и чињеницу, да су и остали, развијенији правни системи, почели са реформом арбитражног права и либерализацијом арбитрабилности, релативно скоро. Такође, не сме се занемарити чињеница да је наше право отишло и корак даље у односу на остале правне системе, не прописујући елемент иностраности као обавезан услов за заснивање надлежности међународне трговинске арбитраже, као и одређењем самог појма међународне трговинске арбитраже, у односу на карактер и предмет спора, а не у односу на лица која у њему учествују, или место где се арбитражни поступак спроводи.

Uroš Zdravković, LL.B.
Post-graduate student
Faculty of Law, University of Niš

**EXCLUSIVE COURT JURISDICTION IN THE SERBIAN
LEGISLATION AS AN IMPEDIMENT FOR DISPUTE
RESOLUTION BEFORE THE INTERNATIONAL TRADE
ARBITRATION**

Summary

In this article, the author explores the issue of exclusive jurisdiction of national courts to decide on disputes stemming from international business relations. The exclusive court jurisdiction, prescribed by the national legislation, may often be a legal impediment for dispute resolution before the International Trade Arbitration and for the subsequent recognition of foreign arbitral awards. The author analyzes is the concept of the exclusive court jurisdiction as prescribed in the Serbian arbitration legislation, which has been significantly reformed by the adoption of the Arbitration Act of 2006. Apart from the exclusive court jurisdiction, the author discusses the concept of arbitrability of a dispute and provides an overview of some arbitrability criteria, particularly those falling into the category of *ratione materiae*. In the introductory part of the paper, the author explains the concepts of arbitrability and exclusive court jurisdiction. Further on, the author explores the sources of arbitration law in the Republic of Serbia and the arbitrability criteria prescribed in the Arbitration Act as well as in the provisions of the Litigation Procedure Act of 2004 which regulate the area (subject matter) of disputes which may be resolved exclusively before a competent national court. The author specifically refers to the new developments pertaining to the arbitrability of disputes involving foreign investments and concessions.

Key words: arbitrability, exclusive court jurisdiction, arbitration, international business relations

ТРГОВИНСКО ПРАВО

UDK: 004.738.5:399

Проф. др Предраг Димитријевић
Правни факултет у Нишу

ВРЕМЕ ДА СЕ СУДОВИ СУОЧЕ СА ЕЛЕКТРОНСКОМ ТРГОВИНОМ*

***Апстракт:** Доношење ЗЕТ-а у Србији је крупан и опрезан искорак у ново глобално информационо друштво. Он правно уређује једну посебну и веома значајну област пружања услуга информационог друштва - електронску трговину. Нови ЗЕТ правно прописује услове и начин пружања услуга информационог друштва са накнадом и то нарочито у једној посебној сфери – електронска трговина, обавезу информисања корисника услуга, комерцијалну поруку, правила закључења уговора у електронском облику, као и одговорност пружаоца е-услуга, надзор у овој материји и одговорност учесника у е-трговини. Међутим, ЗЕТ има ограничену употребу јер се не примењује код важних, масовних и честих уговора. То показује резерве и сумње у поузданост информационе технологије, да ли је у стању да спречи извесне злоупотребе. С друге стране, ова опрезност законодавца указује да право још увек заостаје за ИСТ јер је и свесно своје несавршености али и свест људи још увек у класичној јуриспруденцији XIX века.*

***Кључне речи:** електронско пословање, електронска трговина, електронски уговор.*

1. Електронска економија као део глобалне електронске комуникације

Информатизација напредује веома брзо и промене које су настале изазвале су и брзо мењање људске свести, начина живота и стила управљања. Нова технологија захтева "редизајнирање" постојећих пословних процеса и правних комуникација, односно нови начин размишљања, планирања, алокацију одговорности, координацију појединаца, група или компанија. Нови начини комуникације су од есенцијалне важности за успех пословања нове "електронске компаније" што има и своје правне димензије.¹

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ Стеван Лилић, Драган Прља, *Правна информатика-вештина*, Досије, Београд, 2008.

Последњу деценију XX века карактерише глобална експанзија Интернета. Милиони људи широм света користе Интернет за информације, истраживања, трговину, финансије и коренспонденцију а да притом и не помисле да су правна питања нераскидиви део свих ових облика електронске комуникације. Док је раније за правни систем било важно разумети и регулисати пословне трансакције које су се одвијале лице у лице између пословних партнера, данас се функционисање електронске трговине као креативног онлине бизнис модела и електронске администрације одвија у радикално измењеном фактичком и правном амбијенту.²

Интернет је, појавом cyber-економије, e-commerce-a и e-banking-a, милионима корисника широм света променио начин куповине роба и управљања њиховим финансијским средствима. Корисници, првенствено захваљујући Web сервису, имају могућност за on-line банкарство и куповину и продају различитих роба. Пораст употребе Интернета као нове технологије и његов константни развој је омогућио подједнако коришћење светске глобалне мреже, независно да ли се ради о појединцима или предузећима свих величина и облика, уз минималне инвестиције.³

Нова димензија дигиталне комуникације има следеће карактеристике:

1. комуникације одвијају се путем електронске поште,
2. подаци се проучавају заједнички, на више нивоа - умножено,
3. анализа се обавља на рачунарима,
4. употреба дигиталних алата омогућава стварање виртуелних тимова (која није везана за географске локације),
5. сви папирнати процеси се претварају у дигиталне,
6. информација се мења за време,
7. дигитална комуникација смањује број посредника,
8. повезује се управљање знањем, пословним операцијама и продаја у један конзистентан систем.⁴

2. Појам електронске трговине

Појам "електронско (дигитално) пословање" обухвата on-line комуникације, пословне трансакције, трговину, пружање сервисних и финансијских услуга и све остале пословне електронске радње које прате пословање за чију

² **Laudon, Kenneth And Traver, Carol Guericco**, *E-commerce, business, technology, society*, Addison-Wesley, New York, 2001, **Ian Miles**, *Information technology: A continuing revolution*, World Employment Report 2001.

³ AWAD, *Electronic Commerce*, Prentice-Hall, New York, 2003.

⁴ **Дијана Радоњић**, *Дигитална економија и промјене у менаџменту*, Економски факултет, Подгорица, Волуме X, 2005, **Фрањић, М.**, *Дигитална економија*, Дигимарк д.о.о., Загреб, 2000.

реализацију је неопходна рачунарска мрежа-Интернет.⁵ Електронска трговина данас обухвата све од продаје књига појединцима као директним купцима до продаје контејнера различите робе фабрикама широм планете. Данас се у оквиру електронске трговине продаје све од физичких добара, преко услуга, до дигиталних производа који се испоручују преко Интернета. Електронска трговина заправо представља комбинацију ICT (информационо-комуникационе технологије), маркетинга и права. Постоји велики број дефиниција електронске трговине, а једна од најједноставнијих гласи: *електронска трговина је куповина и продаја производа преко Интернета*. Некада се термин електронске трговине замењује са термином *услуге које се пружају у информационом друштву*,⁶ али је значење истоветно. У неком практичном смислу електронска трговина обухвата све: од постављање каталога неке фирме на Интернет па до електронских продавница у којима се може било која роба купити и платити.

Електронска трговина робом и услугама јесте даљинска трговина. Овај облик пословања on-line закључивање уговора, елиминише проблем временске разлике и географске удаљености између пословних партнера везан за наручивање, испоруку и плаћање робе или услуга. Поред тога границе пословања се проширују на робе и услуге, које до појаве е-пословања нису ни постојале, односно на електронске робе и услуге.

Постоји неколико различитих врста електронске трговине од којих ћемо издвојити најзначајније: бизнис према потрошачима (B2C - *Business to Consumer*), бизнис према бизнису (B2B – *Business to Business*), влада према бизнису, влада према потрошачима, итд. Без обзира ко се у овим трансакцијама налази у улози продавца, односно купца он може очекивати побољшање свог статуса у односу на класично пословање. Понуђачи роба и услуга креирајући стратегију наступа која се базира на електронском пословању, креирају стратегију глобалног наступа који ће довести до смањења трошкова, повећања конкурентности, бољег прилагођавања робе потребама купаца, а што све доводи до повећања укупне способности пословања.

С друге стране, потрошачи "добивају" квалитетнију робу прилагођену њиховим потребама, по мањим ценама уз повећани стандард услуга.⁷

⁵ Осма међународна конференција о електронској трговини и електронском пословању Е-трговина 2008. е-commerce стратегију (*nadlanu.com*) показала је да Србија има озбиљне пропусте у области законодавних активности за електронско пословање. У том смислу у Србији постоји *Закон о електронској трговини* (Службени гласник РС, 41/09).

⁶ *Услуга информационог друштва* је услуга која се пружа на даљину уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, на лични захтев корисника услуга, а посебно продаја робе и услуга путем Интернета, нуђење података и рекламирање путем Интернета, електронски претраживачи, као и омогућавање тражења података и услуга које се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга. Види: *Закон о електронској трговини* (Службени гласник РС, 41/09).

⁷ Данска је на пример, увођењем *електронских фактура* уштедела годишње 150 милиона евра,

Развијају се јавне услуге које доносе уштеде, као што су *електронске јавне набавке* и укључивање највећег броја грађана у коришћење технологија.⁸

3. Правна питања сајбер-економије и е-трговине

Правна питања која се односе на ИС технологију и посебно електронску трговину су многобројна и мењају се због развоја ИСТ-а. То су следећа правна питања:

1. право приватности,
2. интелектуална својина,
3. слобода говора,
4. опорезивање,
5. заштита потрошача, и
6. друга правна питања (нпр. смарт картице, безбедност, закључивање електронских уговора, надлежност судова, интернет игре на срећу, криптографија, заштита система електронске владе, итд.).

Питања везана за **право приватности** односе се на правну регулативу која регулише одговорност за располагање личним подацима, и то: који лични подаци се могу наћи у базама података, ко је одговоран за грешке о тим подацима, како угрожена страна може да надокнади штету, како се могу користити добијени подаци, ко је власник информација, ко може приступити информацијама, колико се сме наплатити за приступ информацијама, који се подаци могу објавити итд. Ова се питања обично регулишу *Законом о приватности*, *Законом о заштити података*, *Законом о заштити приватности потрошача*, итд.

Заштита интелектуалне својине у вези са електронском трговином обухвата: заштиту ауторског права, патента и пословне тајне. Заштита ауторских права на Интернету једно је од најважнијих питања јер се постојећа правна регулатива мора изменити како би обухватила специфичну природу Интернета. Наиме, проблем је у томе што важећи прописи штите физичке производе, а не дигитални софтвер, који је данас најчешће угрожена интелектуална својина.⁹

Слобода говора је у тесној вези са електронском трговином. Она се огледа у слободи свакога да има право на своје слободно мишљење и изражавање и да има право да тражи и прима информације и идеје на било

као и Белгија која има највише "смарт картица" у Европи - шест милиона. Извор: www.e-trgovina.co.yu

⁸ **Надежда Тошић**, *Правна регулатива јавних набавки*, магистарски рад, Правни факултет у Београду, 2008, стр. 136

⁹ Софтверска индустрија је 1997. године изгубила 13.2 билиона долара због крађе од стране пирата.

ком медију. Интернет је сигурно такав медиј који је заиста широм отворио могућности испољавања слободе изражавања. Државе ипак желе да успоставе извешан вид контроле над слободом изражавања и то посебно у случају када је потребно заштитити децу од неадекватних материјала, као што су порнографија, агресија, мржња, и други потенцијално опасни материјали. Постоје различита мишљења о томе ко треба да врши контролу над недозвољеним садржајима на Интернету. По једном мишљењу, то су родитељи, по другом контролу Интернет садржаја треба да спроводе државни органи, а по трећем, интернет провајдери.¹⁰

Што се тиче *опорезивања на интернету*, у многим земљама трговина преко Интернета изједначена је са трговином преко поште, путем испоруке и ту се извлаче паралеле у вези са правним решавањем ових питања. Садашњи проблем са е-трговином је што многи даваоци услуга не плаћају порезе док се за исте услуге на класичан начин плаћају порези и тако се on-line индустрија доводи у повољнији положај (нпр. интернет телефонирање - поштанско телефонирање).¹¹

Заштита потрошача приликом е-трговине врло је значајно правно питање јер се приликом е-трговине, продавац и купац уопште не виде, чак могу бити на сасвим супротним крајевима света, па људи са нечасним намерама су у ситуацији да потрошачима нанесу штету. Било је случајева оснивања виртуелних банака, које су нестајале заједно са инвеститорима и депозитима. Највећи број примедба потрошача у вези са е-трговином односи се на не испоруку наручених добара и њихов недовољан квалитет, на нуђење фантомских бизнис шанси, тражење новца у оквиру ланца среће, шеме рада код куће и зараде на тај начин, продаја производа за мршављење, лака зарада новца, плаћање чланарине да би се добила нека бесплатна добра, инвестиције без ризика и са великом добити, пакети за дескрембловање ТВ канала који не функционишу, гарантоване позајмице са одличним условима уз плаћање само формулара, итд.¹²

Поред наведених правна питања у вези са е-трговином могу се разматрати и многа *друга*, као што су: која су процесна правила при склапању електронских уговора, који је суд надлежан за овакве уговоре нарочито у случају да су стране из различитих земаља, како је могуће контролисати игре на срећу на Интернету, када су електронски документи докази на суду, који се

¹⁰ Закон о заштити електронског поштанског сандучића дозвољава Интернет провајдерима да поставе одговарајући софтвер који ће спречити примање нежељених email порука.

¹¹ Сенат САД је 1998. године донео Закон о слободи интернет опорезивања. Овај закон се односи једино на пореске обавезе продаваца и у оквиру њега су предвиђене посебни порези за порнографске садржаје. Повећања промета кроз електронску трговину повећава и значај опорезивања у вези са интернет трансакцијама.

¹² Законодавство у САД донело је два закона који се односе на заштиту наруџбина e-mailom и заштите употребе кредитних картица при електронској трговини.

дати узимају за важеће када се ради о уговорним странама из различитих временских зона, да ли је електронски потпис правно валидан, како се утврђује и доказује одговорност за грешке, нефункционисање софтвера, злоупотреба електронских података, лажно представљање на мрежи, прање новца путем паметних картица, линковање без предходне дозволе, итд.¹³ Сва ова питања предмет су регулисања посебних специјалних закона, као што су *Закон о електронској трговини*.

4. Законски прописи у ЕУ и утицај на е-бизнис

Интернет је данас једна од најрегулисанијих области друштвеног живота. Раст који је у неколико последњих година доживело електронско пословање у односу на класично пословање проузроковао је промене правила пословања и нову правну регулацију. У ЕУ постоји најмање 15 директива, предлога и препорука које покушавају да регулишу е-трговину. Директиве Европског Парламента и Савета регулишу одређене правне аспекте информационо социјалних сервиса а посебно електронску трговину на Интернет тржишту, нпр. *Директива о е-потпису*, *Директива о продаји на даљину и уговарању на даљину*, *Директива о заштити података*, *Директива о е-трговини*, *Директива о ауторском праву*, и др.¹⁴

Иако су многе европске on-line организације свесне бројних ЕУ Директива које се односе на е-трговину, оне још увек нису донеле план о пословању у складу са њима. Разлог за то је да су организације у свом пословању забринуте због несигурности и агресивног наступања закона у В2С е-трговини, са акцентом на разлици између принципа "земља порекла" и "земља одредишта". Неке државе и регионалне организације су усвојиле принцип "земља одредишта", што значи да примењују закон оне државе на којој седиште има потрошач. Са друге стране, када је у питању В2С модел е-пословања, постоји мишљење да је примена принципа "земља порекла" ипак пожељније и функционалније решење.

Многе компаније данас нису вољне да снесу трошкове усаглашавања са мноштвом правила па ризикују могућност санкција, постојање неприменивих уговора и неповољни публицитет у стотинама земаља. Компаније се радије ограничавају на употребу својих web-сајтова на познате партнере, односно затворене системе. Негативан резултат законске двосмислености у е-трговини, или агресивно инсистирање на усаглашавању са детаљним локалним законима је сужена понуда роба и услуга и недостатак конкуренције на е-тржишту.

¹³ *Electronic Commerce a Managerial Perspective*, Turban, Lee, King, Chung, Prentice Hall, 200, p. 340-380.

¹⁴ *Directive on electronic commerce*, Official Journal of the European Communities, L 178/1.

Веродостојност електронских порука и аутентичност страна у трговинској електронској комуникацији су само од неких проблема који се појављују у е-трговини. Пример је е-уговор у коме се сусрећу сви наведени проблеми. *Електронски уговор је уговор у електронском облику, који је закључен разменом електронских порука и у коме уговорне стране своју сагласност на услове уговора (који су у њему наведени) потврђују електронским потписом.* Сваки уговор обавезује стране на услове који су предвиђени уговором. Пошто не постоји међународни закон који се примењује на услове и важност међународних уговора, поставља се питање под чијом је јурисдикцијом такав уговор. Додуше, постоји међународни закон који уређује случајеве неспоразума и решава конфликте када се више закона примењује симултано и производе контрадикторне ефекте.¹⁵ Али, ови проблеми постоје, како у електронској, тако и у традиционалној (папирнатој) трговини.

5. Правно регулисање е-трговине

Како електронско пословање омогућава класичне пословне злоупотребе, као што су преваре, финансијске малверзације или избегавање плаћања пореза на нов начин, потребно га је посебно правно регулисати јер се правила и контролни механизми класичног пословања не могу применити. Међутим, то није тако једноставно, првенствено зато што је ова нова област пословања у сталним и брзим променама. Поред тога, технологија која се примењује није ограничена само на један регион или земљу. То доводи да проблема на који постојећи правни системи не дају задовољавајуће одговоре, пошто је њихово важње ограничено територијом државе у којој се примењује. Излаз је покушан да се нађе у међународним организацијама и телима типа Уједињених нација, Светске трговинске организације или у оквиру регионалних економских блокова, као што је Европска Унија. Међутим, присутна је спорост у договарању и чињеница да су њихове одлуке обавезне само за оне државе, које су се изјасниле да их прихватају.

Међутим, како електронско пословање доводи до драстичног смањења трошкова пословања и до повећања тржишта, многе развијене земље убрзано приступају правном регулисању *cyberspace* пословања.

Нарочиту пажњу треба посветити сигурности и аутентичности електронски докумената који се размењују између субјеката из различитих држава како би она била правно ваљана. Без обзира што је у многим земљама обављање пословних трансакција телефоном или факсом уобичајена ствар изгледа да постоји психолошка баријера за њихово извршавање путем Интернета. То је највероватније последица дилеме која се јавља код субјеката

¹⁵ *Електронска трговина у СРЈ*, Београд, 2001, www.e-trgovina.co.yu

електронског пословања везана за надлежности правних система на глобалној рачунарској мрежи. Субјект е-пословања је правно или физичко лице које испуњава овим законом предвиђене услове за учешће у електронском правном промету. Тако, поставља се питање који правни систем ће се користити у случају спора у прекограничном промету роба и услуга путем електронске мреже? Налажењем решења за овај проблем сигурно ће позитивно утицати на успех електронског пословања. Једно од решења је да је за правне последице произашле из електронских уговора, надлежан правни систем територије где се налази продавац као субјект е-пословања. Проблем се усложњава када се посао води у неколико земаља.

Такође се поставља питање, да ли је седиште продавца у електронском пословању тамо где је лоциран сервер са кога он нуди своју робу и услуге или негде другде? На глобалном електронском тржишту уобичајено је да организација у некој земљи има сервер и ништа више. То је нарочито изражено код "виртуалних организација", које сигурно не подпадају ни под један географски ограничен правни систем.¹⁶

САД имају највише интереса да развијају електронско пословање. Предузете су акције и на прилагођавању *Једнообразног трговачког закона* САД. По њему уколико је омогућена on-line трговина преко web site-а продавац је у оној држави у којој је обављена куповина.

Комисија Уједињених нација за међународно трговачко право (UNCITRAL) сачинила је модел закона којим се регулише електронско пословање. Без обзира што се овај модел базира на закону о трговини САД, његова намена није да појединачним земљама препоручи прилагођавање америчког модела њиховом правном систему, већ да укаже на правце могућих решења која ће зависити од правне традиције и интереса сваке земље да се укључи у електронско пословање.¹⁷

Европска Унија је своју политику информационог друштва, у области електронског пословања декларисала 1997. године као *"Европску иницијативу у области електронског пословања"*. Споразум између два највећа трговачка блока, ЕУ и САД, везан за електронско пословање требао би да реши главнину проблема који овај тип пословања намеће. Он ће захваљујући величини ових тржишта представљати и основу правног окружења на глобалном нивоу јер уколико ће нека земаља хтети да послује са ЕУ или САД мораће да донесе сличан пропис или да му приступи. Много је лакше подстицати различите земље да овакав споразум подрже укључујући се у његов развој од почетка него тежити накнадној хармонизацији великог броја појединачних права.

¹⁶ Мирјана Дракулић, Ратимир Дракулић, *Правна регулација електронског пословања*, Зборник радова / ВИИ међународни симпозијум Менаџмент промена - СумОрг 2000, Факултет организационих наука, Београд, 2000, стр. 715-720.

¹⁷ Jody Feder, *Prescription Drug Importation and Internet Sales: A Legal Overview*, Focus on the Internet, ed. B.G.Kutais, Nova, New York, 2006, p. 32

Према томе, постоји јака тенденција да се електронско пословање правно регулише. С друге стране постоји сасвим супротна тенденција, да правна регулација ове области буде минимална, са аргументима: а) да је најбоље да приватни сектор сам одлучи како ће деловати са становишта заштите електронског пословања; б) да давање овлашћења ТТР-у (*Trusted Third Party*) уместо да повећа сигурност, учиниће електронско пословање мање сигурним, зато што ће централизовани ауторитет бити мета хакера, осетљив на корупцију а зависиће и од поштења запослених; и ц) идеја да владине агенције могу имати приступ приватним кључевима осумњичених за криминал, погрешна је.

Услед недостатка правне регулације електронског пословања на глобалном нивоу намеће се закључак да је и за субјекте е-пословања најбоље да склопе уговор у коме ће се прецизирати правна надлежност у случају било ког спора.

6. Правно регулисање е-трговине у Србији

Република Србија је 2009. године донела *Закон о електронској трговини* (ЗЕТ),¹⁸ који правно прописује услове и начин пружања услуга информационог друштва са накнадом и то нарочито у једној посебној сфери – електронска трговина, обавезу информисања корисника услуга, комерцијалну поруку, правила закључења уговора у електронском облику, као и одговорност пружаоца услуга информационог друштва, надзор у овој материји и прекршајну одговорност.¹⁹

Предмет је ЗЕТ-а да правно уреди електронско пружање услуга за које се плаћа накнада.²⁰ У том глобалном систему електронског пословања јављају се *пружаоци услуга информационог друштва*. Пружаоц е-услуга је

¹⁸ *Закон о електронској трговини* (Службени гласник РС, 41/09).

¹⁹ Ако ЗЕТ-ом није друкчије одређено, на правне односе настале из или у вези са е-уговорима, примењује се *Закон о облигационим односима* (ЗОО). Тако да је ЗЕТ *lex specialis* у односу на ЗОО. Друго, овај закон има ограничену примену јер се не примењује у одређеним областима, као што су: заштита података, опорезивање, заступање странака и заштиту њихових интереса пред судовима, као ни на игре на срећу са новчаним улозима, укључујући лутријске игре, игре у казинима, кладионичке игре и игре на срећу на аутоматима, ако посебним законом није друкчије одређено. То показује неповерење судова и несигурност у области електронске трговине. Проблем свести или недовољна правна регулатива? С друге стране, одредбе ЗЕТ-а примењују се на питања заштите потрошача, ако су за потрошача повољније.

²⁰ *Услуга информационог друштва* је услуга која се пружа на даљину уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, на лични захтев корисника услуга, а посебно продаја робе и услуга путем Интернета, нуђење података и рекламирање путем Интернета, електронски претраживачи, као и омогућавање тражења података и услуга које се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга.

правно лице који пружа услуге информационог друштва (е-услуге) и дужан је да пружа услуге у складу са законима земље где има седиште. То је нека врста е-трговца. Удружења и организације пружалаца услуга, могу да уређују пословање својих чланова унутрашњим правилима – кодексима. С друге стране, пружалац е-услуга је у виртуелном правном односу са потрошачима. Потрошач је свако физичко па и правно лице које закључује електронски правни посао (уговор) на тржишту у сврхе које нису намењене обављању његовог занимања, пословне активности или предузетничке делатности.

Правни основ и инструмент електронског пружања услуга (електронске трговине) са накнадом је уговор закључен на електронски начин или у електронској форми. *Уговори у електронском облику* је уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују или коме само приступају (адхезиони е-уговор), који се приказује електронским путем уз коришћење електронских средстава. Дакле, уговор може бити закључен електронским путем, па је форма е-уговора електронска форма јер се понуда и прихват понуде могу дати електронским путем (у електронској форми). Закон не само да признаје е-форму већ и пуну пуноважност е-уговора јер уколико електронска форма користи приликом закључења уговора, таквом уговору се не може оспорити пуноважност само због тога што је сачињен у електронској форми.

Изузетак нажалост ипак постоји и то када се ради о:

1. правним пословима којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима;
2. изјавама странака и других учесника у поступку за расправљање заоставштине, форми завештања, уговору о уступању и расподели имовине за живота, уговору о доживотном издржавању и споразуму у вези са наслеђивањем, као и другим уговорима из области наследног права;
3. уговору о утврђивању имовинских односа између брачних другова;
4. уговору о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност;
5. уговору о поклону;
6. другим правним пословима или радњама, за које је изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.

То показује неповерење судова и несигурност у области електронске трговине. Проблем свести или недовољна правна регулатива?

ЗЕТ прокламује слободу пружања услуга јер изричито прокламује да је пружање *услуга информационог друштва* слободно. То значи да за пружање е-услуга није потребна посебна дозвола или одобрење. Потребно је само да пружалац е-услуга, пре него што отпочне да обавља делатност

пружања тих услуга, буде регистрован у Регистар привредних субјеката, осим када е-услуге пружа страном лице у спољнотрговинском пословању.

Закон набраја разне врсте информација и порука. ЗЕТ таксативно набраја тзв. "*обавезне информације*", које је пружалац website услуга дужан да, у облику и на начин који је непосредно и стално доступан, пружи корисницима website услуга и надлежним органима државне управе. Обавезно доступне су следеће информације:

1. име и презиме или назив пружаоца услуга;
2. седиште пружаоца услуга;
3. остале податке о пружаоцу услуга на основу којих корисник услуга може са њим брзо и несметано да оствари комуникацију, укључујући и електронску адресу;
4. податке о упису у Регистар привредних субјеката (РПС);
5. појединости о надлежном органу, ако делатност пружаоца услуга подлеже службеном надзору;
6. у погледу посебно регулисаних делатности (професија): професионално или слично струковно удружење код кога је пружалац услуга регистрован, професионални назив и држава која га је одобрила, упутства о професионалним правилима у држави у којој се обавља делатност и месту њихове доступности;
7. порески идентификациони број (ПИБ), као и број обвезника пореза на додату вредност, из потврде о извршеном евидентирању за порез на додату вредност издате од стране надлежног пореског органа, ако је пружалац услуга обвезник пореза на додату вредност.

Ако пружалац web-услуга наводи цене, оне морају бити јасно и недвосмислено назначене, а посебно мора назначити да ли су у те цене укључени трошкови доставе, остали манипулативни трошкови, порез и други трошкови који на њих утичу.

Е-трговина се одвија у виртуелном простору путем размене разних информација и порука. Ради се пре свега о тзв. *комерцијалним порукама*. То је порука у било којем облику, са циљем да промовише (непосредно или посредно) робу, услуге или углед правног или физичког лица које обавља регистровану делатност.²¹ Пружалац услуга дужан је да обезбеди да сваки податак из комерцијалне поруке који је (делимично или у целини) услуга информационог друштва задовољи следеће услове: 1) да је комерцијалну поруку могуће јасно идентификовати у тренутку када је *корисник услуга* прими;²² 2) да је лице у чије име је порука сачињена могуће јасно идентификова-

²¹ Коришћење електронске поште у сврху слања *нетражене комерцијалне поруке*, дозвољено је само уз претходни пристанак лица коме је таква врста поруке намењена.

²² *Корисник услуга* је сваки правни субјект (физичко или правно лице) које због професионалних или других циљева користи услуге информационог друштва.

ти; 3) да сваки промотивни позив за стављање понуде из комерцијалне поруке (укључујући попусте и поклоне) мора као такав бити јасно идентификован и 4) да услови који морају бити испуњени за стављање понуде из комерцијалне поруке морају бити лако доступни, као и да су предочени на јасан и недвосмислен начин.

Пре закључења е-уговора о пружању услуга пружалац услуга дужан је да потенцијалном кориснику услуга, обезбеди на јасан, разумљив и недвосмислен начин одређене податке и обавештења.²³ То су тзв. "*обавезни подаци и обавештења*", који се односе на:

1. поступак закључивања уговора;
2. уговорне одредбе;
3. опште услове пословања, ако су саставни део уговора;
4. језике на којима уговор може бити закључен;
5. кодексе понашања који важи за пружаоцу услуга и како се ти кодекси могу електронски прегледати.

Међутим, уговорне стране које нису потрошачи у уговорном односу могу изричито уговорити одступање од горњих одредаба о тзв. "обавезним подацима и обавештењима". Такође, ове одредбе се не примењују се на уговоре закључене путем електронске поште, односно другим видом личне електронске комуникације.

Транспарентност (доступност) е-уговора. Пружалац услуга дужан је да обезбеди да текст уговора и општи услови пословања које су саставни део е-уговора, буду доступни корисницима услуга на начин који омогућава њихово складиштење, поновно коришћење и репродуковање. Пружалац услуга дужан је да потенцијалном кориснику услуга, пре закључења уговора, обезбеди техничка средства за препознавање и исправљање погрешног уноса података у поруку пре њене предаје или слања.

Време закључења е-уговора и потврда пријема. Е-уговор је закључен оног часа када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеног да прихвата понуду. Понуда и прихват понуде, као и друге електронске изјаве воље (изјаве воље учињене електронским путем), сматрају се примљеним када им лице коме су упућене (е-адресат) може приступити.

Пружалац web-услуга дужан је да, без одлагања, посебном е-поруком, потврди пријем е-понуде или прихвата понуде за закључење уговора. Изузетно, е-потврда пријема не важи за уговорне стране, које нису потрошачи ако су то уговором изричито уговорили, као и за уговоре закључене путем електронске поште или другим видом личне електронске комуникације.

Надзор над применом ЗЕТ врши министарство надлежно за послове трговине и услуга, односно министарство надлежно за послове телекомуни-

²³ *Податак* је информација, порука и документ сачињен, послат, примљен, забележен, складиштен или приказан електронским путем, укључујући пренос Интернетом и електронску пошту.

кација и информационог друштва. Инспекцијски надзор ресорна министарства врше преко тржишних инспектора, односно преко инспектора за поштанске услуге и инспектора за телекомуникације и информатику.

Ради вршења контроле, пружаоци website услуга дужни су да овлашћеним лицима органа омогуће приступ рачунарској опреми и уређајима, као и да без одлагања покажу или доставе потребне податке и документацију у вези са предметом контроле. ЗЕТ предвиђа прекршајне санкције.

Одговорност пружаоца веб-услуга. Пружалац услуга који преноси е-поруке које му је предао корисник услуга, није одговоран (*искључење одговорности*) за садржај послате е-поруке и њено упућивање, ако није:

- иницирао пренос;
- извршио одабир података који се преносе;
- изузео или изменио податке у садржају поруке;
- одабрао примаоца преноса.

Пренос порука и пружање приступа порукама треба извршити тако да се омогући аутоматско, посредничко и привремено складиштење пренетих порука (и у њима садржаних података) и морају се привремено складиштити само у временском периоду који је неопходан за пренос порука.

Пружалац web-услуга који податке унете од стране корисника услуга преноси посредством комуникационе мреже, није одговоран за аутоматско, посредничко и **привремено складиштење** (чување) које служи само за ефикасније формирање преноса података тражених од стране других корисника услуга, ако:

- не мења податке;
- уважава услове за приступ подацима;
- поступа у складу са правилима за ажурирање података;
- поступа у складу са дозвољеном применом технологија за прикупљање података;
- уклони или онемогући приступ подацима које је чувао одмах након сазнања да су подаци уклоњени из преноса посредством мреже или је онемогућен приступ до њих, као и када је суд или други надлежни орган, наредио њихово уклањање или онемогућавање приступа.

Такође, пружалац услуга који **трајно складишти** податке пружене од стране корисника услуга, а на његов захтев, није одговоран за садржај чуваних податка, ако (1) није знао нити је могао знати за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај податка или ако (2) одмах након сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклони или онемогући приступ том податку.

Недопуштени подаци, односно информације, поруке и документи су они који су у супротности са прописима и моралом или који је законом одређен као поверљив.

Ово не важи у случајевима када је корисник услуга завистан од пружаоца услуга (нпр. повезана привредна друштва).

Пружалац услуга који посредством електронског упућивања *линкова* омогући приступ подацима другог пружаоца услуга, није одговоран за те информације, ако (1) није знао нити је могао знати за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај података у тим информацијама или ако (2) одмах након сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклони или онемогући приступ подацима.

Пружалац услуга није дужан да прегледа податке које је складиштио, пренео или учинио доступним, односно да испитује околности које би упућивале на недопуштено деловање корисника услуга. Он има **обавезу обавештења** јер мора да обавести надлежни државни орган ако основано сумња да коришћењем његове услуге корисник е-услуга врши недопуштене активности или ако је корисник његове услуге пружио недопуштени податак.

С тим у вези, пружалац web-услуга дужан је да на основу судског, односно управног акта, предочи све податке на основу којих се може предузети откривање или гоњење починилаца кривичних дела, односно заштита права трећих лица.

7. Електронска трговина и електронски потпис.

Један од најважнијих "техничких" решења везаних за електронско пословање је електронски (дигитални) потпис. Дигитални потпис је техника шифрирања која је "решила" главни проблем електронског пословања, страх од недовољне сигурности трансакција. Њиме се обезбеђује интегритет податка, односно омогућује да подаци остану непромењени током трансакције и омогућује утврђивање пошиљаоца (корисника услуге). Дигиталним шифрирањем се електронски документ, који ће се налазати у трговачким трансакцијама на Интернету, чини нечитљивим свима који немају кључ за дешифрирање. Самим тим, повећава се сигурност трансфера поверљивих података. Идентификација пошиљаоца се обавља потврдом аутентичности код "поверљиве треће стране". Поверљива трећа страна (ТТР – *Trusted Third Party*) је правно лице овлашћено да производи дигиталне сертификате аутентичност е-потписа и у коју имају поверење обе уговорне стране. Потврда аутентичности представља доказ да је власник е-потписа управо онај који тврди да јесте. Најраспрострањенија метода је метода шифрирања јавним кључем која пошиљаоцу и примаоцу електронске поруке додељује два кључа - један јавни и један приватни. Јавни кључ се депонује код ТТР (нпр. РТТ). Приступ коришћењу е-потписа у свету није једнообразан. Међународна тела као што су, на пример, IETF (*Internet Engineering Task Force*) или ISO (*International Organization for Standardisation*) раде на његовој стандардизацији, а ОЕCD и UNCITRAL дају упутства државама како правно регулисати електронско пословање и/или неке његове делове.

Поред е-потписа могуће је коришћење и *других начина шифрирања* електронских докумената или потврде аутентичности пошиљаоца.²⁴ Међу-

²⁴ *Електронски документ* је скуп података у електронском облику који се користи за пословање.

тим, у многим земљама се на могућност примене нестандартних система шифрирања е-докумената од стране корисника Интернета не гледа благонаклоно.²⁵ Е-шифрирање је корисно средство заштите података али се оно користи у криминалне сврхе. Како би се то спречило одређене земље предузимају различите мере, на пример: У САД у једном законском предлогу из 1998. године биле су предвиђене казне од 5 до 10 година затвора за оне који користе шифрирање е-докумената да би прикрили своје криминалне активности; Велика Британија је при регулацији е-потписа, 1997. године, дала ТТП-у овлашћење да поред приступа јавним кључевима има приступ и приватним кључевима.²⁶

На међународном плану прве смернице које се односе на шифрирање докумената везаних за електронско пословање дао је OECD 1997. године у облику два принципа: (1) корисник има право изабора методе шифрирања и (2) основна права појединца на приватност укључују тајност комуникација и заштиту података о личности, што неће бити кршено националном политиком шифрирања.

Права само неких земаља су подржала употребу електронског потписа било у облику закона било препорука.²⁷ У Србији *Закон о електронској трговини* (ЗЕТ) предвиђа да када се као претпоставка пуноважности и настанка уговора захтева потпис лица, сматра се да је тај услов задовољен електронском поруком потписаном квалификованим електронским потписом, у складу са *Законом о електронском потпису* (ЗЕП).

²⁵ У контроли корисника Интернета предузимају се различите мере. Влада САД је 1993. године предузела кораке да озакони уређај који би се налазио у сваком рачунару и који би вршио аутоматску идентификацију корисника на мрежи – *Clipper Chip*, у циљу спречавања злоупотреба, односно откривања починилаца. Идентификацију би вршиле две владине установе. Многе групе бораца за грађанска права, не само из САД, за сада су спречиле овај покушај легализације сталне контроле корисника Интернета и њихових интересовања, односно приватности. Против ове контроле су биле и владе појединих земљама, нарочито у Европи. Међутим, идеја о инсталирању таквог или сличног уређаја у рачунар није напуштена и питање је колико и шта је од ње реализовано или када ће бити.

²⁶ У САД постоји законска забрана извоза, без дозволе одговарајућих институција, софтвера за шифрирање који се базирају на "кључу" који је већи од 56 бита. Тим је доведена у питање и могућност њиховог коришћења у пословању са иностранством. Ово ограничење потврђује раширено мишљење да неко негде контролише, нарочито прекограничне, токове података Интернетом, а свака контрола Интернета, нарочито електронске поште, представља инвазију на приватност корисника.

²⁷ У САД је свега деветнаест држава чланица правно регулисало ову проблематику. Европа је у благом заостатку. Прва земља у Европи која је правно дефинисала коришћење дигиталног потписа је Велика Британија, 1997., а за њом 1998. године следе Француска и Немачка, која, чак, доноси посебан Закон о дигиталном потпису. Још неке европске земље (Шведска, Италија и Белгија) су најавиле законску регулацију. Те исте године Европска комисија обзнањује предлог Директиве о дигиталном потпису, донете 1999. који садржи минимум захтева за потврду електронског потписа нарочито у прекограничним трансакцијама. Директива предвиђа и сарадњу са трећим земљама чак до нивоа да се организације за издавање сертификата аутентичности налазе на њиховој територији.

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

TIME FOR COURTS TO DEAL WITH ELECTRONIC COMMERCE

Summary

The adoption of the Electronic Commerce Act (ECA) in Serbia is a huge but cautious step into the new global information society. It legally regulates a very special and important area in providing services in the information society – electronic commerce. This new Act prescribes the conditions and methods of providing information society services, subject to some compensation particularly in the field of electronic commerce; the Act further regulates the legal issues related to the obligation to inform service users, the commercial message, the rules on electronic contracting, the responsibility of providers of e-services, the supervision in electronic commerce and the responsibility of the participants in e-commerce. However, the legislator has imposed some limitations on the use of the Electronic Commerce Act because it does not apply to some of the most important, widely spread and commonly used contracts. This fact points to the legislator's doubt and certain reservations on the reliability of the information technology, particularly in terms of its capacity to prevent certain abuses. On the other hand, this caution suggests that the legislation is still lagging behind the ICT developments, mainly due to the overall awareness of its limitations and imperfections but also because human consciousness still reclines in the classical jurisprudence of the 19th century.

Keywords: electronic business, electronic commerce, electronic contract.

UDK: 004.738.5:339(497.11)

Проф. др Љубица Николић

ЕЛЕКТРОНСКА ТРГОВИНА КОД НАС*

Апстракт: Све већи број тржишних трансакција обавља се путем тзв. уговора на даљину, због чега се посебна пажња посвећује заштити економских интереса потрошача. Код оваквих продаја, робе и услуге нуде се путем каталога, на основу узорака и модела, као и коришћењем електронских средстава комуникације (телефакс, е-пошта, Интернет, итд.). Правно регулисање и изградња система информационог друштва код нас озбиљније креће тек од 2004. године. Донето је низ закона, који регулишу област информационог друштва, по угледу на савремено европско законодавство и стандарде, чиме су створене основе за изградњу електронске управе и трговине код нас. И поред тога, недостаје низ других закона из ове области, посебно закон о електронском плаћању. Један од разлога неразвијености домаће трговине путем Интернета јесте и недовољна информатичка писменост.

Кључне речи: Интернет, електронска трговина, електронско пословање, електронски потпис, електронски документ, електронско плаћање, правно регулисање.

Увод

У савременим условима све се масовније користи *продаја на даљину* (дистанциона продаја). Код ове продаје продавац и купац стављају понуде, и закључују уговоре, користећи различита средства комуникације на даљину, као што су: телефон, телефакс, телевизија, електронска пошта, Интернет и друга. Данас потрошачи имају могућност да наручују робу и услуге од своје куће, али имају проблем да оцене њихов квалитет пре закључења купопродајног уговора. Европска заједница је ради решавања овог проблема, и низа других проблема везаних за дистанциону продају, донела Директиву бр.

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

97/7/ЕЦ о заштити потрошача у погледу уговора закључених на даљину. Овом директивом даје се право потрошачу да опозове уговор, у одређеном року након закључења; предвиђа се рок у коме уговор закључен на овај начин мора бити испуњен; регулишу се последице слања производа на адресу потрошача, без његовог претходног захтева; као и многа друга питања везана за дистанциону продају.

Електронска трговина (e-commerce) саставни је део електронског пословања (e-business). Све већи број купаца у свету наручује производе путем Интернета. Трговина путем Интернета сматра се најефикаснијим обликом трговине, због једноставности и ниских трошкова. Куповина је могућа у било које доба дана или ноћи, а купци нису ограничени само на робу која им је доступна у ближем окружењу. Интернет куповина подразумева већи избор, једноставно упоређење цена различитих продаваца, али и услугу доставе на кућна врата, што сигурно штеди време. С друге стране, продавцима није потребан пословни простор, чиме су трошкови продаје знатно нижи, а њихов производ постаје доступан чак и купцима из јако удаљених крајева. Успостављање класичног малопродајног ланца захтева велика улагања у простор, раднике и пратећу опрему. То су огромна улагања ако се жели продавати на великом подручју. Појавом виртуелних продаваоница на Интернету, створено је ново "онлине" тржиште које не познаје границе. Тренутно више од 300 милиона људи широм света приступа светској компјутерској мрежи. Након доста времена закашњења, све више домаћих фирми покреће Интернет трговину, задржавајући и класичан облик трговине.

У току 2009. године, усвојено је неколико закона из области права и заштите потрошача, међу којима и Закон о електронској трговини (*Службени гласник РС*, бр. 41/09). Закон о електронској трговини, први пут код нас уређује интернет трговину, као значајан сегмент електронског пословања, омогућавајући грађанима Србије све предности електронске куповине, које имају и потрошачи развијених земаља. Његов циљ јесте обезбеђивање правне сигурности за учеснике у промету робе и услуга путем електронских мрежа.

Електронска трговина и плаћање

Под *електронском трговином (e-трговина)*, пре свега, подразумевамо дистрибуцију, куповину, продају, маркетинг, и сервисирање производа и услуга, путем електронских система као што је Интернет, и друге компјутерске мреже. Развој електронске трговине започео је у САД-у. Прве комерцијалне апликације на Веб-у били су у ствари дигитални каталози, скромног изгледа у односу на данашње мулти медијалне садржаје. Међу првим понудама на Интернету били су компјутерски програми, а врло брзо након тога понуђени су готово сви производи и услуге.

Крајем 20. века електронска трговина доживљава експанзију, али се суочава и са озбиљним проблемом у вези са наплатом тако продатих роба и услуга. Преваре коришћењем украдених кредитних картица постојале су и пре Интернета, али са развојем трговине на Интернету тај проблем добио је посебну димензију. Пре свега, није постојао јединствени начин идентификације корисника на Интернету. Нешто или неко ко би гарантовао да је купац управо онај чија се картица користи.

Електронској трговини недостајао је ефикасан систем плаћања, какав је постојао у класичним трговинама. Плаћање преко Интернета започеле су, 1995/96 године, компаније које су покушале да наметну своје сопствене дигиталне монетарне системе. Идеја је била да купци депонују жељену суму готовине, и за то добију одговарајућу суму њихове дигиталне валуте. Купци би онда куповали на сајтовима трговаца, који су ту дигиталну валуту прихватили. Величина иницијалног депозита лимитирала је њихов обим потрошње. Нажалост, те компаније као DigiCash, CyberCash, FirstVirtual и многе друге, нису успеле да стекну шире поверење купаца и продаваца. Главни фактор њиховог неуспеха била је чињеница да су људи већ навикли да користе класичне кредитне картице за куповину. Да су се удружиле можда би и успеле. Разједињене, јер свака је желела превласт, ниједна од тих компанија није успела да прикупи довољно корисника. Зато се јавила потреба за изградњом новог система плаћања, у вези са електронском трговином, и то коришћењем постојеће банкарске инфраструктуре.

Када купци, уз помоћ Интернета, прикупе све податке о производима (услугама) који их интересују, могу их директно наручити, уз једноставно попуњавање унапред припремљеног упитника. Што се тиче начина плаћања, најједноставније је то учинити кредитном картицом. У образац на WEB страници уписује се број кредитне картице и тиме је плаћање обављено. Међутим, неки се корисници боје слања бројева кредитних картица преко Интернета, јер нису сигурни колико је сама мрежа сигурна. Теоретски, због начина на који Интернет ради, постоји могућност да неко “покупи” број кредитне картице, док он путује од компјутера купца до продавца робе. Зато су развијени посебни протоколи (начини комуникације), попут SSL протокола, који омогућавају сигурно слање разних података путем Интернета, без могућности да их неко нежељени прочита. Подаци се пре слања шифрирају и такви се шаљу кориснику. Због начина на који ради тај систем шифрирања, практично је немогуће “пробити” такву шифру у кратком времену. Слање бројева кредитних картица, и других поверљивих информација преко Интернета може се сматрати сигурним ако се користи неки добро проверени протокол. Уколико купац не жели да плати кредитном картицом, или је нема, постоји могућност слања чека, односно новчане упутнице преко банке, а новац се може слати и SWIFT-ом (посебним брзим банкарским системом).

Развој продаје на Интернету довео је до појаве дот-цом компанија, које пружају услуге МАР-а (Merchant Account Provider), односно нуде сервис ауторизације кредитних картица и наплаћивања наручене робе, под различитим условима и уз различиту накнаду. Корисници МАР услуга, тј. власници Интернет трговина, приступају МАР систему где имају преглед извршених трансакција. Новац од поруџбина пристиже на кориснички рачун код МАП компаније. Корисници МАР услуга по правилу плаћају месечну или годишњу чланарину, као и накнаду за сваку трансакцију остварену преко МАР система. Проблем са страним МАР услугама је што се заобилази домаћи порески систем. На недовољно развијеним електронским тржиштима, многе Интернет продавнице нуде могућност плаћања купљене робе поузећем, уплатницом или вирманом. Неке Интернет трговине имају и сопствене достављаче, који кориснику на врата испоруче рачун (за плаћање готовином) или слип (за плаћање кредитном картицом).

Развој електронске трговине наметнуо је потребу за применом онлине ауторизације кредитне картице, за одређени износ према ауторизацијском центру издаваоца картице, преко Интернета, што значи да нема ручног процесуирања кредитних картица. Број кредитне картице се аутоматски проверава и ауторизира у ауторизацијском центру картичне куће, а купац након неколико секунди добија повратну информацију да му је куповина одобрена. Након потврде ваљаности картице, купцу се издаје дигитални рачун као потврда наруџбине и плаћања, а трговцу се доставља обавештење да робу може доставити купцу. Трговцу је омогућено извршити наплату ауторизаног износа наруџбине, када му је наруџбина спремна за испоруку.

На европском тржишту, у наредним годинама, очекује се успостављање *Јединствене европске платне зоне за електронско плаћање (Single European Payments Area - SEPA)*. Европска комисија (ЕЦ) заједно са Европским саветом за плаћање (ЕПС) указала је на чињеницу да би електронско плаћање у оквиру ЕУ до 2010. године требало да буде лако и транспарентно, као што је сада плаћање коришћењем евра. Европски савет за плаћање надгледа спровођење SEPA програма, и у оквиру тога процеса, понудио је SEPA Cards Framework - SCF (Оквир функционисања картица SEPA) који предвиђа рокове и услове које заинтересоване стране треба да испоштују да би биле у складу са SEPA.

У Србији више година постоји и развија се Интернет. Међутим, електронска трговина путем Интернета код нас тек почиње, за разлику од развијених тржишта на којима је ова врста трговине у експанзији. Процес интегрисања у ЕУ, као и озбиљније укључивање Србије у светске пословне токове, намеће и потребу за развојем Интернет трговине код нас.

Правно регулисање информационог друштва код нас

Уређивање информационог друштва важан је део усклађивања домаћег правног система са европским. *Информационо друштво* означава скуп правила и поступака који одликују друштво засновано на знању и широкој употреби нових информационо-комуникационих технологија. Правно регулисање и изградња система информационог друштва код нас, усклађеног са међународним правом и стандардима, започето је након 2003. године. У том процесу, коришћена су решења из стратешких докумената Европске уније, као и у документу Пакта за стабилност југоисточне Европе, посебно из дела који се односи на развој информационог друштва у Југоисточној Европи за период 2007–2012. година. У циљу системске изградње информационог друштва код нас, Влада РС усвојила је низ докумената, као што су: Стратегија развоја информационог друштва у Републици Србији, Стратегија реформе државне управе и Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период 2009-2013. године.

Низ домаћих закона, донетих након 2003. године, регулише област информационог друштва, и за све њих се каже да су усклађени са законодавством Европске уније. Реч је о: Закону о регистрацији привредних субјеката (*Службени гласник РС*, бр. 60/2005), Закону о слободном приступу информацијама од јавног значаја (*Службени гласник РС*, бр. 54/2007), Закону о електронском потпису (*Службени гласник РС*, бр. 135/2004), Закону о електронској трговини (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009) и другима. Доношењем ових закона створене су основе за изградњу електронске управе, као и трговине. Уведен је електронски потпис и сертификат, омогућено је достављање захтева странака електронским путем, као и пружање услуга државне управе Интернетом, комуникација странака и државних органа електронском поштом и слично. У циљу изградње целовитог система информационог друштва код нас, у будућем периоду треба донети законе којима ће се регулисати: електронска управа, заштита приватности у јавним електронским комуникацијама, електронско архивирање, електронско плаћање, успостављање електронског система јавних набавки и кибер-криминал. Усвајањем Закона о електронској трговини и Закона о електронском документу (*Службени гласник РС*, бр. 51/2009) 2009. године, учињен је значајан корак у стварању услова за функционисање информационог друштва код нас.

Закон о електронском потпису (*Службени гласник РС*, бр. 135/2004) јесте први домаћи системски закон који уређује информационо друштво. Овај закон уређује: употребу електронског потписа у правним пословима, и другим правним радњама; права, обавезе и одговорности у вези са електронским сертификатима; поједина питања у вези са општењем државних органа,

међусобно и са странкама; као и израду и достављање одлуке органа у електронском облику у управном, судском и другом поступку пред државним органом. Закон уводи појам квалификованог електронског потписа, који у односу на податке у електронском облику, има исто правно дејство и доказну снагу, као и својеручни потпис или својеручни потпис и печат, у односу на податке у папирном облику. Након великог кашњења, тек 2008. године донети су правилници који регулишу рад сертификационих тела, за сертификацију квалификованих електронских потписа. Тренутно у Србији постоје два регистрована сертификациона тела (ЈП ПТТ саобраћаја "Србија" РЈ за електронско пословање и Сертификационо тело Привредне коморе Србије)¹. Регистравањем сертификационих тела за издавање квалификованих електронских потписа, омогућена је употреба квалификованих електронских потписа за потписивање електронских докумената, чиме је остварен услов за пуноважност и доказну снагу квалификованог електронског потписа у правних пословима и један од основних предуслова за даљи развој електронског пословања код нас, како у јавном, тако и приватном сектору.

Закон о електронској трговини (Службени гласник РС, бр. 41/2009) усвојен је маја 2009. године. Овај закон уређује услове и начин пружања услуга информационог друштва, правила у вези са закључењем уговора у електронском облику, одговорност пружаоца услуга информационог друштва и комерцијалне поруке у електронској форми. Закон о електронској трговини примењује се на електронску трговину робама и услугама, која се сматра даљинском трговином. Овај закон не примењује се у областима заштите података, опорезивања, заступања странака и заштите њихових интереса пред судовима, као ни на игре на срећу са новчаним улозима, што ће бити посебно регулисано.

Закон о електронском документу (Службени гласник РС, бр. 51/2009) усвојен је почетком јула 2009. године. Електронски документ јесте скуп података састављен од слова, бројева, симбола, графичких, звучних и видео записа, садржаних у поднеску, писмену, решењу, исправи или било ком другом акту, који сачине правна и физичка лица или органи власти, ради коришћења у правном промету или у управном, судском или другом поступку пред органима власти, ако је електронски израђен, дигитализован, послат, примљен, сачуван или архивиран на електронском, магнетном, оптичком или другом медију. Као и код уговора у електронској форми, електронском документу не може се оспорити пуноважност или доказна снага, само зато што је у електронском облику. Када је прописом утврђен писани облик као услов пуноважности правног акта или правног посла, електронски документ потписује се квалификованим електронским потписом. Ограничења примене електронске форме једнака су ограничењима код

¹ Извор: <http://www.mtid.sr.gov.yu/e-drustvo/e-potpis/registar.40.html>

уговора у електронској форми, односно електронски документ не може се доносити код правних послова у вези са: непокретностима, наслеђивањем, затим уговора о имовинским односима супружника, уговора о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност, уговора о поклону и код других правних послова где је посебним законом или прописом одређена употреба и овера својеручног потписа у документима на папиру.

Посебно је важно питање оригиналности електронског документа. Електронски документ израђује се применом сваке доступне информационо-комуникационе технологије. Када је електронски документ настао у електронској форми, сматра се оригиналом. Када је електронски документ настао дигитализацијом документа чија форма није електронска, сматра се копијом. Ова копија има снагу као изворни документ, ако је дигитализацију извршио орган власти у вршењу овлашћења, или правно лице у обављању делатности, и ако је истоветност са изворним документом потврђена квалификованим електронским потписом овлашћеног лица у органу власти, односно правном лицу. Електронски документ не може имати копију у електронској форми, већ се његова копија на папиру израђује овером штампаног примерка његове спољне форме, односно приказа на екрану, на којој мора да буде назначено да је копија електронског документа. Оверена копија електронског документа има доказну снагу оригинала.

Достављање је правна радња од које се рачунају рокови у многим појединачним правним пословима, и посебно је уређено када су у питању електронски документи. Као доказ пријема електронског документа сматра се потврда о пријему, коју издаје прималац или информациони посредник. Поднесци странака у форми електронског документа достављају се електронским путем, на електронску адресу одређену од органа. Орган који је примио поднесак електронским путем потврђује пријем. Орган доставља своје акте (решења, исправе и друго) странкама електронским путем на њихов захтев, на електронску адресу одређену од странке. Органи власти, правна и физичка лица дужни су да чувају и архивирају електронска документа у информационом систему, или на одговарајућим медијима, према прописима који уређују архивску грађу, електронски потпис и канцеларијско пословање. Чување електронских докумената правна и физичка лица могу да повере другом правном лицу.

Домаћи Закон о електронском документу уводи временски жиг, као начин утврђивања оригиналности за електронске документе. Временски жиг је званично време придружено електронском документу, или групи електронских докумената, којим се потврђује садржај електронског документа у то време. Издаје га регистровано правно лице, које располаже системом за формирање временског жига, односно софтверско-хардверским системом који има приступ тачном времену. Време садржано у временском жигу одго-

вара тренутку формирања тог жига, са разликом мањом од једне секунде у односу на УТЦ (Универсал Тиме Координате) временску скалу. Издавалац временског жига формира га на захтев странке. Министарство надлежно за послове информационог друштва подзаконским актима ближе ће прописати детаље потребне за примену Закона.

Примена претходно споменутих закона из области информационог друштва у великој ће мери зависити од усвајања неких додатних закона. Рецимо, за пуно дејство Закона о електронској трговини неопходно је доношење закона који би регулисао електронско плаћање, без кога нема електронског пословања у правом смислу речи. Што се тиче Закона о електронском документу, за његово пуно дејство потребно је регулисање електронског архивирања и канцеларијског пословања, што би заокружило електронско поступање.

Домаћи Закон о електронској трговини

Домаћи Закон о електронској трговини² усвојен је 2009. године (*Службени гласник РС*, бр. 41/2009). Овим законом уређују се услови и начин пружања услуга информационог друштва, обавезе информисања корисника услуга, комерцијална порука, правила у вези са закључењем уговора у електронском облику, одговорност пружаоца услуга информационог друштва, надзор и прекршаји (Члан 1. ЗОЕТ).

Чланом 3. овога закона дефинисано је значење следећих појмова: податак, недопуштени податак, услуга информационог друштва, пружалац услуга информационог друштва, корисник услуга, потрошач, уговор у електронској форми, као и комерцијална порука.

У смислу овога закона, *податак* јесте информација, порука и документ сачињен, послат, примљен, забележен, складиштен или приказан електронским путем, укључујући пренос Интернетом и електронску пошту. *Недопуштени податак* дефинисан је као информација, порука и документ, који је у супротности са прописима и моралом, или је законом одређен као поверљив.

Под *услугом информационог друштва* подразумева се услуга, која се пружа на даљину уз накнаду путем електронске опреме за обраду и складиштење података, на лични захтев корисника услуга, а посебно продаја робе и услуга путем Интернета, нуђење података и рекламирање путем Интернета, електронски претраживачи, као и омогућавање тражења података и услуга које се преносе електронском мрежом, обезбеђивање приступа мрежи или складиштење података корисника услуга.

² У даљем тексту ЗОЕТ.

Пружалац услуга информационог друштва, према домаћем Закону, јесте правно лице или предузетник, који пружа услуге информационог друштва. *Корисник услуга* јесте свако физичко или правно лице које, због професионалних или других циљева, користи услуге информационог друштва. Дефинисан је и појам *потрошача*, а то је свако физичко лице које закључује правни посао на тржишту у сврхе које нису намењене обављању његовог занимања, пословне активности или предузетничке делатности.

Уговор у електронској форми јесте уговор који правна и физичка лица закључују, шаљу, примају, раскидају, отказују, коме приступају и који приказују електронским путем уз коришћење електронских средстава. *Комерцијална порука* јесте порука у било којем облику, сачињена да промовише, непосредно или посредно, робу, услуге или углед правног или физичког лица које обавља регистровану делатност.

Електронска трговина робом и услугама јесте даљинска трговина у смислу закона којим се уређује трговина (члан 4. ЗОЕТ). Ако овим законом није друкчије одређено, на правне односе настале из или у вези са уговорима закљученим електронским путем или у електронској форми, примењују се прописи којима се уређују облигациони односи.

За пружање услуга информационог друштва није потребна посебна дозвола или одобрење. Довољно је да пружалац услуга, пре него што отпочне да обавља делатност пружања тих услуга, буде регистрован у Регистар привредних субјеката (члан 5. ЗОЕТ). Ова обавеза не односи се на пружаоца услуга који има својство страног лица.

Закон уређује и одређена правила информисања. Тако је пружалац услуга дужан да, корисницима услуга и државним органима, пружи одређене информације о себи, на непосредан и стално доступан начин. Реч је о информацијама које се у штампаном облику налазе у заглављу службених докумената, а које морају бити присутне и у електронској форми, то су (члан 6. ЗОЕТ):

- 1) име и презиме или назив пружаоца услуга;
- 2) седиште пружаоца услуга;
- 3) остале податке о пружаоцу услуга на основу којих корисник услуга може са њим брзо и несметано да оствари комуникацију, укључујући и електронску адресу;
- 4) податке о упису у Регистар привредних субјеката;
- 5) појединости о надлежном органу, ако делатност пружаоца услуга подлеже службеном надзору;
- 6) у погледу посебно регулисаних делатности, односно професија:
 - професионално или слично струковно удружење код кога је пружалац услуга регистрован;
 - професионални назив и држава која га је одобрила;

- упутства о професионалним правилима у држави у којој се обавља делатност и месту њихове доступности;

7) порески идентификациони број (ПИБ), као и број обвезника пореза на додату вредност, из потврде о извршеном евидентирању за порез на додату вредност издате од стране надлежног пореског органа, ако је пружалац услуга обвезник пореза на додату вредност.

Ако пружалац услуга наводи цене, оне морају бити јасно и недвосмислено назначене, а посебно мора назначити да ли су у те цене укључени трошкови доставе, остали манипулативни трошкови, порез и други трошкови који на њих утичу.

Пружалац услуга дужан је да обезбеди да сваки податак из комерцијалне поруке, који је делимично или у целини услуга информационог друштва, задовољи следеће услове (члан 7. ЗОЕТ):

1) да је комерцијалну поруку могуће као такву јасно идентификовати у тренутку када је корисник услуга прими;

2) да је лице у чије име је комерцијална порука сачињена могуће јасно идентификовати;

3) да сваки промотивни позив за стављање понуде из комерцијалне поруке (укључујући попусте и поклоне) мора као такав бити јасно идентификован;

4) да услови који морају бити испуњени за стављање понуде из комерцијалне поруке морају бити лако доступни, као и да су предочени на јасан и недвосмислен начин.

У складу са домаћим Законом, коришћење електронске поште у сврху слања *нетражене комерцијалне поруке*, дозвољено је само уз претходни пристанак лица коме је таква врста поруке намењена (члан 8. ЗОЕТ).

Најважнији правни институт у овом закону јесу уговори у електронском облику. Закон о електронској трговини експлицитно одређује да уговор може бити закључен електронским путем, односно у електронској форми. Чланом деветим ЗОЕТ регулисано је закључење уговора електронским путем, односно у електронској форми. Понуда и прихват понуде могу се дати електронским путем, односно у електронској форми. Када се електронска порука, односно електронска форма користи приликом закључења уговора, таквом уговору не може се оспорити пуноважност, само због тога што је сачињен у електронској форми. Када се као претпоставка пуноважности и настанка уговора захтева потпис лица, сматра се да тај услов задовољава електронска порука потписана квалификованим електронским потписом, у складу са законом којим се уређује електронски потпис (члан 11. ЗОЕТ).

Електронска форма уговора не примењује се на (члан 10. ЗОЕТ):

1) правне послове којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима;

2) изјаве странака и других учесника у поступку за расправљање заоставштине, форму завештања, уговоре о уступању и расподели имовине за живота, уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем, као и друге уговоре из области наследног права;

3) уговоре о утврђивању имовинских односа између брачних другова;

4) уговоре о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност;

5) уговоре о поклону;

6) друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.

Домаћи Закон о електронској трговини на другачији начин уређује нека општа правила уговарања. Обавештавање, пре закључења уговора, по овоме закону јесте обавезан елемент уговарања код уговора по приступу и представља нешто сложенији поступак, од онога који важи за уговоре у штампаном облику. Пружалац услуга дужан је да потенцијалном кориснику услуга, пре закључења уговора о пружању услуга, обезбеди на јасан, разумљив и недвосмислен начин податке и обавештења о (члан 12. ЗОЕТ): поступку који се примењује код закључивања уговора; уговорним одредбама; општим условима пословања, ако су саставни део уговора; језицима на којима уговор може бити закључен; кодексима понашања у складу са којима поступају пружаоци услуга и како се ти кодекси могу прегледати електронским путем. Ова одредба не примењују се на уговоре закључене путем електронске поште, односно другим видом личне комуникације остварене електронским путем. Доступност уговора терети понуђача уговора, односно пружаоца услуга, који је дужан да обезбеди да текст уговора и одредбе општих услова пословања које су саставни део уговора буду доступни у електронској форми другој странци на начин који омогућава њихово складиштење, поновно коришћење и репродуковање. Потврда пријема такође обавезује понуђача уговора, односно пружаоца услуга, који је дужан да без одлагања посебном поруком електронским путем потврди пријем електронске поруке која садржи понуду или прихват понуде за закључење уговора.

Уговор у електронској форми сматра се закљученим оног часа када понуђач прими електронску поруку која садржи изјаву понуђеног да прихвата понуду (члан 15. ЗОЕТ). Понуда и прихват понуде, као и друге изјаве воље учињене електронским путем, сматрају се примљеним када им лице коме су упућене може приступити.

Посебно је регулисано ограничење одговорности пружаоца услуга, који преноси електронске поруке. Закон ближе регулише четири случаја ограничења одговорности:

1. Пружалац услуга који преноси електронске поруке које му је предао корисник услуга, није одговоран за садржај послате поруке и њено упућивање ако није: иницирао размену електронских порука, ако није извршио одабир података или докумената који се преносе, ако није изузео или изменио податке у садржају поруке или докумената, и ако није одабрао примаоца преноса. Да би то обезбедио, мора да обави пренос порука и омогући приступ порукама тако да складиштење пренетих порука и у њима садржаних података буде аутоматско, посредничко и привремено, и да их привремено складишти само у времену неопходном за пренос порука (члан 16. ЗОЕТ).

2. Пружалац услуга који податке унете од стране корисника услуга преноси посредством комуникационе мреже, није одговоран за аутоматско, посредничко и привремено складиштење које служи за ефикаснији пренос података тражених од стране других корисника услуга ако: не мења податке, ако уважава услове за приступ подацима, ако поступа у складу са правилима за ажурирање података и са дозвољеном применом технологије за прикупљање података и ако уклони или онемогући приступ подацима у случају технолошких или правних узрока прописаних законом (члан 17. ЗОЕТ).

3. Пружалац услуга који складишти податке пружене од стране корисника услуга, на захтев корисника услуга, није одговоран за садржај складиштеног податка ако: није знао или није могао знати за недопуштено деловање корисника услуга или за садржај података, и ако одмах након сазнања да се ради о недопуштеном деловању или податку уклони или онемогући приступ том податку (члан 18. ЗОЕТ).

4. Пружалац услуга који посредством електронског упућивања омогући приступ подацима другог пружаоца услуга (линк), није одговоран за садржај линкова под истим условима као у случају 3 (члан 19. ЗОЕТ).

Надзор над применом овог закона врши министарство надлежно за послове трговине и услуга, односно министарство надлежно за послове телекомуникација и информационог друштва (члан 21. ЗОЕТ).

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

E-COMMERCE IN THE SERBIAN LEGISLATION

Summary

There is a growing number of commercial transactions which are nowadays preformed by means of electronic systems or other means of communication (such as the Internet, e-mail, fax, etc). These commercial transactions are subject to the so-called distance contracts, where goods and services are offered on the basis of catalogue sale. The increase of electronic commerce has given rise to the need to protect the economic interests of consumers worldwide. Unlike some other developed markets where E-commerce is in expansion, it has just started being used in the Republic of Serbia.

The legal regulation and the development of a comprehensive information society system is an important process in the modernization of Serbia. This area started being developed more significantly in 2004. In the meantime, the Republic of Serbia has adopted a number of legislative acts regulating the issues pertaining to the information society (such as the Act on the free access to information of public interest, the Electronic Signature Act, Electronic Documents Act, etc), which are all based on the legal standards contained in the contemporary European legislations. By adopting these acts, the Serbian legislator has created the grounds for the development of E-governance and E-commerce in Serbia. Nevertheless, there is a number of legal acts which are yet to be adopted in this area, such as the Electronic Payment Act. The Serbian public administration has been criticized for not developing some electronic public services for the needs of the economy, particularly in those areas which involve rather simple procedures and the sole responsibility of the public administration (such as: the registration of new companies, paying employment contributions, paying administrative taxes on the value added tax and taxes on the corporate net profit, the submission of statistical data and various reports, or in public procurements). The role of the state certainly does not end in creating the legislative framework; as a matter of fact, the state can exert a significant influence on the general public to promote a wider use of information and communication technologies in order to enhance IT literacy.

Key words: Internet, e-commerce, e-business transactions, e-signature, electronic document, e-payment, legal regulation

ΠΟΡΕΣΚΟ ΠΡΑΒΟ

UDK: 336.22

Проф. др Милева Анђелковић

Правни факултет у Нишу

МОДИФИКАЦИЈЕ ПОРЕСКЕ ПРОЦЕДУРЕ*

***Апстракт:** Аутор у раду даје осврт на актуелне промене у пореској процедури које прате реформу савремених пореских система и пореских администрација. Крајњи циљ свих пореских модификација јесте изградња једноставних а истовремено ефикасних и правичних пореских структура и процедура. То је изузетно тежак задатак са којим се суочавају све државе, а посебно економски слабије развијене. Оваква оријентација пореске политике може се означити као део опште стратегије другачијег управљања јавном управом и рационализације јавне потрошње. Најуочљивији тренд тог процеса јесте преусмеравање у раду пореских органа као услужних сервиса пореским обвезницима. Очекује се да реализација овог клијентског приступа унапреди, у што већој мери, испуњавање пореских обавеза у складу са законом.*

***Кључне речи:** клијентски приступ, подстицање добровољног плаћања пореза, поједностављење пореског поступка*

Уводна разматрања

Однос људи према држави, по својој суштини, најдубље се изражава преко плаћања разних дажбина. Испуњавање пореских обавеза реализује се вршењем прописаних формалности, односно поштовањем одређених устаљених правила са крајњим циљем благовремене наплате потребних износа јавних прихода. Током развоја људског друштва откриване су нове могућности захватања економске снаге пореских обвезника, захваљујући и напретку технологије управљања јавним пословима.

Прелазак од старе традиционалне управе ка модерном јавном управљању, који се убрзано одвија у савременим државама, јасан је показатељ да власти желе да промене методологију комуникације са грађанима, односно да

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

их можда поново уподобе некадашњим поданицима. У историји опорезивања мало се шта суштински променило у овим облигаторним односима. Порези су и даље општа јавна дужност санкционисана релативно строгим казнама, али се мења квалитет релације која се успоставља са пореским обвезницима. Деперсонализација процеса опорезивања, која се одвија у савременим пореским системима, све више смањује непосредне контакте пореских субјеката, чему доприноси и шира употреба потрошних пореза.

Пореска техника обухвата целокупан поступак опорезивања, наиме, све правне, административне и организационе мере које треба применити да би се реализовала сврха опорезивања. Ефективно деловање пореског система тешко је оствариво без адекватне пореске процедуре, што захтева прилагођавања свих наведених мера. Поједностављивање пореске регулативе мора да буде праћено подстицањем добровољног плаћања пореза, у што већем степену, уз чврста контролна овлашћења и ефикасан систем кажњавања. Мења се и сам начин рада пореских органа реорганизацијом пословних процеса, применом стратегије управљања ризицима и аутоматском обрадом података. Модификацијама пореске процедуре доприноси, у значајној мери, коришћење савремене информационе технологије, додељивањем пореског идентификационог броја свим пореским обвезницима. Не може се порећи чињеница да савремене државе настоје да опорезивање учине мање непријатним за пореске обвезнике. Оне то свакако чине ради заштите својих финансијских интереса, иако се притом позивају на гаранцију и поштовање права лица која плаћају порезе.

Нови концепт управљања савременим пореским администрацијама

Концепт «новог јавног управљања» који данас доминира у функционисању јавног сектора мења не само филозофију већ и начин деловања државних (пореских) органа. Услужно оријентисана пореска администрација више се окреће ка потребама пореских обвезника у смислу олакшавања испуњавања пореских обавеза. Непосредан циљ новог управљања пореским пословима срачунат је на рационализацију пореске процедуре и смањење трошкова опорезивања. Посредни циљеви усмерени су на побољшање пореске дисциплине и смањење евазије пореза.

Код клијентски оријентисаног приступа, од пореске администрације се очекује да оствари неопходну равнотежу између контролних овлашћења и пружања пореских услуга. Како би успешно остваривала све своје функције, потребно је да има тачне информације о пореским обвезницима, добре механизме за наплату пореза и мора да комуницира са пореским обвезницима на такав начин да ауторитативно врши пореску власт.

Кључни изазов у вези са применом овог новог приступа могао би се формулисати на следећи начин. Како се може помирити функционисање једне очигледно принудне организације са широм усмереношћу деловања ка пореским обвезницима као «потрошачима» пореских услуга? Окретање ка интересима пореских обвезника јавља се као последица законских и институционалних реформи јавне управе, фискалних притисака, али и приговора пореских службеника у погледу неефикасне организације и метода рада. У складу са таквим кретањима, мења се организациона структура пореских органа (формирањем посебних сервисних служби и формирањем јединица за велике пореске обвезнике) и поједностављује пореска процедура.

Принципи ефикасности, економичности и ефективности пореских органа су типични принципи који произлазе из концепта новог јавног управљања. Принципом ефикасности се остварује равнотежа између уложених средстава и остварених резултата, док се принцип ефективности односи на успешно остваривање циљева пореске политике деловањем пореских органа. Кључна (финансијска) улога пореске администрације у оквиру савремене јавне управе подразумева и одговорност за њено успешно деловање. Учинак рада требало би да се мери на основу њене способности да оствари максималну наплату прихода у законом предвиђеним оквирима, минимизира трансакционе трошкове пореских обвезника, подстиче добровољно плаћање пореза и да олакша вођење фискалне политике.

Једна од мера која се ређе користи у оквиру концепта новог јавног управљања јесте приватизација државних активности. У последњој деценији талас приватизације није мимоишао ни пореску администрацију. Размишљања о ефикаснијем раду кроз смањење административних пореских трошкова у пракси се већ реализују преко пореза по одбитку и самоопорезивања. То су, за сада, очигледни примери учешћа приватног сектора у функционисању пореске администрације. Како би се избегли могући проблеми и изазови са широм употребом приватних услуга, неопходно је пажљиво одвојити пореске активности које би могле бити приватизоване, али допуштају одговарајући надзор од стране пореских власти.¹ Многе државе користе приватне услуге за штампање и дистрибуцију пореских образаца. Најзначајнији тренд у пореској приватизацији јесте овлашћење банака да примају пореске уплате.

Интересантна је појава да један доста стари вид приватизације пореске администрације поново оживљава. Ради се о тзв. закупу пореза кога пореска историја познаје већ три хиљаде година. У САД је направљен шири план уговарања наплате мањих пореских дуговања са приватним компанијама.²

¹ Peter D. Byrne, Privatization in the area of tax administration: an overview, www.cid.harvard.edu/hiid/508.pdf.

² David Cay Johnston, I.R.S. Enlists Help in Collecting Delinquent Taxes, *The New York Times*, august 20, 2006.

Америчке пореске власти такву меру сагледавају као вид смањивања административних пореских трошкова. Други разлог лежи у буџетској сфери, наиме, према федералним буџетским правилима, новац утрошен за упошљавање нових пореских службеника има третман дискреционих трошкова, а Конгрес је смањио дискрециону потрошњу. Међутим, има доста приговора у америчкој пореској пракси против употребе закупа наплате пореза. Пореска историја је указала на веома неповољна искуства која су владари, односно државе имали са оваквим видом опорезивања раније (тада се примењивао репартициони систем у расподели пореских терета).

Окренутост ка потребама «потрошача» подстиче савремене државе да усвајају програме мера смањења административних терета за пословне субјекте и друге кориснике државних услуга. Крајем 2006. године, у Европској унији је усвојен документ који позива чланице на 25% смањење административних терета до 2012. године, што се односи и на трошкове примене пореских прописа. Истим питањем бавиле су се и земље ОЕЦД тако да је урађен извештај који даје преглед стања у овој области.³ Тако је поједностављење пореске процедуре у Словенији постало важан елемент политике смањења административних терета и данас је најчешће примењивано средство за смањење таквих терета. Остала уобичајена средства за смањење административних терета у земљама ОЕЦД јесу: мерење потенцијалних трошкова пре увођења пореза; увођење електронских услуга и one-stop shop услуга; смањење броја потрошачких лиценци и дозвола; кодификација прописа.⁴

Ширење технике самоопорезивања

Основни разлог за «пријатељски расположену пореску администрацију» лежи у настојањима да она унапреди сопствену ефикасност и истовремено побољша квалитет услуга које пружа пореским обвезницима. Усмереност у раду на пружање више информација и пажње, може подстаћи обвезнике да благовремено измирују пореске обавезе, уз остварење уштеда у трошковима опорезивања и повећање легитимности и поверења у порески систем.

Јачи ослонац пореских власти на фискалну технику самоопорезивања фактички означава смањење административних трошкова опорезивања. С обзиром да су средства за рад пореских органа ограничена, један од начина за превазилажење овог проблема види се у већем обавезном укључивању пореских обвезника у поступак утврђивања пореза. На тај начин успоставља

³ Forum on Tax Administration: Taxpayer service sub-group, Information note, Programs to Reduce the Administration Burden of Tax Regulations in Selected Countries, 22 January 2008, OECD.

⁴ Маја Клун, Унапријед испуњене пријаве пореза на доходак: смањење трошкова за обвезнике пореза на доходак у Словенији, Финанцијска теорија и пракса, Загреб, 2/2009, стр. 221.

се својеврсна кооперација са пореским органима, тако да се уводи у литератури концепт «кооперативне пореске државе» за разлику од конфронтирајуће пореске државе.⁵ Ради подстицања кооперације пореских обвезника мења се пословна оријентација пореских органа пружањем сета услуга, како би се олакшало испуњавање пореских обавеза.

Зашто држава нуди сарадњу пореским обвезницима и каква је њена природа? У ствари, држава врло лукаво под маском смањења оперативних трошкова опорезивања, преноси трошкове плаћања пореза на одређене категорије обвезника. De facto, смањују се административни трошкови на рачун повећавања трошкова плаћања пореских обвезника, на које се преноси одговорност за тачно и благовремено измиривање пореза.

Како се у литератури наводи, добровољно плаћање пореза иде руку под руку са техником самоопорезивања.⁶ Ефикасно спровођење самоопорезивања пружа простор пореској администрацији да може концентрисати средства на идентификовање и сузбијање евазије пореза. Да би овакав начин разреза и плаћања пореза био успешан, потребно је да пореске власти обезбеде кључне елементе, међу којима су нарочито важни, добар програм пружања пореских услуга ради разумевања пореског система, једноставна процедура, строг али правичан казни систем и делотворни контролни механизми.

Генерални тренд у функционисању савремених пореских администрација, који се огледа у окретању ка самоопорезивању⁷, несумњиво може да повећати њихову ефикасност. То је примарни разлог његовог ширег примењивања. Уз то, ова посебна техника опорезивања, уколико се одвија без већих тешкоћа, омогућава усмеравање пажње у процесу опорезивања на софистициране методе контроле уместо мукотрпних и одиозних истраживања и утврђивања пореске способности обвезника.⁸

Подстицање добровољног плаћања пореза

Људи плаћају порезе из два разлога. У позитивном смислу, већина људи схвата плаћање пореза као грађанску дужност. У негативном смислу, они знају да закон обавезује на плаћање пореза и да је евазија пореза

⁵ Оливера Лончарић-Хорват, Јединствени порезни број и кооперативна порезна држава, Право и порези, бр. 11/2006, стр. 4.

⁶ Carlos Silvani, Katherine Baer, Designing a Tax Administration Reform Strategy: Experiences and Guidelines, IMF; WP/97/30, стр. 12.

⁷ Техника самоопорезивања прописана је као начин утврђивања пореза и у нашем пореском систему у члану 54. Закона о пореском поступку и пореској администрацији.

⁸ Victor Thuronyi, Comparative Tax Law, Kluwer Law International, Hague, London, New York, 2003, стр. 209.

кажњива. Практична питања за пореску администрацију су како да ојача ова два мотива, у циљу поштовања пореских закона. Колико би средстава требало издвојити за обављање пореских послова и како би требало организовати активности ради промовисања позитивног става пореских обвезника и постизања најбољих резултата уз ограничена буџетска средства? То су питања којима се баве све савремене пореске администрације.

Смањење економске снаге, као последица опорезивања, одувек изазива негативне реакције код пореских обвезника. Они се тешко мире са чињеницом одрицања дела оствареног дохотка. Из разлога смањења непосредних контаката и сукоба пореских субјеката, савремени фискалци прибегава мање стресним начинима убирања јавних прихода, посредством пореских платаца или прописивањем самоопорезивања. У циљу ублажавања пореског незадовољства, држава нуди кооперацију пореским обвезницима. Они постају сарадници пореској администрацији на пословима опорезивања. Одмах се намеће питање како се таква оријентација у раду слаже са принудним карактером пореске обавезе? Јасно је да овде може бити речи само о сарадњи која је наметнута обвезницима. Добровољност подразумева једнаке позиције, чега нема у пореском односу, будући да пореска администрација наступа са позиција власти и спроводи фискалну вољу државе и штити њене финансијске интересе. Ипак, инсистирање на промени односа пореских службеника према пореским обвезницима, на успостављању поверења и поштовања међу њима, на коректном понашању и међусобном уважавању, последица је чињенице да држава «живи» од пореза и његовог правовременог плаћања.⁹ Карактеристична је појава у савременим пореским системима да се дискрециона овлашћења пореских службеника смањују. У складу са тим, ограничење пореских органа при вођењу пореског поступка обавезује их само на примену најпогоднијег начина утврђивања чињеница без повреде достојанства пореских обвезника.

Окретање ка потребама различитих категорија пореских обвезника утиче на реорганизацију пореских органа у смислу одабира одговарајућих канала (средстава) пружања различитих врста услуга. Често се у пореској пракси развијених држава прави разликовање између традиционалних средстава и електронских средстава.¹⁰ Али и неки тзв. традиционални начини комуницирања брзо се мењају захваљујући могућностима које пружа нова технологија. У електронска средства спадају употреба интернета, електронске поште и телефонских линија. Општи тренд који се уочава у савременим

⁹ Божидар Јелчић, Оливера Лончарић-Хорват, Јуре Шимовић, Хрвоје Арбутина, Никола Мијатовић, Финансијско право и финансијска знаност, Народне новине, Загреб, 2008, стр. 245.

¹⁰ Guidance Note, Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, Prepared by Forum on Tax Administration Taxpayer Services Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, OECD, 2007, стр. 27.

пореским системима јесте смањење броја обвезника који долазе у непосредне контакте са пореским органима. Истовремено, из искуства се уочава потреба за личним контактима са неким категоријама обвезника који имају посебне захтеве или због сложености пореске материје. Комуницирање у писаној форми за сада не губи на значају, мада пореске администрације развијених држава мање инвестирају у такав начин рада.

Подстичући добровољно плаћање пореза, државе настоје да смање «порески јаз», наиме, разлику између стварно наплаћених пореза и оних износа које би требало наплатити на основу важећих прописа.¹¹ Дефиниција добровољног плаћања пореза обично се одређује у виду степена у коме обвезници поступају у складу са пореским законом. Подизање овог степена на друштвено прихватљиви ниво поставља се као дугорочни циљ рада пореских органа. Сматра се да ће обвезници лакше прихватити и испуњавати пореске обавезе уколико им се пружа довољно информација и адекватна пореска едукација.

Клијентски оријентисан приступ у раду пореских органа захтева израду стратегије управљања ризицима, са циљем оптимизације нивоа добровољног испуњавања пореских обавеза. За разлику од традиционално организоване пореске администрације, која је на готово истоветан начин третирала све обвезнике, данас се признаје чињеница да су то лица која припадају различитим групацијама са различитим подстицајима и могућностима за плаћање, односно избегавање пореских обавеза. Усмереност ка посебним потребама или тешкоћама у којима се могу наћи обвезници треба да омогући формулисање одговарајуће стратегије унапређења добровољног плаћања пореза у виду помоћи, принудног извршења, измене закона, или комбинацијом наведених мера.¹²

Употреба савремене информационе технологије у пореској процедури

Остварење концепта опорезивања уз мање ангажовање пореских органа, а уз веће учешће пореских обвезника, одвија се захваљујући коришћењу све савршенијих могућности електронског управљања. Предности савремене информационе технологије, у домену рада пореских органа, омогућавају прерастање порескоправних односа из директних контаката у различите видове електронских комуникација. Због деперсонализације пореских односа, мора да јача контролна компонента у раду пореских служби.

¹¹ Cedric Sandford, *Why Tax Systems Differ, A Comparative Study of the Political Economy of Taxation*, Fiscal Publication, 2000, стр. 142.

¹² Risk Management-Practice Note, Centre for Tax Policy and Administration, GAP003, OECD, 2001, стр. 3

Електронска комуникација са пореским органима, кроз пружање информација и услуга, захтева увођење јединственог пореског броја трајне вредности. Преко пореског броја порески обвезник директно (on line) обавештава порески орган о пореским чињеницама. Улога пореског идентификационог броја у пореској процедури олакшава увид пореских органа у укупно пословање, трансакције али и у околности приватног живота обвезника, наравно, под условом да они поштују пореске и финансијске прописе. Имајући у виду трајност пореског идентификационог броја, где год да се креће порески обвезник остаје траг за њим. Предности информационе технологије за функционисање пореских органа могу, са друге стране, представљати опасност за остваривање права и интереса пореских обвезника. Неправилна употреба пореског идентификационог броја може да наруши поштовање права на приватност, које је, у савременим уставима, и признато да би ограничавало државу у њеним настојањима да се претерано и неоправдано меша у лични живот својих грађана.¹³ У вези са тим неко је можда пророчки рекао да би данашњи људи лако могли постати заробљеници савременог fiscusa.¹⁴

Но, у друштву које се све више дигитализује погодности увођења електронског управљања пореским пословима већ долазе до изражаја код унапред испуњених пореских пријава. Порески органи могу податке којима располажу унети у формуларе а такве делимично испуњене пријаве, порески обвезник је дужан до одређеног рока да допуни или коригује. Током деведесетих година двадесетог века скандинавске земље започињу са таквом праксом а ову могућност одавно користи и словеначка пореска администрација.¹⁵

Модернизација пореске процедуре у Србији

Осавремењивање пореског поступка у Србији започиње, системски-институционално, доношењем Закона о пореском поступку и пореској администрацији 2003. године.¹⁶ Реформа пореске администрације се базира на основним принципима реформе државне управе. Политичко опредељење у погледу развоја Пореске управе Србије јесте усмереност ка потребама пореских обвезника (клијентски приступ), са високим степеном добровољног

¹³ Више о потенцијалним опасностима употребе савремене информационе технологије у домену поштовања права пореских обвезника видети: Милева Анђелковић, *Фундаментална права пореских обвезника и њихова заштита у савременим информационо-технолошким условима*, Страни правни живот, 3/2008, стр.163-177.

¹⁴ Charles W. Adams, *За добро и зло: утјецај пореза на кретање цивилизације*, Институт за јавне финансије, Загреб, 2006, стр. 460.

¹⁵ Маја Клун, *op. cit.*, стр. 221-222.

¹⁶ Закон о пореском поступку и пореској администрацији («Сл. гласник РС», бр.80/02, 70/03, 55/04, 61/05, 62/06, 61/07, 20/09)

извршавања пореских обавеза, дизајнирана по стандардима европских пореских администрација.¹⁷

С обзиром да се пореска администрација Србије налази у периоду транзиције, у свакодневном раду суочава се са решавањем различитих тешкоћа. Пратећи савремене пореске трендове, велика пажња поклања се сервису пореским обвезницима а доста труда се улаже ради стручне обуке кадрова, који раде у пореској администрацији.

Што се тиче облика комуникације са пореским обвезницима у оквиру Пореске управе који су у функцији сервиса пореским обвезницима, постоје два основна система комуникације-децентрализовани и централизовани систем комуникација и сервиса.¹⁸

Децентрализовани систем комуникације и сервиса одвија се преко филијала Пореске управе, као основних организационих јединица основаних према територијалном принципу. Оне представљају први корак у комуникацији са Пореском управом, с обзиром да се у њима врши прикупљање основних података о пореским обвезницима по свим пореским облицима. У том погледу веома је важно да тај први «сусрет» буде ефикасан, у смислу давања потпуних и тачних информација у вези са правима и обавезама пореског обвезника, што је иначе законска обавеза пореских службеника. Овакав начин рада има своје предности али и недостатке. Предности су: постојање базе података и провера правилности на лицу места; могућност тренутног разјашњења проблема и ефикасно комуницирање на лицу места. Недостаци се испољавају у ризику од давања различитих одговора; обавезном присуству пореског обвезника и трошењу времена и повећању трошкова рада због већег броја запослених.

У пракси су већ изграђени поједини елементи централизованог система комуникације и сервиса, који обухватају Инфо-центар за порез на додату вредност, коришћење Е-mailа и Центар за велике пореске обвезнике.¹⁹ У склопу ових мера планира се и отварање Контакт центра Пореске управе током 2010. године, који ће представљати интегрални, централизовани систем информисања пореских обвезника и обухватаће све пореске облике.²⁰ Обвезници ће моћи да постављају питања и добијају одговоре кроз неколико канала комуникације. Осавремењавању процеса опорезивања доприноси законска обавеза да велики порески обвезници од 1.3.2008. године, подносе пореске пријаве искључиво електронским путем. У перспективи, планира се да Контакт центар омогући потпуни е-сервис у подношењу пријава, плаћању

¹⁷ Видети: Влада Републике Србије, Национални програм за интеграцију Републике Србије у Европску унију, Београд, октобар 2008, стр.443.

¹⁸ Република Србија, Министарство финансија, Пореска управа, Београд, септембар 2009.

¹⁹ Сервисни центри за пружање услуга пореским обвезницима функционишу већ неколико година у регионалним центрима Пореске управе Србије.

²⁰ Оснивање Контакт центра Пореске управе финансира Европска унија (CARDS програм).

и добијању обавештења о стању пореских обавеза и промени пореских закона за све обвезнике, а не као што је сада случај само за обвезнике Центра за велике пореске обвезнике.

И централизовани систем комуникације има своје предности и недостатке. Имајући у виду да се планира прелазак на такав начин рада, потребно је стварати материјално-техничке услове за отклањање свих тешкоћа у процесу обављања пореских послова. Предности се огледају у једноставнијем мерењу успешности; једнообразности одговора и уштеди времена за пореске обвезнике. Недостаци се испољавају у ограниченој могућности провере базе података; немогућности прецизног разјашњења проблема и немогућности непосредног контакта са пореским службеницима.

У оквиру реформи пореске администрације даље се развија систем за управљање ризиком и смањење могућности коруптивног понашања. Подаци дефинисани у Централном регистру и Централном пореском рачуноводству, заједно са подацима о фискалном капацитету пореског обвезника, евидентираним пореским прекршајима, подацима о специфичним пословним трансакцијама (увоз, извоз и сл.), чине профил пореског обвезника који је предмет за управљање ризиком. Централно управљање пореским функцијама треба да обезбеди квалитетно планирање, односно идентификацију и усмереност на фискално ризичне групе. Оваква оријентација подразумева дефинисање и примену система за рано упозорење код извршавања пореских обавеза, стално одржавање система ажурним прибављањем података из институција у окружењу, као и размену података са стандардизованим системима у Европској унији (VIIES).

У оквиру средњорочних приоритета Пореске управе (2010-2012) планира се, између осталог, реализација Плана управљања променама као завршне фазе рада на *fiscal blueprints*-има. То су стандарди у раду (практична упутства) базирани на најбољим праксама у функционисању европских пореских администрација, који омогућавају сагледавање предности и слабости националних пореских органа.²¹

Навешћемо само одељак из овог документа који се односи на права и обавезе пореских обвезника.²² Као један од стратешких циљева у домену права и обавеза пореских обвезника поставља се строго поштовање приватних и породичних права у складу са чланом 8. Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Кључни индикатори за проверу испуњености овог циља постављају се у виду следећих провера: да ли су поверљивост прикупљених података и заштита приватности строго гарантовани, посебно у случајевима приступа банкарским подацима; да ли се гарантује да се

²¹ Fiscal Blueprints-A path to a robust, modern and efficient tax administration, European Commission-Taxation and customs union, Luxembourg, European Communities, 2007.

²² *ibid.*, стр. 48-49.

прикупљени порески подаци могу користити само у пореске сврхе и да се могу размењивати са другим државним органима или страним пореским администрацијама у посебним ситуацијама дефинисаним законом или на основу пореског споразума; да ли се порески обвезници обавештавају о прослеђивању њихових пореских података страним пореским органима, изузев у случају истраге пореске утаје. Други стратешки циљ треба да обезбеди, од стране пореске администрације, пуно поштовање права обвезника да буде правилно представљен или брањен у складу са чланом 6. Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Као кључни индикатори за проверу испуњености овог захтева наводе се, између осталог: да ли обвезник има право да га заступа неки представник (адвокат, порески саветник); да ли је свеобухватна информација пружена обвезнику о домашају контролне процедуре пре отпочињања пореске контроле; да ли обвезници имају право да буду информисани о мотивима административних одлука и да ли имају довољно времена за стављање приговора. Можемо да констатујемо да је, формалноправно, у српско пореско законодавство уграђена већина европских стандарда у погледу наведених права пореских обвезника у пореској процедури.

Закључна разматрања

Савремене државе, суочене са финансијским тешкоћама, спроводе реформисање система јавног сектора и на расходној и на приходној страни. Смањење обима јавне потрошње нужно прате и промене у домену убирања јавних прихода. Опорезивање је стални извор незадовољства пореских обвезника и зато се савремене владе труде да убирање пореза учине мање неугодним.

Под утицајем примене концепта «новог јавног управљања» одвијају се не само структурне промене у пореским системима већ се мења и стил, култура рада пореских органа. Усмереност ка потребама пореских обвезника модификује традиционалан порескоправни однос. Почињу да се користе нове пореске технике, савремена информациона технологија и пословни процеси. Деперсонализацијом односа опорезивања настоји се да се избегну непотребне фрустрације, конфликти и злоупотребе његових субјеката. Истовремено, предузимају се мере са циљем подстицања добровољног плаћања пореза. Промене пореске регулативе прате и модификације пореске процедуре у виду шире примене пореза по одбитку и самоопорезивања, аутоматизације процеса пословања, приватизације појединих пореских активности.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

TAX PROCEDURE MODIFICATIONS

Summary

The modernization of the tax procedure accompanies the reform of contemporary tax systems and tax administrations. The novelties introduced in the traditional tax relations are primarily aimed at facilitating the application of tax legislation and developing simple procedures for a more efficient collection of taxes.

The strategy of tax administration reforms is aimed at several key areas: to increase the overall percentage of collected taxes, to improve the administrative services aimed at tax payers, to increase the rate of voluntary tax payment as well as to improve the degree of risk management, by improving the overall operative efficiency. The focal point in the operation of the contemporary tax administrations today is the promotion of voluntary tax payment, i.e. the acceptance of the tax payers to perform their tax duties with the least possible resistance.

Tax procedures modifications have been subject to the impact of “the new public management” concept. The client-centered approach catering for the tax payers’ needs is becoming a distinctive trend in the operation of tax services. Tax administration management today is perceived as a skill of establishing an adequate balance between providing good services to the tax payers and implementing the prescribed tax regulations, primarily aimed at promoting voluntary tax payment and eliminating any impediments on that course. Such an orientation in tax policy is part of the general strategy of instituting a different kind of public administration management and rationalization of the public consumption.

Key words: client-centered approach, promoting voluntary tax payment, simple tax procedure

UDK: 336.2:342.9(4-672EU:497.11)

Доц. др Марина Димитријевић

Правни факултет у Нишу

УСАГЛАШЕНОСТ НАЧЕЛА ПОРЕСКОГ ПОСТУПКА У СРБИЈИ СА НАЧЕЛИМА УПРАВНОГ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ*

***Апстракт:** Порески поступак је најразвијенији посебни управни поступак у нашем праву. Овај поступак воде порески управни органи ради решавања пореске управне ствари. Имајући у виду опредељење Србије да се придружи европским интеграционим токовима, намера аутора овог рада је да пружи одговор на питање да ли су и у којој мери начела пореског поступка у Србији усаглашена са начелима управног права Европске уније (ЕУ). На основу краћег осврта на начела управног права ЕУ и детаљније анализе начела пореског поступка у Србији аутор закључује да су, нормативно-правно посматрано, створене претпоставке да се поступање наших пореских органа у пореском поступку одвија сагласно европским захтевима у овом домену.*

***Кључне речи:** државна управа, Европски управни простор, начела управног права Европске уније, начела пореског поступка у Србији.*

Увод

Решавање о правима и обавезама физичких и правних лица у пореским управним стварима изузетно је важна активност пореских управних органа. У случају доношења незаконитих и неправилних пореских управних аката непосредно се вређају права и правни интереси пореских обвезника, али и јавни интерес у области опорезивања. Зато је правилно и законито поступање надлежних органа у решавању пореских управних ствари од изузетног значаја за остваривање правне државе и владавине права.

Адекватно уређен порески поступак је претпоставка доношења законитих и правилних пореских управних аката. Будући да порески поступак

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

има велику важност за грађане, али и привредне и друге субјекте, као пореске обвезнике, правила пореског поступка имају и изразито велико друштвено и политичко значење. То се односи и на начела пореског поступка, као најопштија правна правила у чијим границама се овај поступак води. Она су оријентација за правилно примењивање свих осталих правних правила којима се регулише порески поступак.

1. Начела управног права Европске уније

Област државне управе у Европској унији потпада под примену принципа супсидијарности (*principle of subsidiarity*), који Унији не даје значајнија овлашћења у регулисању државне управе држава чланица. Своје право да од потенцијалних држава чланица ипак захтева развој управних капацитета ЕУ изводи из неопходности осигурања примене комунитарних прописа.¹ Другим речима, квалитет управе неопходан за спровођење обавеза произишких из чланства у ЕУ није унапред дефинисан писаним *acquis communautaire*, али се путем „контроле квалитета управе“ у појединачним случајевима постепено дефинишу вредности и стандарди који чине сегменте управног права ЕУ оличеним у тзв. принципима њеног управног права.²

Европски суд правде (*European Court of Justice*) је дефинисао одређени број управних (административних) начела који су преузети из развијених управних система држава чланица ЕУ и реформисани радом овог суда.³ Судска пракса Европског суда правде је „извор“ за Европски управни простор (*European Administrative Space*) као скуп начела, вредности и стандарда којим се не замењују национална управна права, већ постоји као надстру-

¹ Preparing Public Administrations for the European Administrative Space, SIGMA papers, No 23, OECD, 1998, p. 120.

² Управно право ЕУ представља посебну област међународног и европског управног права. Одлучујућу улогу у стварању правног система ЕУ, па према томе и управног права ЕУ, има Европски суд правде. Управно право ЕУ се развија и кроз процес усклађивања управног права појединих држава чланица са правом ЕУ. Видети: Стеван Лилић, Европски суд правде и управно право Европске уније, Правни капацитет Србије за европске интеграције, зборник радова, књига II, Правни факултет Универзитета у Београду, 2007, cit. стр. 22.

³ Извори начела националних управних права обично су расејани, тј. изводе се из одредаба устава, закона, подзаконских аката и судске праксе у управним споровима. Препознатљивост и карактер начела им даје особина уграђености у институције и административне поступке (процедуре) на свим нивоима. Актери у јавној сфери су правно обавезни да се повинују овим правним принципима који морају бити подржани од независних контролних органа, правосудног система и судском заштитом, парламентарном контролом, али и обезбеђивањем могућности саслушања и обештећења појединцима и правним лицима. Видети: Стеван Лилић, Примена концепта Европског управног простора у процесу приступања Европској унији, Правни капацитет Србије за европске интеграције, зборник радова, књига III, Правни факултет Универзитета у Београду, 2008, cit. стр. 27.

ктура са којом државна управа, садашњих и будућих држава чланица ЕУ, треба да буде усклађена. У таквим околностима, унутар ЕУ, долази до конвергенције националних управних система и стварања чврсте и стабилне везе између ЕУ и националних државних управа.⁴ Јављају се истовремено заједнички обрасци поступања и слични механизми доношења управних аката. Методи рада се усавршавају по систему „најбољег примера“ што опет води сличности. Уз то, слична је и организација.⁵

У литератури је могуће наћи на две класификације начела управног права ЕУ: прва класификација полази од поделе на материјална и процесна начела⁶ а друга класификација начела сврстава у одређене групе у сврху остваривања циљева СИГМА програма.⁷ Државна управа би доследним поштовањем начела управног права ЕУ у свом поступању носила епитет њиховог главног заштитника (чувара).⁸

Материјална начела су: начело законитости, начело пропорционалности, начело једнакости (забране дискриминације), начело заштите легитимних очекивања, начело конзистентности. У најзначајнија *процесна начела* спадају: начело саслушања странке, начело доступности информација и начело брижљивог вођења поступка.

Начело законитости се своди, најједноставније речено, на обавезу управних органа да делују у складу са законом. Према *начелу пропорционалности*, управа може наметати обавезе грађанима само до границе која је неопходна да се постигне сврха дате мере. Заправо, усвојене мере морају бити пропорционалне циљевима који се желе постићи. Противзаконито је примењивати закон ако се тиме може изазвати исход који није био предвиђен законом. Тада се говори о злоупотреби управних овлашћења. *Начело једнакости* забрањује дискриминацију правних субјеката пред управним органима по било ком основу, тј. управни органи треба да воде управни поступак и доносе одлуке поштујући и примењујући законске норме непристрасно.⁹ *Начело заштите легитимних очекивања* значи да управа грађанима

⁴ О овој проблематици видети опширније: Georgia Prokopiadou, Dionysis Moschopoulos, Christos Paratheodorou, Information Management Systems for Ensuring the European Administrative Harmonization, Department of Archive and Library Sciences, Ionian University Palea Anaktora, 2004.

⁵ Видети више: Administrative Capacities for European Union Membership, Public Management Forum, OECD, 2000.

⁶ Стеван Лилић, Европски суд правде и управно право Европске уније, стр. 22-36; Александра Рабреновић, Начела „квалитетне управе“ у праву Европске уније, Јавна управа, бр. 1/2002, стр. 155-175.

⁷ О групама ових начела видети више: European Principles for Public Administration, SIGMA paper, No 27, OECD, 1999.

⁸ Johan P. Olsen, Citizens, public administration and the search for theoretical foundations, ARENA Working Paper, WP 20/03, p. 4.

⁹ Непристрасност подразумева одсуство предубеђења. Законске одредбе, које се односе на

мора гарантовати правни континуитет и сигурност, тј. мора водити рачуна о легитимним правним очекивањима својих грађана. *Начело конзистентности* обавезује управне органе да доносе конзистентне управне одлуке.

Начело саслушања странке, као основа управне процедуре, обавезује управни орган да приликом доношења одлуке, која може утицати на правну ситуацију странке, мора странци дати могућност да се изјасни о околностима случаја. *Начело доступности информација* обавезује управни орган да странку упозна са свим фактичким и правним чињеницама које су релевантне за доношење одлуке. *Начело брижљивог вођења поступка* налаже обавезу управном органу да непристрасно и брижљиво испита све релевантне фактичке и правне аспекте индивидуалног случаја. Улажење у меритум одлуке захтева оцену да ли је нека фактичка или правна чињеница релевантна.

СИГМА¹⁰ је систематизовала главна начела управног права ЕУ у одређене групе а све са намером да оне послуже као идеја водилца за реформе државне управе у државама кандидатима за приступ Европској унији. Реч је о следећим групама начела: *поузданост и предвидивост (правна сигурност); отвореност и транспарентност; одговорност; ефикасност и делотворност (ефективност)*.¹¹ При формулисању ових група, СИГМА је пошла од претпоставке да су оне изведене из принципа управног права која су садржана у свакодневним активностима државних службеника. Треба приметити да је владавина права и поступање по правним правилима и надаље незаобилазни концепт европске државне управе. Но, поред тога, снажан је и продор идеја Новог јавног управљања (*New Public Management-a*) које, у све већој мери, актуелизују питање успешности поступања државне управе. Намера је дати одговор на питање колико је рад државне управе успешан, тј. да ли је могуће обезбедити већу ефикасност и ефективност рада државне управе у границама владавине права.

2. Начела пореског поступка у Србији

Порески поступак је посебни управни поступак. Правила којима се уређује порески поступак имају велики значај за правилну примену прописа о порезима, заштиту права пореских обвезника од евентуалне самовоље пореских органа приликом утврђивања, контроле и наплате пореза, учвршћивање правне сигурности у сфери опорезивања, рационалност и успешност у раду пореских органа, као и за осигурање услова за контролу рада пореских органа.

забрану учешћа државних службеника у доношењу одлука које могу да утичу на њихове личне и стечене интересе, треба да ојачају непристрасност.

¹⁰ СИГМА је заједничка иницијатива ОЕЦД и ЕУ која се углавном финансира из програма ЕУ.

¹¹ Видети више: Марина Димитријевић, Европски управни простор - Реформске промене у Пореској управи Србије, Правни живот, бр. 10/2007, стр. 919-922.

Начела пореског поступка, као правила најопштијег карактера, израз су одређених правно-политичких и процесно-техничких захтева којима треба обезбедити квалитетан рад пореских органа при разрезу, контроли и наплати пореза. Њихово уважавање је претпоставка правилног и законитог решавања конкретне пореске управне ствари.

Начела пореског поступка у Србији су прописана Законом о пореском поступку и пореској администрацији (ЗПППА).¹² Како порески поступак представља посебни управни поступак начела пореског поступка морају бити усклађена са начелима општег управног поступка, односно произилазити из њих.¹³ Постављањем посебних начела пореског поступка законодавац је желео да нагласи специфичну природу пореске материје тј. изражени јавни интерес за прибављањем јавних прихода али и да ојача порескоправну сигурност обвезника. У том смислу пореска процедура, најпре, треба да почиња на поштовању прописаних начела пореског поступка (*lex specialis derogat lege generali*) а, потом, и поштовању осталих начела општег управног поступка, јер се она међусобно не искључују. То су следећа начела (принципи):¹⁴ начело законитости, начело временског важења пореских прописа, начело омогућавања увида у чињенице, начело чувања службене тајне у пореском поступку, начело поступања у доброј вери, начело фактицитета, начело заштите права грађана и заштите јавног интереса, начело ефикасности, начело саслушања странке, начело оцене доказа, начело самосталности у решавању, начело двостепености у решавању (право на жалбу), начело правноснажности решења, начело економичности поступка, начело пружања помоћи странци, начело о праву употребе језика и писма.¹⁵ Правни значај свих наве-

¹² Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Сл. гласник РС“, бр. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05, 62/06, 61/07, 20/09.

¹³ Закон о општем управном поступку (ЗУП), „Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97, 31/01, у чл. 3 прописује: „Одредбе закона којима се, због специфичне природе управних ствари у појединим управним областима, прописују неопходна одступања од правила општег управног поступка, морају бити у сагласности са основним начелима утврђеним овим законом.“

¹⁴ Видети: ЗПППА, члан 4-9; ЗУП, члан 6-16; Поред општих начела пореског поступка, ЗПППА (члан 81.) прописује и посебна начела која важе за порески извршни поступак – поступак принудне наплате пореза.

¹⁵ Треба истаћи да органи Пореске управе, приликом поступања у пореском поступку, морају да уважавају и начела која су уређена у *Закону о државној управи*: самосталност и законитост, стручност, непристрасност и политичка неутралност, делотворност у остваривању права странака, сразмерност, поштовање странака, јавност рада. Такође, треба имати у виду и *Закон о државним службеницима*, који прописује начела поступања државних службеника (тима и пореских службеника). Ту се, поред начела законитости, непристрасности и политичке неутралности, наводи и одговорност државних службеника за рад. Они одговарају за законитост, стручност и делотворност свог рада. Овај закон прописује и начело доступности информација о раду државних службеника (јавност рада), као гарант отворености и транспарентности рада управе. Видети: Закон о државној управи, „Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 101/07, члан 7-11; Закон о државним службеницима, „Сл. гласник РС“, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, члан

дених начела изражава се у обавези органа Пореске управе, као дела државне управе у Србији, да у пореском поступку, при примени материјалних пореских закона и других прописа донетих на основу овлашћења из закона на конкретне случајеве, поступа у складу са тим начелима (у њиховим границама).

У наставку рада ће бити детаљније анализирана начела пореског поступка, прописана Законом о пореском поступку и пореској администрацији.

2.1. Начело законитости

Начело законитости је доминантно начело пореског поступка.¹⁶ Закон о пореском поступку и пореској администрацији и Закон о општем управном поступку стављају ово начело на приоритетно место а његова конкретизација се остварује у низу одредби ових закона. Основни смисао начела законитости у пореском поступку, који Пореска управа води, је да појединачни порески управни акти морају бити у сагласности са законом на основу кога се доноси, уз поштовање правила приликом њиховог доношења. Поштовање начела законитости спречава самовољу и произвољност током решавања појединачне пореске управне ствари и обезбеђује да се, правилним спровођењем пореског поступка и правилном применом материјалног пореског права, конкретна пореска управна ствар законито реши.

Пореска управа је дужна да остварује сва права и обавезе из порескоправног односа у складу са законом, чиме се налаже да појединачни управни акт који она доноси у пореском поступку мора бити законски одређен и у процесном (формалном) и у садржинском (материјалном) погледу (ЗПППА, члан 4. став 1.). Процесни аспект начела законитости подразумева обавезу Пореске управе да се доследно придржава законских одредби о пореском поступку. У садржинском погледу, законитост решавања у пореским управним стварима тиче се одређивања меродавног (одговарајућег) прописа у конкретном случају и у његовој правилној примени на утврђено чињенично стање.¹⁷

5-6, члан 8.

¹⁶ У члану 198. Устава Републике Србије формулисана је *законитост управе*: „Појединачни акти и радње државних органа, организација којима су поверена јавна овлашћења, органа аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, морају бити засновани на закону. Законитост коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита. Видети: Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 98/06.

¹⁷ У пореском поступку у Србији се још увек недовољно води рачуна о формалноправној законитости, тј. порески поступак се не води уз поштовање свих правила поступка, чињенично стање се неправилно и/или непотпуно утврђује, пореска решења нису довољно јасна и прецизно образложена... па је то и најчешћи разлог њиховог поништавања у другостепеном поступку

ЗПППА наглашава да „у случајевима када је Пореска управа овлашћена да делује на основу дискреционих овлашћења, дужна је да делује у складу са сврхом тих овлашћења и у оквиру закона“ (члан 4. став 2.).

Правни оквири слободне оцене су тројаки:

- постојање законског овлашћења за коришћење слободне оцене (нпр. овлашћење из члана 73. став 1. ЗПППА: „Пореска управа *може* на захтев пореског обвезника, у целости или делимично, одложити плаћање пореског дуга...“);

- испуњавање законског циља поверавања дискреционих овлашћења (нпр. Пореска управа би деловала супротно сврси слободне оцене уколико би код одлучивања о одлагању плаћања пореског дуга, уместо да уважи и процени тежину стварне економске ситуације у којој се обвезник налази, донела решење о одлагању на основу партијске припадности пореског обвезника);

- Пореска управа је дужна да се, примењујући слободну оцену, држи граница датог овлашћења, што значи да делује „у оквиру закона“.

Уколико правни оквири слободне оцене (било који од три наведена) нису испоштовани, донети управни акт је незаконит.¹⁸

Начело законитости је нарочито у спречи са *начелом материјалне истине* јер је материјална истина основ за правилну примену материјалног права и „стуб“ на коме почива материјална законитост. Повезаност ова два

и у управном спору. Чињеница да се боље познаје материјално пореско право, које карактеришу честе промене, упућује на закључак да се формалном (процесном) пореском праву придаје мањи значај а то је погрешно. И материјалноправна и формалноправна законитост морају бити кумулативно испуњене да би појединачни порески управни акт био законит. Видети: Подсетник за пореске инспекторе у примени процесних прописа, Министарство финансија, Пореска управа, јануар 2007, сит. стр. 9-10.

¹⁸ Управним путем, од стране другостепеног органа у поступку по жалби, обавља се редовна контрола законитости аката донетих по слободној оцени. Могућ је и судски пут – контрола законитости по тужби у управном спору. Целисходност управног акта (да ли је Пореска управа изабрала најпогоднију опцију за задовољење јавног интереса у конкретном случају) може се проверавати само у поступку по жалби (ЗПППА, члан 152. став 5.), а не и од стране суда у управном спору. Треба иначе нагласити да многоструку важност судске контроле, као облика контроле над управом, истичу бројни теоретичари, наводећи да улога ове контроле као гаранта законитости не долази до изражаја само у репресивној нарави, која се изражава применом санкције када наступи конкретна повреда правног поретка, већ да она има наглашену превентивну функцију, јер унапред утиче на ток управног поступања. Штавише, са гледишта правне теорије, управо је судска контрола најбољи облик контроле над законитошћу аката управних органа, односно деловања њихових службених лица. Судска пресуда која ставља ван снаге незаконит или неправилан управни акт или налаже држави да накнади штету оштећеном грађанину, не умањује ефикасност и углед државне управе, већ напротив, таква пресуда доприноси унапређењу државне управне делатности, штити државну власт и ствара поверење грађана у институције државе. Видети: Francisco Cordona, *Converging Judicial Control of the Administration in Europe, Judicial Reform and Administrative Justice*, SIGMA, 2005, p. 2; Дарио Ђерђа, *Правци реформе институционалног устроја управног судства у Републици Хрватској*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 1/2008, стр. 76.

начела изражена је у члану 4. став 3. ЗПППА који гласи: „Пореска управа је дужна да утврђује све чињенице које су битне за доношење законите и правилне одлуке, посвећујући једнаку пажњу чињеницама које иду у прилог и на штету пореском обвезнику“. Из овакве формулације произилази захтев да се у пореском поступку установи објективна истина – право стање ствари. Неутврђивање материјалне истине у поступку и праве економске моћи пореског обвезника представља кршење уставне одредбе по којој је обавеза плаћања пореза и других дажбина општа и заснива се на економској моћи обвезника.¹⁹ То истовремено представља повреду принципа правичности и дискриминацију обвезника. Зато је битно у пореском поступку, у највећој могућој мери, користити савремене технике доказивања, стручне методе за утврђивање свих релевантних пореских чињеница и стандардне рачуноводствене критеријуме за утврђивање прихода, дохотка и имовине, као манифестација економске моћи обвезника коју треба захватити порезима. Наравно, обвезницима треба омогућити да се изјасне о чињеницама које су од значаја за одређивање пореске обавезе. Грешка у утврђивању чињеничног стања („непотпуно“ или „погрешно утврђено“ чињенично стање) представља битну процесну неправилност.²⁰

2.2. Начело временског важења пореских прописа

Начело временског важења пореских прописа уређено је посебним чланом ЗПППА који гласи: „Пореска обавеза се утврђује на основу прописа који су били на снази у време њеног настанка, осим ако је, у складу с уставом и законом, за поједине одредбе закона предвиђено да имају повратно дејство.“²¹

Устав Републике Србије забрањује повратно дејство закона и других општих аката.²² То значи да постоји и начелна недопуштеност ретроактивног правног дејства пореских закона. Ретроактивно деловање пореских закона стварало би правну неизвесност и непредвидивост код пореских обвезника у

¹⁹ Устав Републике Србије, члан 91. став 2.

²⁰ У ЗПППА се налази на два карактеристична примера одступања од начела материјалне истине у ситуацијама када се појављује опасност да ће порески обвезник приказати пореску основу у износу мањем од реалног. Према члану 51. став 3. ЗПППА „сумња која проистекне због ускраћивања информација, односно недостављања доказа од стране пореског обвезника који је, у складу са овим законом, дужан да их достави Пореској управи, може у поступку утврђивања пореске обавезе бити на његову штету.“ У члану 61. став 1. ЗПППА одређује да „порез на доходак грађана не може бити мањи од износа израчунатог на основу формуле по којој се одређени индекси примењују на факторе који представљају индиције луксузног животног стила пореског обвезника“.

²¹ ЗПППА, члан 5. став 1.

²² Устав Републике Србије, члан 197. став 1.

погледу друштвено-правне допуштености последица њихових прошлих понашања. Међутим, Устав предвиђа и један изузетак. Наиме, уставна одредба дозвољава да се, изузетно, може одредити да само поједине одредбе закона имају повратно дејство, ако то налаже општи интерес утврђен при доношењу закона.²³

У пореској материји се ретко јављају случајеви ретроактивне примене појединих законских одредби. Она се може правдати само у оним ситуацијама када постоји општи интерес да се пореским обвезницима ретроактивно призна нека погодност (нижа пореска стопа или нови порески подстицај).

Начело временског важења пореских прописа подразумева и да су радње у пореском поступку регулисане прописима који су на снази у време када се предузимају.²⁴ То значи да ће се нпр. пореска контрола дохотка оствареног у 2006. години, која се спроводи у 2009. години, обавити по прописима који су на снази у 2009. години.

2.3. Начело омогућавања увида у чињенице

Начело омогућавања увида у чињенице постављено је као дужност Пореске управе, односно право пореског обвеника да му се, на његов захтев, омогући увид у правну и чињеничну основу за доношење акта којим се утврђују његове обавезе (пре свега, обавеза да плати порез) или права (нпр. право на пореску рефакцију). Такву могућност порески обвезник има у поступку који претходи доношењу првостепеног решења, другостепеном поступку, као и код понављања поступка. Пореска управа је дужна да створи услове пореском обвезнику, ако је то захтевао, да користи право на увид у прописе и чињенице на основу којих ће се донети управни акт, али ће донети решење и ако затражени увид није остварен, ако порески обвезник ово право није користио, иако је то могао да учини.²⁵

2.4. Начело чувања службене тајне у пореском поступку

Начело чувања службене тајне у пореском поступку има посебан значај за обезбеђење личног и професионалног интегритета пореских обвезника и налази свој пандан у праву ових субјеката на поверљивост и тајност података које прикупља Пореска управа у процесу опорезивања. Овај захтев се практично своди на обавезу пореских органа да не смеју законом поверене податке и документа да неовлашћено користе или објављују.²⁶

²³ Ibid, члан 197. став 2.

²⁴ ЗПППА, члан 5. став 2.

²⁵ Дејан Поповић, Коментар Закона о пореском поступку и пореској администрацији, *Сексус in*, стр. 13.

²⁶ Милева Анђелковић, Реформисани порески поступак у Србији - Могуће злоупотребе

У пореском поступку порески обвезник је дужан да пореском органу предочи све чињенице битне за опорезивање. То се може реализовати ако порески обвезник испоштује обавезу достављања докумената и података релевантних за опорезивање очекујући њихово коришћење само у ту сврху. Њихово неовлашћено коришћење и објављивање могло би да нанесе штету пореском обвезнику и угрози његове различите интересе (нарушавања приватне и личне сигурности, одавање пословне тајне и др.). Ако порески обвезници немају гаранције да ће подаци које достављају Пореској управи, односно до којих је она дошла, бити третирани као тајна, постојаће подстицај да те податке не пријављују или да их само селективно пријављују. То би неспорно значило непостојање односа сарадње и пуног поверења субјеката порескоправног односа а за последицу би имало угрожавање јавног интереса у области јавног финансирања. Институт тзв. пореске тајне из овог разлога постаје изузетно важан па не изненађује чињеница да своје место у пореском поступку добија у виду начела. Пореска тајна је претпоставка остваривања већих јавних прихода, што је у јавном интересу, а уједно и претпоставка заштите одређених интереса обвезника.²⁷

2.5. Начело поступања у доброј вери

Странке у пореском поступку дужне су да поступају у доброј вери. Начелом поступања у доброј вери, порески обвезник и Пореска управа се обавезују на савесно, коректно, поштено и добронамерно међусобно понашање. Другим речима, начело тежи да ове субјекте приближи стању међусобне сарадње, јер се тако поузданије долази до материјалне истине у пореском поступку. Добра вера (*bona fides*) је незаменљива основа ефикасне реализације порескоправног односа. Закон посебно наглашава да се учесталост и трајање пореске контроле треба ограничити на нужну меру, јер досадашње искуство сведочи да је било случајева где се пречестим и предугим пореским контролама показивала *mala fides* према појединим пореским обвезницима.²⁸

2.6. Начело фактицитета

Активности пореских обвезника које за последицу имају кршење пореских закона и које су предузете са циљем избегавања плаћања пореза представљају незакониту (нелегалну) пореску евазију. Поред овог вида евазије, пореске власти многих држава покушавају да се супроставе и неприхватљивом

пореских овлашћења, Правни живот, бр. 11/2007, стр. 1016.

²⁷ Оливера Лончарић-Хорват, Порезна тајна, Право и порези, бр. 11/2004, стр. 3-4.

²⁸ ЗПППА, члан 8.

минимизирању пореске обавезе која за собом не повлачи директно кршење закона. Ради се, заправо, о случајевима где се може сматрати да је порески закон прекршен уколико се докаже повреда (изигравање) духа закона, односно намере законодавца (неприхватљива законита евазија пореза). Поред неприхватљиве законите евазије пореза постоји прихватљива законита евазија (тзв. пореско планирање) и она се не санкционише.

Увођење *начела фактицитета* у наше пореско право и порески поступак означава примену америчке *substance over form* доктрине. Примена овог начела заснива се на тумачењу права и решење тражи у доктрини да је суштина важнија од форме, или се ослања на тзв. економску интерпретацију, која се иначе не примењује у другим областима права, или на грађанско-правним концептима ништавости симулованих правних послова, односно изигравања закона.²⁹

3. Да ли су начела пореског поступка у Србији усаглашена са начелима управног права Европске уније?

Опредељење Србије да се придружи ЕУ ствара притисак на нашу државну управу. Од њеног квалитета зависи колико ће она успешно функционисати и бити у стању да успешно примени комунитарно право. Наведено се односи и на део државне управе у чијој је надлежности примена пореза – Пореску управу (пореске управне органе).³⁰

Уколико упоредимо начела управног права ЕУ са начелима пореског поступка, којих се порески органи у Србији морају придржавати у свом поступању, не увиђа се значајнија разлика. У српским законима који регулишу пореско управно поступање уређена начела су, по називима и садржини, у приличној мери усаглашена са начелима управног права ЕУ. Обезбеђење претпоставки за доследно поштовање ових начела је циљ који у потпуности треба остварити у процесу реформисања наших пореских управних органа и контроле њиховог рада. Ово је нужно јер упоредна искуства других држава у транзицији потврђују да је недовољно квалитетна државна управа (тима и порески управни органи) у комбинацији са ниским нивоом владавине права једна од битних препрека европских интеграција. Успешна имплементација начела управног права ЕУ, који свој одраз имају и у начелима пореске процедуре у Србији, одређује и сада и убудуће успешност примене нашег пореског права. То у контексту придруживања ЕУ значи да би Србија временом могла да оствари и позитиван утицај на развој начела управног права ЕУ.

²⁹ Дејан Поповић, Пореско право, Правни факултет, Службени гласник, Београд, cit. стр. 46.

³⁰ Порески управни органи могу бити адекватни сарадник државе у остваривању жељених циљева опорезивања.

Закључак

Државна управа је један од стубова државе. За транзициона друштва, какво је и српско друштво, државна управа по европским стандардима је темељни ослонац успешног транзиционог процеса. Из тог разлога, реформа државне управе и управног поступања, праћена обезбеђивањем претпоставки за доследно поштовање начела управног права ЕУ, постаје нарочито важна у контексту опредељења Србије да се придружи европским интеграционим токовима. То не изненађује будући да су потребни јаки административни (управни) капацитети да би тај процес био успешно окончан. Све наведено за државну управу у целини, важи и за пореске управне органе и њихово поступање у пореском поступку у Србији.

Начела пореског поступка у Србији, нормативно-правно посматрано, стварају претпоставке да се пореско управно поступање одвија сагласно европским захтевима у овој области. Она служе као стандарди у односу на које се може мерити квалитет Пореске управе Србије, степен одговорности пореских органа и пореских службеника и ваљаност пореског поступка у коме се предузимају пореске управне радње и доносе порески управни акти. Стога је њихово фактичко поштовање у пракси гарант правне државе, афирмације владавине права, законитог обављања пореске управне делатности и заштите права и правних интереса пореских обвезника који са пореским органима долазе у контакт свакодневно.

Doc. Marina Dimitrijević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

HARMONIZATION OF THE PRINCIPLES OF THE SERBIAN TAX PROCEDURE WITH THE PRINCIPLES OF THE EU ADMINISTRATIVE LAW

Summary

The successful implementation of the EU regulations is not viable without establishing adequate administrative capacities in the EU member states. Therefore, the conceptualization of the European Administrative Space based on the *acquis communautaire* determines the organization, the activities and operation of the public administration authorities. Concurrently, this is the basis for establishing the foundations of modern public administration in Europe.

The harmonization of administrative law and the recognition of the common principles, values and standards of European Administrative Space have become extremely important for all transition countries pursuing a prospective integration into the European legal system. This refers to Serbia as well, and serves as the key indicator of its ability to successfully apply the *acquis communautaire*; namely, in assessing whether a state has met the EU accession criteria, the basic premise is the degree or extent to which the national administration observes the principles of the European “quality administration” and strives towards the values and standards of the European administrative space. In this paper, the author analyses the principles of the EU administrative law and the principles of the Serbian tax procedure. Upon the comparative study of these principles, the author provide answers to the following questions: whether (and to what extent) the Serbian tax procedure principles comply with the European administrative law principles, and whether the current standing is sufficient to conclude that the activities of administrative tax authorities in the Serbian tax procedure in Serbia are in compliance with the European standards in this area.

Key words: public administration, European Administrative Space, principles of the EU administrative law, principles of the Serbian tax procedure.

КРИВИЧНО ПРАВО

UDK: 341.4

проф. др Драган Јовашевић
Правни факултет у Нишу

СИСТЕМ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА *

Апстракт: После дугог историјског развоја, коначно је у другој половини 20. века инаугурисана нова, најмлађа грана казненог права – међународно кривично право које се по својој правној природи и карактеристикама налази између националног кривичног права и међународног јавног права задржавајући своју осебујност и самосталност. Основни и најзначајнији појам и институт ове гране права свакако представља међународно кривично дело. О појму и садржини међународног кривичног дела у правној теорији постоји више различитих гледишта, али се ипак може закључити да се под овим појмом подразумева друштвено опасно, противправно дело виног човека које је прописано као кривично дело и за чијег је учиниоца прописана одређена казна. У овом раду аутор је анализирао појам и основне елементе међународних кривичних дела према релевантним међународним актима.

Кључне речи: међународни правни акти, кривично дело, елементи, одговорност, суд, санкција

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Општи део међународног кривичног права представља систем правних прописа којима се одређују појам и елементи међународног кривичног дела, основи кривичне одговорности и систем кривичних санкција за њихове учиниоце, као и услови за утврђивање кривичне одговорности и кажњивости¹. Ови прописи свој извор налазе у : 1) међународним правним актима (актима међународне заједнице који су донети у оквиру међународних универзалних или регионалних организација, као и уговорима између појединих држава са кривично правном проблематиком) и 2) националном кривичном законодавству (међународна кривична дела чија се обележја бића састоје у кришењу прописа међународног права)².

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Београд, 2003. године, стр.49-52

² Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године, стр.345-368

Из овако одређеног појма општег дела међународног кривичног права произилази да су три његова основна појма или института³. То су :

1. међународно кривично дело (опште и посебно биће, стадијуми у извршењу дела, облици искључења кривичног дела, облици испољавања кривичног дела, саучесништво),
2. кривична одговорност (урачунљивост, виност - кривица, облици искључења виности) и
3. кривичне санкције (казне и друге кривично правне мере)⁴.

2. МЕЂУНАРОДНО КРИВИЧНО ДЕЛО

2. 1. Појам и елементи међународног кривичног дела

Први основни појам општег дела међународног кривичног права⁵ јесте међународно кривично дело. Без овог дела, његовог извршења или покушаја, уопште се и не поставља питање постојања ове најмлађе гране казненог права, нити органи кривичног правосуђа приступају утврђивању кривичне одговорности неког лица у судском поступку, нити извршењу кривичних санкција⁶. У одређивању појма, елемената и карактеристика међународног кривичног дела у теорији се разликује више схватања⁷.

Према једном схватању међународно кривично дело представља чињење које је уперено против међународног правног поретка чија је кажњивост предвиђена непосредно нормама међународног права које на то понашање надовезује правне последице у виду санкција у сврху сигурности и поправљања⁸. Други аутори појам међународног кривичног дела одређују као напад на основе међународних односа који је предвиђен међународним

³ Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2006. године, стр. 471-474

⁴ Иако има схватања у кривичноправној литератури према којима општи део материјалног међународног кривичног права није ни близу онако развијен као што је то случај са унутрашњим кривичним правом, мишљења смо да се и у оквиру ове гране права може конституисати наука општег дела материјалног права са основним институтима : међународно кривично дело, кривична одговорност и кривична санкција. (В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.46-69).

⁵ У правној теорији се истиче да општи део међународног кривичног права чини скуп правила која предвиђају субјективне елементе бића кривичних дела, облике и врсте кривичне одговорности, услове који искључују кривичну одговорност и систем кривичних санкција. (А.Сассесе, Међународно кривично право, Београд, 2005. године, стр. 21).

⁶ М.Милојевић, Обавеза кажњавања за међународна кривична дела, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 2/1969. године, стр. 227-229

⁷ Б.Петровић, Д.Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Општи део, Сарајево, 2005. године, стр.127-129

⁸ М.Марковић, Међународна кривична дела и развој међународног кривичног права, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 1/1972. године, стр. 1-7

актом⁹. Према трећем схватању међународно кривично дело је дело које је извршено са намером да се повреди основни интереси заштићени међународним правом или са знањем да ће дело вероватно повредити такав интерес и које не може бити адекватно кажњено путем нормалне кривичне јурисдикције сваке државе. Њиме се напада на социјалну свест човечанства у целини.

Због значаја изложених карактеристика, у правној теорији се издваја следећа дефиниција међународног кривичног дела које чини пет елемената. То су¹⁰: 1) забрањена радња је од значајног међународног интереса, посебно ако се њоме угрожава међународни мир и безбедност, 2) забрањена радња представља изузетан напад на вредности које уобичајено важе у међународној заједници, па се такав напад сматра ударом на осећај хуманости, односно општељудску свест, 3) забрањена радња има транснационалне импликације што подразумева укљученост више од једне државе или се последице или се планирање, припремање или извршење дела простиру на подручју више држава, односно постоји разлика у држављанству жртава или употребљена средства премашују националне границе, 4) забрањена радња је штетна по међународно заштићена лица или интересе и 5) забрањена радња крши међународно заштићене интересе.

Међународно кривично дело (злочин) представља кршење међународних правила која повлаче индивидуалну кривичну одговорност појединца. Овај појам чине следећи елементи¹¹: 1) кршење међународних обичајних правила, 2) ова правила имају за сврху да штите вредности које цела међународна заједница сматра важним и која обавезује све државе и све појединце, 3) постоји универзални интерес за сузбијање тих кривичних дела, па свака држава може у начелу гонити и кажњавати учиниоце таквих дела без обзира где су они извршени, од стране чијих држављана и на чију штету су таква дела извршена и 4) ако је извршилац деловао у неком службеном својству (као државни или војни званичник) не може се позивати на имунитет од грађанске или кривичне јурисдикције.

Према опште усвојеној дефиницији појма кривичног дела у националним кривичним законодавствима (која је комплексна објективно-субјективна и материјално-формална), међународно кривично дело се може одредити као противправно понашање кривично одговорног (виног) учиниоца којим се повређују или угрожавају добра заштићена међународним правом, мир међу народима и безбедност човечанства, које је прописима одређено као кривично дело и за чијег учиниоца је прописана кривична санкција¹².

Слична овој је и дефиниција¹³ која као међународно кривично дело сматра ону противправну и скривљену радњу која је, у циљу заштите одређеног

⁹ А. Трајнин, Учење о бићу кривичног дела, Београд, 1949. године, стр. 190

¹⁰ М.С. Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, New York, 2003. године, стр. 119-121

¹¹ А. Cassese, Међународно кривично право, оп.цит. стр.26-28

¹² В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.89-91

¹³ М.Шкулић, Појам међународног кривичног дела, Зборник радова, Примена међународног кривичног права од стране међународних и националних судова, Тара, 2006. године, стр.92

добра које се на нивоу међународне заједнице сматра универзалним, односно коме се од стране већег броја држава признаје неопходност кривичноправне заштите, законима тих држава у истоветном или веома сличном облику предвиђена као кривично дело. На овом месту истичемо и дефиницију која међународно кривично дело одређује као чињенично стање (људско понашање) уперено против међународног правног поретка, чија је кажњивост предвиђена непосредно нормама међународног права које на то понашање надовезује правне последице у виду санкција у циљу сигурности и поправљања¹⁴ или то је злочин чије се кажњавање темељи непосредно на међународном праву¹⁵.

Према члану 19. Нацрта Правила о одговорности држава који је припремила Комисија за међународно право ОУН из 1976. године међународно кривично дело је оно противправно дело које произилази из повреде од стране неке државе међународне обавезе која је толико битна за заштиту основних интереса међународне заједнице да је њена повреда призната међународним злочином од те заједнице у њеној целини и представља међународни злочин¹⁶. Из овако одређеног појма произилазе основни, општи елементи који чине опште биће међународног кривичног дела. То су следећи елементи¹⁷: 1) дело (понашање) човека које обухвата: људску радњу, проузроковану последицу и узрочно-последичну везу, 2) противправност, 3) одређеност дела у прописима и 4) кривицу (виност) учиниоца¹⁸.

2. 2. Деоба међународних кривичних дела

Постоји више врста међународних кривичних дела¹⁹. Уобичајена је подела на: 1) међународна кривична дела у ужем смислу (права или чиста) и 2) међународна кривична дела у ширем смислу (неправа или мешовита)²⁰. Иначе ова је подела међународних кривичних дела први пут усвојена на 14.

¹⁴ М.Марковић, Међународна кривична дела и развој међународног кривичног права, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 1/1972. године, стр. 1-6

¹⁵ G.Dahm, Zur Problematik des Volkerstrafrechts, Gottingen 1956. godine, str. 47-49

¹⁶ В.Ђ.Деган, Б.Павишић, Међународно казнено право, Загреб, 2005. године, стр. 182

¹⁷ М.Симовић, М.Благојевић, Међународно кривично право, Бања Лука, 2007. године, стр.63-65

¹⁸ Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2003. године, стр. 67-70

¹⁹ У правној литератури разликују се бројне деобе међународних кривичних дела. Тако С.М.Бассиони 28 међународних кривичних дела разврстава у четири групе. То су: 1) *ius ad bellum et ius in bello*, 2) злочини против људског бића, 3) злочини обележени терористичким актом и 4) злочини против друштвених и економских интереса (М.С.Бассиони, *Introduction au droit penal international*, Bruxelles, 2002. godine, str. 116-142). Други аутори као нпр. Н. Ascencio, Е.Decaux и А.Pellet разликују само две групе међународних кривичних дела. То су: 1) злочини против мира и безбедности човечанства и 2) друга кривична дела која су одређена међународним правом где се разликују: а) кривична дела заштите лица и народа, б) кривична дела заштите државе, међународне организације и њихових представника, ц) кривична дела која се односе на простор и околину и д) кривична дела у вези са међународним нивоом. (Н. Ascencio, Е.Decaux, А.Pellet, *Droit international penal*, Paris, 2000. godine, str. 241-611).

²⁰ З. Стојановић, Кривично право, Општи део, Београд, 2000. године, стр.33

Конгресу Међународног удружења за кривично право који је одржан 1989. године у Бечу²¹. Критеријум за ово разликовање јесте надлежност међународних кривичних судова (који поступају само у случају извршених међународних кривичних дела у ужем смислу), односно историја кривичног правосуђа.

Међународна кривична дела у ужем смислу чине прву врсту ових кривичних дела. Ту се ради се о међународним кривичним делима којима се крше ратни закони и обичаји рата²² (дакле норме међународног ратног и хуманитарног права). То су дела садржана у нирнбершкој и токијској пресуди. Она се још називају међународна кривична дела према општем међународном праву (или *crimina iuris gentium*)²³. Ту спадају следећа међународна кривична дела : а) злочин против мира, б) ратни злочин, ц) злочин геноцида и д) злочин против човечности.

Усвајањем Римског Статута Међународног кривичног суда и његовим ступањем на снагу 1. јула 2002. године инаугурисана су такође ова међународна кривична дела у виду: а) злочина геноцида, б) злочина против човечности, ц) ратних злочина и д) злочина агресије. У правној теорији има схватања да се ова кривична дела називају међународним злочинима *stricto sensu* иза којих стоје когентне норме међународног права нпр. хашке или женејевске конвенције²⁴.

Као основне карактеристике међународних кривичних дела у ужем смислу у правној теорији се наводе следеће²⁵ : 1) ови међународни злочини имају двоструку природу. Њихово извршење повлачи, с једне стране, кривичну одговорност појединаца као њихових извршилаца или саучесника, односно надређених лица (по основу командне одговорности) и међународноправну одговорност државе, с друге стране, 2) међународним злочинима се крше основна (темељна) људска права и они су стога забрањени као репресалије у случају вршења исто таквих злочина друге супротстављене стране, 3) међународни злочини у погледу кривичног гоњења и кажњавања не застаревају и 4) опште међународно право намеће обавезу државама да не крше основне норме које забрањују њихово вршење као обавезу *erga omnes*.

Другу врсту међународних кривичних дела представљају међународна кривична дела у ширем смислу (тзв. "неуобичајена" међународна кривична дела или *delicta iuris gentium*). То су дела којима се крше друга правила међународног права и која међународна заједница жели да инкриминише и

²¹ Поделу међународних кривичних дела ове врсте заступају и бројни аутори у правној теорији : Bassiouni, Cassese, Than, Shorts и др.

²² Y. Dinstein, M. Tabor, War Crimes in International Law, Dordrecht, 1996. године, стр. 145-167

²³ С.М. Bassiouni, A manual on international humanitarian law and arms control agreements, Ardsley, 2000. године, стр. 131-168

²⁴ Д. Радуловић, Међународно кривично право, Подгорица, 1999. године, стр. 103

²⁵ В. Ђ. Деган Б. Павишић, Међународно казнено право, оп.цит. стр. 186-187

санкционише у оквиру националног кривичног законодавства. Овде се, заправо, ради о делима која имају основу у међународним забранама, али је кажњавање и кривични прогон њихових учинилаца остављен на вољи националним кривичним законодавствима²⁶. Ова међународна кривична дела се разликују од међународних кривичних дела у ужем смислу : 1) по тежини проузрокованих последица, 2) по начину њихове инкриминације и кажњавања, 3) за њихово кажњавање нису надлежни међународни кривични судови, већ национални судови појединих држава које су их и прихватиле као кривична дела у свом националном законодавству, 4) њима се не повређују највише вредности међународне заједнице и 5) питање незастаривости ових дела се уопште не поставља.

Активност међународне заједнице овде није усмерена на обезбеђење репресивног супранационалног равништа, већ ка целовитој примени међународних инструмената, хармонизацију кривичних законодавстава и интензивну узајамну сарадњу држава²⁷. Ту спадају кривична дела у вези са опојним дрогама или нуклеарним материјама, безбедношћу ваздушног или поморског саобраћаја, у вези са проституцијом, порнографијом, трговином људима, трговином оружјем, заштитом животне средине и транснационална организована кривична дела и сл.

Према критеријуму извора, међународна кривична дела се могу поделити на²⁸ :

а) кривична дела према међународном обичајном праву. То су таква кривична дела која су претходно дефинисана у неком међународном уговору и потом захваљујући универзалним вредностима које штите прихваћена су као таква у пракси већине држава света. Отуда дефиниције ових кривичних дела и кривичне санкције за њихове учиниоце представљају *ius cogens* и делују *erga omnes*. То су кривична дела против хуманитарног права као што су: 1) геноцид, 2) злочин против човечности и 3) ратни злочини. То су, заправо, међународна кривична дела у ужем смислу и

б) кривична дела прописана вишестраним међународним уговорима. Овде спадају кривична дела која су прописана међународним уговорима и имају дејство само у међусобним односима држава уговорница, па и не спадају у надлежност међународних судова. То су дела која су прописана бројним међународним уговорима као што су : тероризам, прање новца, корупција, трговина људима, злоупотреба опојних дрога итд. То су, заправо, међународна кривична дела у ширем смислу.

²⁶ В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.51-54

²⁷ В. Камбовски, Примена супранационалних норми међународног казненог права, Зборник радова : Релевантна питања међународног кривичног права, Тара, 2003. године, стр. 18

²⁸ В. Димитријевић, О. Рачић, В. Ђерић, Т. Папић, В. Петровић, С. Обрадовић, Основи међународног јавног права, Београд, 2007. године, стр.238-239

Интересантна је класификација међународних кривичних дела²⁹ присутна у правној теорији у последње време. Према овом схватању разликују се следећа међународна кривична дела:

1. међународни злочини (злочини према општем међународном праву, међународна кривична дела *stricto sensu* или *crimina iuris gentium*). Као одлике међународних злочина сматрају се³⁰: а) њима се повређују највише вредности међународне заједнице (супстанцијални састојак), б) таква дела су предвиђена међународним правом као кривична дела (формални састојак), ц) међународно право према општеприхваћеним правилима намеће државама обавезу да учиниоце ових дела подвргну суђењу ли предаји ради суђења и д) противност ових дела међународном праву. У међународне злочине спадају: а) агресија, б) геноцид, ц) злочин против човечности и д) ратни злочини,

2. међународни деликти (*delicta iuris gentium*). То су бројна кривична дела која су поједине државе предвиделе у својим националним кривичним законодавствима извршавајући обавезе преузете потписивањем одговарајућих међународних уговора. Ту спадају: а) нелегално поседовање, употреба и располагање оружјем, б) крађа нуклеарног материјала, ц) агресивно деловање плаћеника, д) заштита хуманих интереса (апартхејд, ропство и сл.), е) заштита од терористичког насиља и ф) заштита социјалних и културних интереса и

3. међународни прекршаји где спадају: а) трговина порнографским материјалом, б) фалсификовање новца и в) корупција међународних службеника итд.

С обзиром да постоје две главне (основне) врсте извора међународног кривичног права (међународни и национални извори), то се према овом критеријуму разликују:

1) међународна кривична дела предвиђена међународним правним актима где спадају:

а) кривична дела предвиђена у Статуту Међународног војног суда. То су кривична дела садржана у Нирнбершкој и Токијској пресуди, као и Закону број 10. Контролног савета за Немачку: 1) злочин против мира (члан 6. став 2. тачка а.), 2) ратни злочин (члан 6. став 2. тачка б.) и 3) злочин против човечности (члан 6. став 2. тачка ц.);

б) кривична дела предвиђена у Статуту Хашког трибунала за бившу СФР Југославију: 1) тешке повреде Женевских конвенција из 1949.године (члан 2.), 2) кршење закона и обичаја ратовања (члан 3.), 3) геноцид (члан 4.) и 4) злочин против човечности (члан 5.);

ц) кривична дела предвиђена у Статуту Међународног кривичног трибунала за Руанду: 1) геноцид (члан 2.), 2) злочин против човечности (члан

²⁹ С.М.Бассиони, Introduction to International Criminal Law, op.cit. str. 144-154

³⁰ Б.Павишић, В.Грозданић, П.Веић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр.410

3.) и 3) тешко кршење члана 3. Женевских конвенција из 1949.године и Другог допунског протокола из 1977. године (члан 4.) и

д) кривична дела предвиђена у Статуту сталног Међународног кривичног суда (тзв. Римском Статуту)³¹: 1) агресија (члан 5.), 2) геноцид (члан 6.), 3) злочин против човечности (члан 7.) и 4) ратни злочини (члан 8.).

2) међународна кривична дела предвиђена у кривичном законодавству Републике Србије која су систематизована у глави тридесет четвртој Кривичног законика Републике Србије³².

У правној теорији се могу пронаћи различити критеријуми за деобу међународних кривичних дела. Тако се према критеријуму извора, међународна кривична дела могу поделити на³³ :

а) кривична дела према међународном обичајном праву. То су таква кривична дела која су претходно дефинисана у неком међународном уговору и потом захваљујући универзалним вредностима које штите прихваћена су као таква у пракси већине држава света. Отуда дефиниције ових кривичних дела и кривичне санкције за њихове учиниоце представљају *ius cogens* и делују *erga omnes*. То су кривична дела против хуманитарног права као што су : 1) геноцид, 2) злочин против човечности и 3) ратни злочини. То су, заправо, међународна кривична дела у ужем смислу и

б) кривична дела прописана вишестраним међународним уговорима. Овде спадају кривична дела која су прописана међународним уговорима и имају дејство само у међусобним односима држава уговорница, па и не спадају у надлежност међународних судова. То су дела која су прописана бројним међународним уговорима, као што су : тероризам, праће новца, корупција, трговина људима, злоупотреба опојних дрога итд. То су, заправо, међународна кривична дела у ширем смислу.

3. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРЕМА СТАТУТУ МЕЂУНАРОДНОГ ВОЈНОГ СУДА

Статут међународног војног суда усвојен на основу Лондонског споразума савезничких сила 8. августа 1945. године³⁴ у члану 6. одређује међународна кривична дела чији ће учиниоци као појединци или као чланови организације бити суђени од стране овог суда. То су³⁵: 1) злочини против

³¹ У.Есер, На путу ка Међународном казненом суду : настанак и темељне црте Римског статута, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, број 1/2003. године, стр. 133-163

³² Службени гласник Републике Србије број 85/2005. Више : Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007. године, стр.116-121

³³ В.Димитријевић, О.Рачић, В.Ђерић, Т.Папић, В.Петровић, С.Обрадовић, Основи међународног јавног права, оп.цит.стр.238-239

³⁴ Нирибершка пресуда, Београд, 1948. године, стр.13-19

³⁵ М.Мерле, Le proces de Nuremberg et le chatiment des criminels de guerre, Paris, 1949. године, стр. 56-71

мира, 2) ратни злочини и 3) злочини против човечности³⁶. Поред непосредних извршилаца ових међународних кривичних дела (злочина), кривично су одговорна и лица која се јављају у својству вође, организатора, подстрекача или другог саучесника, а која су учествовала у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења неког од напред наведених злочина. Овде се, заправо, ради о одговорности и кажњавању саучесника за извршена дела по принципу субјективне акцесорне кривичне одговорности³⁷.

Учиниоцу ових кривичних дела у смислу одредбе чл. 27. и 28. Статута, могу се изрећи следеће врсте казни : 1) смртна казна, 2) друга врста казне (затвора) коју суд нађе за праведну и 3) конфискација (одузимање сваке украдене) имовине.

3.1. Злочин против мира

Злочин против мира (члан 6. став 2. тачка а.) представља међународно кривично дело које се састоји у планирању, припремању, започињању или вођењу агресорског рата³⁸ или рата којим се крше међународни уговори, споразуми или гаранције, као и у учествовању у неком заједничком плану или завери за извршење неког од ових дела³⁹. Овде се ради о кривичном делу које је управљено против међународног мира, а којим се изазива, планира, започиње или води нападачки или агресивни рат (који је иначе забрањен одредбама међународног ратног права - Бријан-Келоговим пактом или Париским пактом из 1928. године)⁴⁰. Према овој одредби самостално кривично дело представљају и припремне радње, као и само започињање (покушај) овог дела.

3.2. Ратни злочини

Ратни злочини⁴¹ се могу одредити као нарочито тешке повреде правила или обичаја рата које су као такво дело одређене одговарајућим међународним правним актом. Тако према Статуту Међународног војног суда (члан 6. став 2. тачка б.), а потом и према схватањима садржаним у Нирнбершкој пресуди ратни злочини представљају повреде ратних закона и

³⁶ Љ.Прљета, Злочин против човечности и међународног права, Београд, 1992. године, стр.35-46

³⁷ W.M.A. Dijk, J.I. Hovens, Arresting war criminals, Hague, 2001. године, стр. 56-78

³⁸ С.Фабијанић Гагро, Промјена квалификације оружаног сукоба, Зборник Правног факултета у Риједи, Ријека, број 2/2008. године, стр. 1067-1092

³⁹ М.Сукијасовић, Међународна кривична одговорност за агресију, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 3/1957. године, стр.380-392

⁴⁰ М.Радојковић, Рат и међународно право, Београд, 1947. године, стр.41-49

⁴¹ В.Василијевић, Враћање једном раскршћу међународног кривичног права, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 3/1977. године, стр. 267-295

обичаја рата које обухватају (али се и не ограничавају само на њих)⁴²: 1) убиство, злостављање или одвођење на принудни рад или на који други циљ цивилног становништва окупираних територија или у окупираним територијама, 2) убиство или злостављање ратних заробљеника или лица на мору, 3) убијање талаца, 4) пљачкање јавне или приватне имовине и 5) намерно разарање градова, вароши или села или пустошење неоправдано војним потребама⁴³.

Овде се ради о делима којима се крше одредбе Женевских и Хашких конвенција⁴⁴, а која су управљена према цивилном, неборачком становништву окупираних територија (ратни злочин против цивилног становништва) или према ратним заробљеницима (ратни злочин против ратних заробљеника). Интересантно је да ову кривичноправну заштиту не уживају (изричито наведени) рањеници, болесници, санитетско или верско особље.

3.3. Злочин против човечности

Злочин против човечности⁴⁵ (члан 6. став 2. тачка ц.) је по први пут дефинисан управо Статутом Међународног војног суда. Ту спадају следећи акти : 1) убиства, 2) истребљење, 3) поробљавање, 4) депортација и 5) остала нечовечна дела. За постојање злочина против човечности битно је испуњење још два елемента. То су: а) да је радња извршена против било ког цивилног становништва и б) да се радња предузима у одређено време - пре или за време трајања рата. При томе се као злочин против човечности сматра и свако прогањање на политичкој, расној или верској основи у извршењу или у вези било којег злочина у надлежности овог суда без обзира да ли се тиме врше или не врше повреде закона оне земље у којој су злочини извршени⁴⁶.

Овим се кривичним делом практично целим људским групама (припадницима политичке, расне или верске групе) онемогућава или отежава живљење, и то како за време рата, тако и пре рата. Ово је било једино међуна-

⁴² R.H.Jackson, The case the nazi war criminals, New York, 1946. godine, str. 18-32

⁴³ И.Јосиповић, Ратни злочини – приручник за праћење суђења, Осиек, 2007. године, стр.34-59

⁴⁴ A.Neave, Nuremberg : особно свједочанство о суђењу главним нацистичким ратним злочинцима 1945-1946., Загреб, 1980. године, стр.54-89

⁴⁵ Почетак инкриминације злочина против човечности датира из времена Првог светског рата као реакција савезничких сила на злочине које су извршиле турске власти у току 1915. године над Јерменима. Велика Британија и царска Русија су у заједничкој ноти оптужиле Порту за "злочине против човечности и цивилизације". На Версајској мировној конференцији је 1919. године најављено установљење међународног кривичног суда који би, између осталог, био надлежан и за "кршење закона човечности". Тај предлог је спречен од стране САД са образложењем да још увек нема утврђених и универзалних стандарда човечности.

⁴⁶ М.Марковић, Нирнбершко суђење – примена нових начела у међународном кривичном праву, Зборник Института за криминологију и социологију истраживања, Београд, број 2/1973. године, стр. 176-180

родно кривично дело из надлежности Међународног војног суда које се могло извршити независно од рата или оружаног сукоба⁴⁷.

4. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРЕМА ЗАКОНУ БРОЈ 10. КОНТРОЛНОГ САВЕТА ЗА НЕМАЧКУ

Иста међународна кривична дела познаје и Закон број 10. Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности у члану 2. с тим што поред наведене три врсте злочина познаје и посебно дело које се састоји у самом чланству у злочиначкој групи или организацији које су од стране Међународног војног суда проглашене злочиначким⁴⁸.

У ставу 2. овог члана Закон је изричито одредио да се за ове злочине могу казнити следећа лица : 1) свако лице без обзира на држављанство или својство у коме је делало ако је било главни учинилац или саучесник, 2) лице које је наредило или подстицало или се сагласило са извршењем неког од ових кривичних дела, 3) лице које је било повезано са плановима или радњама које су довеле до извршења неког дела, 4) лице које је било члан организације или групе за вршење ових кривичних дела, 5) лице које је имало високи политички, грађански или војни положај у Немачкој или у некој земљи која је била њен савезник или заједно са њом ратовала или је била њен сателит и 6) лице које је имало висок положај у финансијском, индустријском или привредном животу било које од тих земаља.

Учиниоцу неког од ових кривичних дела се према одредби става 3. овог члана могу изрећи следеће казне: 1) смртна казна, 2) доживотни затвор или затвор на одређени број година са принудним радом или без принудног рада, 3) новчана казна и затвор са или без принудног рада у случају неплаћања новчане казне, 4) конфискација имовине, 5) повраћај неправилно стечене имовине и 6) одузимање појединих или свих грађанских права.

5. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРЕМА СТАТУТУ ХАШКОГ ТРИБУНАЛА

Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 827 од 25.маја 1993.године усвојен је Статут Међународног трибунала за гоњење лица одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права извршене на територији бивше СФР Југославије почев од 1991. године⁴⁹. Овај Статут (познат као Статут "Хашког трибунала")⁵⁰ познаје

⁴⁷ M.Colin, Le crime contre l' humanite, Eres, 1996. godine, str. 56-81

⁴⁸ Љ.Прљета, Злочин против човечности и међународног права, оп.цит. стр. 47-53

⁴⁹ J.E. Ackerman, E.O. Sullivan, Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the

четири врсте међународних кривичних дела⁵¹. То су: 1) тешке повреде Женевских конвенција од 1949.године, 2) кршење закона и обичаја ратовања, 3) геноцид и 4) злочини против човечности⁵².

Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може према члану 24. изрећи само једна врста казне и то казна затвора у трајању према општој пракси судова у Југославији при чему је судско веће обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу међународног кривичног дела могу изрећи и следеће санкције: 1) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и 2) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу.

5.1. Тешке повреде Женевских конвенција

У члану 2. Статут Хашког трибунала предвиђа кривично дело под називом : "Тешке повреде Женевских конвенција од 1949.године"⁵³. Ово међународно кривично дело чини лице које изврши или нареди вршење⁵⁴ тешких повреда Женевских конвенција од 12.августа 1949.године против лица или имовине које се састоји у⁵⁵ : 1) намерном убијању, 2) мучењу и нехуманом поступању укључујући и биолошке експерименте, 3) намерном проузроковању патњи и тешких телесних повреда и нарушавању здравља, 4) масовном разарању и присвајању имовине које није оправдано војном потребом, а које је извршено незаконито и безобзирно, 5) присиљавању ратних заробљеника или цивила да служе у оружаним снагама непријатељске силе, 6) намерном лишавању ратних заробљеника и цивила права на поштено и регуларно суђење, 7) незаконитој депортацији, трансферу или незаконитом затварању цивила и 8) узимању цивила као талаца⁵⁶.

Да би се могло радити о овом међународном кривичном делу⁵⁷, потребно је да је радња извршења предузета у односу на заштићено добро под следећим условима⁵⁸ : 1) да постоји оружани сукоб⁵⁹ - ситуација када се

Former Yugoslavia with selected Materials from International Criminal Tribunal for Rwanda, op.cit. str. 78-92

⁵⁰ С.М. Bassiouni, A manual on interational humanitarian law and arms control agreements, op.cit. str. 87-98

⁵¹ И.Јосиповић, Правни и политички аспекти настанка Међународног казног суда за бившу Југославију, Зборник радова, Хрватска и Уједњени народи, Загреб, 1996. године, стр.183-196

⁵² Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, оп.цит. стр. 14 и даље

⁵³ Dž. Džouns, S.Pauls, Međunarodna krivična praksa, Сарајево, 2005. године, str. 131-147

⁵⁴ И.Звонарек, Кршење међународног ратног и хуманитарног права од стране агресора тијekom домовинског рата, Правни вјесник, Осигјек, број 3-4/1997. године, стр. 151-169

⁵⁵ И.Јосиповић, Хашко имплементацијско казно право, Загреб, 2000. године, стр. 263-298

⁵⁶ И.Јосиповић, Ратни злочини – приручник за праћење суђења, оп.цит. стр.28-38

⁵⁷ J.V.Keenen, Crimes against international law, Washington, 1950. godine, str. 89-103

⁵⁸ Види : Г.Шимић, Утјецј Хашког трибунала на казно законодавство Босне и Херцеговине,

прибегло оружаном сили између држава или када постоји продужено оружаном насиље између власти и организованих наоружаних група или пак између таквих група унутар једне државе, 2) да постоји веза између кривичног дела и оружаног сукоба – довољно је да су кривична дела била тесно повезана са непријатељствима која су се догађала на деловима територија које су биле под контролом страна у сукобу, 3) оружани сукоб мора бити међународног карактера⁶⁰. Такав сукоб постоји у случају сукоба две или више држава или када једна држава интервенише својим трупама или на други начин делује за рачун једне од страна у сукобу (када држава има општу контролу над трупама у сукобу које делују у другој држави) и 4) жртве злочина морају припадати групи заштићених лица у складу са одредбама Женевских конвенција из 1949. године⁶¹.

5. 2. Кршење закона и обичаја ратовања

"Кршење закона и обичаја ратовања" је међународно кривично дело предвиђено у члану 3. Статута Хашког трибунала⁶². Дело чини лице које предузме неку од следећих алтернативно наведених радњи извршења (при чему се дело не ограничава само на ове радње)⁶³: 1) употреби бојне отрове или друго оружје намењено да наноси сувишне и непотребне патње, 2) безобзирно разара места, градове или села или их пустоши ако то није оправдано војном потребом, 3) нападне, бомбардује било којим средством небрањене градове, села, насеља или зграде, 4) осваја, разара или намерно оштећује институције намењене религији, добротворним активностима или образовању, уметности или науци, историјским споменицима или уметничким или научним радовима и 5) пљачка јавну или приватну имовину.

Кроз ово међународно кривично дело⁶⁴ заправо су инкриминисана следећа противправна понашања⁶⁵: 1) кршење одредби Женевских конвенција

Сарајево, 2006. године (магистарски рад), стр. 67-95

⁵⁹ С.Фабијанић Гагро, Промјена квалификације оружаног сукоба, Зборник Правног факултета у Риједи, Ријека, број 2/2008. године, стр. 1067-1092

⁶⁰ Ф.Бачић, Кривичноправни аспекти рата у Републици Хрватској, Законитост, Загреб, број 5/1992. године, стр. 671-679

⁶¹ С.Фабијанић Гагро, Заштита особа у немеђународном оружаном сукобу, Правни вјесник, Осијек, број 2/2008. године, стр. 115-135

⁶² А.Петичушић, Systematic rape a weapon of war in Croatia and Bosna, Правник, Загреб, број 3-4/1997. године, стр. 183-193

⁶³ В.Грозданић, А.Куртовић, Особна одговорност и кривња према Статуту Међународног казненог суда за тешка кршења међународног хуманитарног права на подручју бивше Југославије, Зборник Правног факултета у Риједи, Ријека, број 2/2001. године, стр.791-805

⁶⁴ R.Gutman, D.Rieff, Crimes of war : what the public should know, New York, London, 1999. године, стр. 78-95

⁶⁵ V. Maugham, UN and war crimes, London, 1951. године, стр. 109-127

које нису квалификоване као "тешке повреде", 2) кршење члана 3. Женевских конвенција из 1949. године и других обичајних правила унутрашњих сукоба и 3) кршење споразума којима се обавезују стране у сукобу нпр. споразума који још нису прерасли у обичајно међународно право.

5. 3. Геноцид

Најтеже кривично дело данашњице "злочин над злочинима" – геноцид⁶⁶ је предвиђено у члану 4. Статута Хашког трибунала. Ово дело се састоји у намерном⁶⁷ уништењу⁶⁸ у целини или делимично националне, етничке, расне или религиозне групе⁶⁹. Пракса Хашког трибунала⁷⁰ није прихватила екстензивно тумачење појма геноцида које би укључивало намеру уништења националног, језичког, верског, културног или неког другог идентитета групе, а без њеног физичког уништења⁷¹.

Битно је за постојање овог међународног кривичног дела да је у напред наведеној намери⁷² предузета једна од следећих више алтернативно

⁶⁶ Б.Лукшић, *Genocide and command responsibility*, Зборник Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 4/2001. године, стр. 283-291; М.Prince, М.А.Prince, *UN genocido impuni : L' Armenocide, Beirut, 1967. godine, str. 78-92*; Н.Цигар, С.Мештровић, *Genocide in Bosnia : the politice of ethnic cleaning, Texas, 1995. godine, str. 43-76*; F.Chalk, K.Jonassohn, *The history and sociology of genocide : analyses and case studies, New Haven, London, 1990. godine, str. 57-82*

⁶⁷ Геноцидна намера је најзначајнија карактеристика кривичног дела геноцида. Она се мора односити на уништење значајног дела групе. Тај значајан део је довољно "значајан" да утиче на групу у целини. Овај квантитативни критеријум је допуњен и могућношћу које су извршиоци овог кривичног дела стајале на располагању, па се тако ова намера доказује и када је она испољена само у односу на групу у оквиру ограниченог географског подручја. И коначно, геноцидна намера узима у обзир и квалитативне одлике нападнутог дела групе дозвољавајући могућност да се као суштински део укупне групе квалификује онај део који представља њен симбол или је битан за њен опстанак (пресуда у случају Примена Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида у предмету Босна и Херцеговина против Србије и Црне Горе од 26. фебруара 2007. године).

⁶⁸ Уништење групе значи физичку деструкцију, а не деструкцију њеног културног бића.

⁶⁹ В.Ђ.Деган, *Злочин геноцида пред међународним кривичним судиштима*, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, број 1-2/2008. године, стр. 77-95

⁷⁰ С.Фабијанић Гагро, М.Шкорић, *Злочин геноцида у пракси међународних ad hoc трибунала*, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, број 6/2008. године, стр. 1387-1419

⁷¹ Б.Иванишевић, Г.Илић, Т.Вишњић, В.Јањић, *Водич кроз Хашки трибунал*, Београд, 2007. године, стр. 65

⁷² Постојање геноцидне намере у досадашњој пракси Хашког трибунала је утврђивано путем следећих критеријума: а) општи контекст који обухвата следеће елементе : 1) ширина и распрострањеност извршених дела, 2) шира политичка доктрина из које су дела произилазила, 3) обим остварених или покушаних дела, 4) методичност у планирању убијања, 5) систематичност убијања и уклањања лешева, 6) дискриминаторски карактер дела и 7) дискриминаторска намера оптуженог, б) извршење других кривичних дела систематски усмерених против исте групе, ц) број почињених злочина, д) систематско усмеравање на цивиле због њихове

предвиђених радњи⁷³: 1) убијање чланова одређене групе, 2) проузроковање физичких или менталних повреда члановима групе, 3) намерно смештање чланова групе у такве услове живота смишљене да доведу до њеног физичког, делимичног или потпуног уништења⁷⁴, 4) спровођење мера са намером да се спречи рађање унутар групе и 5) намерно премештање деце једне групе у другу групу.

Поред непосредног предузимања наведених радњи (непосредни извршилац), као радње извршења геноцида сматрају се и следеће⁷⁵: 1) учешће у завери ради вршења геноцида, 2) директно и јавно подстицање на вршење геноцида (подстрекавање), 3) покушај вршења геноцида као и 4) саучесништво у било ком облику у вршењу геноцида⁷⁶.

5. 4. Злочин против човечности

"Злочин против човечности" представља кривично дело предвиђено у члану 5. Статута Хашког трибунала⁷⁷. Код описа бића овог међународног кривичног дела изричито је наведено да се његова радња може предузети само за време оружаног сукоба (међународног или унутрашњег карактера) према цивилном становништву ако се састоји у: 1) убиству, 2) истребљењу, 3) заробљавању, 4) депортацији, 5) затварању, 6) мучењу, 7) силовању, 8) прогону на политичкој, расној и религијској основи и 9) предузимању друге нечовечне радње.

Да би се могло радити о злочину против човечности Статутом наведене делатности морају бити извршене под следећим условима⁷⁸: 1) мора постојати напад – напад постоји и када није употребљена оружана сила, али ако се он јавља у облику злостављања цивилног становништва или у поступцима којима се припремају овакве радње, 2) дела оптуженог морају бити део тог напада, 3) напад мора бити усмерен против цивилног

припадности одређеној групи и е) понављање деструктивних и дискриминаторских дела.

⁷³ Dž. Džouns, S.Pauls, Међународна кривична пракса, оп.цит.стр.143-147

⁷⁴ У пракси Хашког трибунала овај облик геноцида је извршаван следећим делатностима : а) држањем затвореника у загушљивим и пренатрпаним просторијама, б) спавање затвореника на поду и без ћебади, ц) ускраћивање затвореницима хране и воде, д) давање затвореницима нечисте воде која би проузроковала њихово оболевање, е) ускраћивање лекова затвореницима, ф) неуказивање лекарске помоћи затвореницима и г) излагање затвореника напорном раду.

⁷⁵ В.Шакић, С.Седлар, А.Тојчић, Ратни злочини и злочин геноцида у агресији Србије на Републику Хрватску 1991. године, Друштвена истраживања, Загреб, број 2-3/1993. године, стр. 407-454

⁷⁶ В.Ђ.Деган, Злочин геноцида пред међународним судиштима, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, број 1-2/2008. године, стр. 77-95

⁷⁷ М.Colin, Le crime contre l'humanite, op.cit. str. 56-81

⁷⁸ Б.Иванишевић, Г. Илић, Т.Вишњић, В.Јањић, Водич кроз Хашки трибунал, оп.цитр. стр. 83-108

становништва било које категорије, 4) напад мора бити распрострањен или систематски. Напад је распрострањен када је по својој природи опсежан или када је управљен против великог броја лица. Напад је систематски када се односи на организовану природу аката насиља при чему постоји мала вероватноћа да се то случајно догодило и 5) извршилац дела мора да зна (да је свестан) да његова дела улазе у оквир распрострањеног или систематског напада усмереног против цивилног становништва.

5.5. Међународна кривична дела према Статуту Трибунала за Руанду

Иста међународна кривична дела⁷⁹, као и Статут Хашког трибунала, са идентичним обележјима и карактеристикама познаје и Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду⁸⁰.

Резолуцијом Савета безбедности Организације уједињених нација број 955 од 8. новембра 1994. године усвојен је Статут Међународног кривичног трибунала за Руанду⁸¹. Овај трибунал је надлежан за кажњавање лица која су одговорна за геноцид и друга тешка кршења међународног хуманитарног права која су извршена на подручју Руанде, као и њених грађана која су извршила таква дела на подручју суседних држава у току 1994. године. С обзиром да се према правној квалификацији Савета безбедности ОУН овде није радило о међународном оружаном сукобу, то овај Трибунал и није надлежан за кривично дело које се састоји у "тешком кршењу Женевских конвенција из 1949. године", као ни за "кршење закона и обичаја рата". Наиме, овај Статут (познат и као Статут трибунала за Руанду) познаје три врсте међународних кривичних дела. То су: 1) геноцид (члан 2.), 2) злочин против човечности (члан 3.) и 3) злочин који се састоји у тешком кршењу члана 3. Женевских конвенција и Другог допунског протокола из 1977. године (члан 4.)⁸².

Учиниоцу ових кривичних дела од стране Трибунала се може изрећи само једна врста кривичне санкције, и то казна затвора која се може јавити у два облика и то као: 1) казна доживотног затвора и 2) казна затвора у време-

⁷⁹ J.E. Alvarez, Crimes of States /Crimes of Hate, Lessons from Rwanda, The Yale Journal of International Law, broj 24/1999. godine, str. 365-392

⁸⁰ J.E. Ackerman, E.O.Sullivan, Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia with selected Materials from International Criminal Tribunal for Rwanda, op.cit.str. 89-112

⁸¹ В.Ђ.Деган, Злочин геноцида пред међународним судиштима, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, број 1-2/2008. године, стр. 77-95

⁸² D.L.Jonson, The International Tribunal for Rwanda, International Review of Penal Law, broj 1-2/1996. godine, str. 211-233

нски одређеном трајању. При одмеравању казне учиниоцу међународног кривичног дела судско веће Трибунала за Руанду је обавезно да узме у обзир тежину извршеног кривичног дела (објективне околности) и лична својства оптуженог (субјективне околности). Уз казну се учиниоцу дела могу изрећи и две мере и то: 1) повраћај имовине њиховим правим власницима (реституција) и 2) одузимање добити која је прибављена криминалном делатношћу.

6. МЕЂУНАРОДНА КРИВИЧНА ДЕЛА ПРЕМА РИМСКОМ СТАТУТУ

Римски Статут сталног Међународног кривичног суда⁸³ усвојен на Дипломатској конференцији ОУН у Риму 17. јула 1998. године прописује да ће се пред овим судом водити кривични поступак, утврђивати кривична одговорност и изрицати кривична санкција лицима која су учинила најозбиљније злочине признате од стране међународне заједнице као целине. У члану 5. овог Статута проглашена је надлежност суда за следећа међународна кривична дела⁸⁴: 1) злочин геноцида, 2) злочин против човечности, 3) ратне злочине и 4) злочин агресије.

Према члану 77. учиниоцу неког од ових међународних кривичних дела суд може изрећи следеће казне: 1) затвор у одређеном трајању који не може да пређе максимум од 30 година, 2) доживотни затвор када је та казна оправдана екстремном тежином злочина и индивидуалним околностима везаним за учиниоца дела, 3) новчану казну према критеријуму који је одређен у Правилима доказивања и процедуре и 4) конфискацију прихода, власништва и добара који су директно или индиректно прибављени извршеним злочином.

Поред тога, Римски статут у члану 70. предвиђа и надлежност Међународног кривичног суда и за кривична дела против правосуђа која се називају: " Повреде правилности и законитости поступка". То су следећа кривична дела: 1) лажно сведочење, 2) подношење фалсификованих доказа, 3) корупција сведока, 4) опструкција или мешање у сведочење сведока, 5) спровођење освете према сведоку ради његовог сведочења, 6) уништавање доказа или мешање у сакупљање доказа, 7) ометање, застрашивање или корупција званичника суда са циљем присиљавања или убеђивања да не учествују у суђењу или да неправилно обављају своју дужност, 8) спровођење освете према званичнику суда због обављања његове дужности или дужности које је обављао неки други званичник и 9) нуђење или примање мита у својству званичника суда, везано за његове званичне дужности. За ова кривична дела "опструкције правде или корупције у правосуђу" пред Међунаро-

⁸³ М.Сјекавица, Стални међународни казнени суд, Правник, Загреб, број 1/2002. године, стр. 73-87

⁸⁴ М.Старчевић, Извори међународног хуманитарног права, Београд, 2002. године, стр.590-608

дним кривичним судом, прописане су две врсте казни и то: 1) казна затвора до пет година и 2) новчана казна.

Такође Римски статут⁸⁵ у члану 71. предвиђа одговорност и санкције за дело : " Неодолжно понашање". Одговорност за ово кривично дело постоји за лица која су присутна претресу пред судом у било којој фази кривичног поступка која⁸⁶ : 1) искажу непоштовање суда, 2) ометају поступак и 3) намерно непоштују судске наредбе. За ово кривично дело Статут је прописао следеће врсте санкција, административне мере (осим притвора) као што су : а) стална или привремена забрана уласка у судницу, б) новчана казна и ц) сличне мере које су одређене у Правилима процедуре и доказивања

6. 1. Геноцид

Злочин геноцида⁸⁷ је предвиђен у одредби члана 6. овог Статута. Ово кривично дело⁸⁸ се чини у намери да се уништи у целини или делимично национална, етничка или верска заједница⁸⁹ на један од следећих начина⁹⁰: 1) убијањем чланова групе⁹¹, 2) проузроковањем тешких физичких или менталних патњи чланова групе, 3) намерном подвргавању групе животним условима који треба да доведу до њеног потпуног или делимичног уништења, 4) предузимањем мера уперених ка спречавању рађања у оквиру групе и 5)

⁸⁵ Више : И.Јосповић, Д.Крапац, П.Новоселец, Стални међународни казнени суд, Загреб, 2001. године

⁸⁶ М.Старчевић, Извори међународног хуманитарног права, оп.цит. стр. 628-629

⁸⁷ У делу правне теорије се сматра да геноцид не представља самостално кривично дело, већ да је то само врста злочина против човечности. (П.Новоселец, Опћи дио казног права, Загреб, 2004. године, стр. 498-499)

⁸⁸ Геноцид се одређује као "злочин над злочинима". Забрана вршења или пропагирања овог кривичног дела представља *ius cogens*, тако да противправност геноцидних активности, па и сам криминални карактер ових радњи је општеприхваћен и неспоран у међународној заједници. (Н. Satzger, Internationales und Europaisches Strafrecht, Baden Baden, 2005. године, стр. 193-199).

⁸⁹ Овом инкриминацијом су заштићене само стабилне групе, које карактерише сталност и чијим се чланом постаје на основу рођења, док су искључене несталне скупине чијим се чланом постаје на основу индивидуалне одлуке. На том становишту стоји и Међународни кривични трибунал за Руанду у случају Акајесе.

⁹⁰ Б.Лукшић, Genocide and command responsibility, Зборник Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 4/2001. године, стр. 283-291; М.Prince, M.A.Prince, UN genocido impuni : L'Armenocide, op.cit. str. 78-92; Н.Цигар, С.Мештровић, Genocide in Bosnia : the politice of ethnic cleaning, op.cit. str. 43-76; F.Chalk, K.Jonassohn, The history and sociology of genocide : analyses and case studies, op.cit. str. 57-82

⁹¹ За постојање геноцида није потребан и већи број жртава. Наиме, сматра се да је довољно да учинилац убије једно или више лица. Исто тако геноцид може учинити и изоловани појединац ако поступа са геноцидном намером и ако се његово понашање поклапа са другим сличним понашањима, а такве је природе да може довести до уништења целе скупине. (П. Новоселец, Опћи дио казног права, оп.цит. стр. 499).

принудном премештању деце из једне у другу групу. Дакле, овде се ради о преузимању одредби Конвенције ОУН о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године у погледу одређивања бића овог најтежег међународног кривичног дела упереног против "човечанства".

6. 2. Злочин против човечности

У члану 7. Статута Међународног кривичног суда предвиђен је злочин против човечности. Римски Статут разликује ово кривично дело од дела геноцида иако у време када је оно било уведено у систем међународно правних инкриминација у делу теорије је било мишљења да су ова два појма садржински идентична. Злочин против човечности представља делатности извршене као део распрострањеног или систематичног напада⁹² упереног против било ког цивилног становништва⁹³.

У смислу овог кривичног дела напад подразумева следеће радње извршења : 1) убиство, 2) уништавање, 3) поробљавање – вршење овлашћења која претпостављају власништво над неким лицем, 4) депортацију или намерно премештање становништва (протеривање)- насилно премештање становништва са подручја на коме законито борави, 5) затварање или друга строга лишавања слободе нарушавањем основних правила међународног права, 6) тортуру (мучење) – наносење физичких и психичких бола, патњи, нелагодности лицу коме је одузета слобода, 7) силовања, сексуално ропство, насилне трудноће, изазивање стерилитета или било који други облик сексуалног угрожавања, 8) прогон било које групе или колектива по политичкој, верској, расној, националној, етничкој, културној или полној основи или друга поступања која су опште недопуштена по међународном праву – овде се ради о одузимање међународно признатих права некој скупини, 9) изазивање нестанка лица (присилно нестајање лица) – свако одузимање слободе кретања које спроводи држава или нека друга организација, 10) злочин апартхејда – нечовечна поступања која су извршена у оквиру институционализованог режима и 11) остали нехумани поступци којима се намерно проузрокују тешке патње или озбиљно угрожавање физичког или менталног здравља.

⁹² Сматра се да се овакав напад састоји у нападу у оквиру државне политике или остварења циљева неке друге организације. Тај напад не мора бити нужно и војне природе. Ово дело може бити извршено и за време рата и за време мира. Отуда следи да изоловани појединачни напади не долазе под удар ове инкриминације. (П.Новоселец, Опћи дио казненог права, оп.цит. стр. 499-500).

⁹³ Код овог злочина жртва није појединац, него целокупно човечанство.

6. 3. Ратни злочини

Ратни злочини⁹⁴ су дефинисани у одредби члана 8. Римског статута⁹⁵. Овде се ради о сложеној диспозицији кривичноправне норме, па се разликује више облика овог тешког кривичног дела ("тешка кршења закона и обичаја рата"). Дело се састоји из различитих делатности које су извршене као део плана или политике или ако је тај злочин извршен у великом (масовном) броју случајева. Ови злочини могу да буду извршени и у међународном и у немеђународном оружаном сукобу.

Први облик ратних злочина се састоји у озбиљном кршењу Женевских конвенција од 12.августа 1949.године, а нарочито у⁹⁶ : 1) намерном убијању, 2) мучењу или нехуманом поступању укључујући и биолошке експерименте, 3) намерном наношењу великих патњи, озбиљних телесних повреда или нарушавању здравља, 4) великом разарању или отуђењу имовине без оправдане војне потребе која су извршена незаконито и безобзирно, 5) присиљавању ратних заробљеника или других заштићених лица да служе у непријатељским снагама, 6) намерном лишавању ратних заробљеника и других заштићених лица права на поштено и правично суђење, 7) незаконитом прогонству, трансферу или незаконитом затварању лица и 8) узимању талаца.

Други облик ратних злочина се састоји у озбиљном нарушавању закона и обичаја који се примењују у међународном оружаном сукобу, унутар утврђеног оквира међународног права, а нарочито⁹⁷ : 1) намерно усмеравање напада против цивилног становништва или против појединих цивилних лица која нису директно умешана у сукоб, 2) намерно усмеравање напада на цивилне објекте тј. објекте који нису војни циљеви, 3) намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила укључена у хуманитарну помоћ или мировну мисију у складу са Повељом ОУН све док имају право на заштиту или пружају помоћ цивилима или цивилним објектима по међународним законима који важе за стране у сукобу, 4) намерно започињање напада знајући да ће такав напад проузроковати пропратна страдања или наношење повреда цивилима или наношење штете цивилним објектима или да ће проузроковати велика, дуготрајна и озбиљна оштећења животне средине који би били очигледно прекомерни у односу на конкретно очекивану војну корист, 5) напад или бомбардовање било којим

⁹⁴ R.Gutman, D.Rieff, Crimes of war : what the public should know, op.cit. str. 78-95

⁹⁵ A.Cassese, P.Gaeta, J.R.W.Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court, A Commentary, op.cit. str. 875-903

⁹⁶ Д.Атанацковић, Кривично право, Посебни део, Београд, 1981. године, стр.60

⁹⁷ М.Милојевић, Неки правни проблеми међународног кривичног судства, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1-2/1994. године, стр. 156-161

средствима градова, села, боравишта или грађевина које нису брањени или нису војни објекти, б) убијање или рањавање војника који је положио своје оружје са циљем да се преда или више нема намеру да се брани, 7) злоупотреба заставе којом се даје знак за примирје, заставе или војног обележја и униформе који припадају непријатељу или Уједињеним нацијама, као и злоупотреба карактеристичних знакова дефинисаних Женевским конвенцијама које изазивају смрт или озбиљне телесне повреде, 8) директан или индиректан трансфер (пресељење) од стране окупационе силе дела свог становништва на окупирану територију или депортација или трансфер свих делова становништва са окупиране територије у оквиру или изван те територије, 9) намерно усмеравање напада на верске, образовне, уметничке или научне грађевине које се користе у добротворне сврхе, историјске споменике, болнице и места где се окупљају болесни и рањени под условом да то нису војни циљеви, 10) подвргавање лица која имају моћ на супротној страни физичком сакаћењу или медицинским или научним експериментима ма које врсте који нису оправдани медицинским, стоматолошким или болничким лечењем тог лица, нити су изведени у његовом интересу, а које могу да изазову смрт или озбиљно угрожавање здравља тог лица, 11) убијање или рањавање издајника који припадају непријатељском народу или војсци, 12) објављивање да неће бити милости, 13) уништавање или конфискација непријатељске имовине осим уколико то строго не захтевају интереси рата, 14) укидање, суспендовање или забрана права и учешћа у поступку пред судом држављанима непријатељске стране, 15) принуђавање припадника непријатељске стране да учествује у ратним операцијама упереним против сопствене земље, чак и ако су били у војној служби пре почетка рата, 16) пљачкање града или било ког другог места у ситуацији када је заузет у нападу, 17) коришћење отрова и средстава који у себи садрже отрове, 18) коришћење загушљиваца, отровних или других гасова и сличних течности, материја или изума, 19) коришћење муниције која се лако шири или се спљошти у људском телу, као што су меци са чврстом чауром која не покрива у целини средину метка или је покрива, али има засеке, 20) коришћење оружја, пројектила, материјала или метода ратовања који су такве природе да могу изазвати сувишне повреде или непотребне патње или се њима крше међународни закони о оружаном сукобу под условом да су они забрањени, 21) извршавање дела који изазивају срамоту и угрожавају лично достојанство, конкретно понижававање и деградирање личности, 22) извршење дела силовања или сексуалног ропства, присиљавање на проституцију, насилну трудноћу, присилну стерилизацију или било који други облик сексуалног злостављања, 23) искоришћавање присуства цивила или других међународно заштићених лица да би се повратиле одређене тачке или позиције или области или да би се одређене војне снаге заштитиле од војних

операција, 24) намерне нападе на грађевине, медицинске јединице, транспорт и особље које користи очигледне знаке у складу са међународним правом, 25) намерно прибегавање изгладњавању цивила као метода ратовања лишавајући их ствари неопходних за њихов опстанак, укључујући и намерно спречавање дељења минималних залиха обезбеђених Женевским конвенцијама и 26) регрутовање или на други начин стављање у војну службу деце испод петнаест година у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борбама.

Трећи облик ратних злочина из члана 8. Римског статута се састоји о озбиљном кршењу члана 3. Женевских конвенција у случају оружаног сукоба који није међународног карактера, а које су делатности учињене према цивилном становништву које није активно учествовало у борбама, укључујући и припаднике војних формација који су положили оружје или лица која су ван борбе услед болести, рањавања, казне или другог разлога. Ово се дело може извршити вршењем следећих радњи : 1) насиљем према животу, посебно убиствима свих врста, сакаћењем, окрутним понашањем и тортуром, 2) поступањем на изразито срамотан начин према личном достојанству, а посебно на начин који понижава лица, 3) узимањем талаца и 4) доношењем пресуда и извршењем смртне казне без претходне објаве пресуде од стране регуларно контролисаног суда који би обезбедио све законске гаранције које су опште признате као неопходне.

Четврти облик ратних злочина из члана 8. Римског статута предвиђа кривично дело којим се врше озбиљне повреде закона и обичаја ратовања у оружаним сукобима унутар утврђених оквира међународног права, а нарочито ако се предузимају следећи акти : 1) намерно усмеравање напада на цивилно становништво или на цивилна лица која не учествују активно у непријатељствима, 2) намерно усмеравање напада на грађевине, материјале, медицинске јединице, транспорте и особље које користи очигледне ознаке регулисане Женевским конвенцијама у складу са међународним правом , 3) намерно усмеравање напада на особље, инсталације, материјале, јединице или возила хуманитарне помоћи или мировне мисије у складу са Повељом Уједињених нација све док имају право на заштиту и пружање помоћи цивилима и цивилним објектима по праву оружаних сукоба , 4) намерно усмеравање напада на верске, образовне, уметничке, научне грађевине, као и грађевине за добротворне сврхе, историјске споменике, болнице и места где су окупљени рањеници и болесници под условом да то нису војни објекти, 5) пљачкање насеља и места, чак и када су заузета приликом напада, 6) силовање, сексуално ропство, присиљавање на проституцију, насилну трудноћу, присилну стерилизацију или било који други облик сексуалног злостављања дефинисане као озбиљне повреде Женевских конвенција, 7) регрутовање или на други начин стављање у војну службу деце испод 15

године у националне оружане снаге или њихово коришћење за активно учествовање у борбама, 8) наређење за пресељавање цивилног становништва из разлога везаних за сукоб, осим ако то захтева сигурност цивила или неопходни војни разлози, 9) подмукло убијање или рањавање војника супротне стране, 10) објављивање да неће бити милости, 11) подвргавање лица која имају моћ на супротној страни, физичком сакаћењу или медицинским или научним експериментима ма које врсте који нису оправдани медицинским, стоматолошким или болничким лечењем тог лица, нити су изведени у његовом интересу, а које могу да изазову смрт или озбиљно угрожавање здравља тог лица и 12) уништавање или конфискација имовине супротне стране, осим ако то није учињено из разлога императивне војне потребе у сукобу.

6. 4. Злочин агресије

У међународном кривичном праву, злочин агресије је први пут дефинисан као злочин против мира у Лондонском споразуму којим је основан Међународни војни суд у Нирнбергу⁹⁸. У члану 6. Статута Међународног војног суда који је додат уз Лондонски споразум су одређени појам и елементи агресије. Потом је Комисија за међународно право ОУН 1996. године у Нацрту Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства у члану 16. одредила дело агресије. Оно постоји када "појединац као вођа или организатор активно суделује или нареди планирање, припремање, отпочињање или вођење агресивног рата који предуме нека држава".

Данас међународно кривично дело агресије (иначе наведено у члану 5. Римског статута) није ближе описано по садржини, карактеристикама и обележјима бића⁹⁹. Но, у погледу квалификације овог дела Статут Међународног кривичног суда упућује на одговарајућу примену Резолуције Гене-

⁹⁸ В.Ђ.Деган, Приговори о ненадлежности и недопустивости пред неким међународним судбеним тијелима, Зборник Правног факултета у Ријеци, Ријека, број 3/2003. године, стр. 169-195

⁹⁹ Посебна радна група за злочин агресије која је основана при Скупштини држава чланица Римског статута сваке године заседа на Универзитету Принстон у САД у покушају да одреди појам, елементе и карактеристике овог међународног кривичног дела. Највећи проблем у његовом дефинисању представља однос међународног тужиоца при Међународном кривичном суду и Савета безбедности у погледу оцене да ли је у конкретном случају извршена агресија једне државе на другу државу. Наиме, међународни тужилац не би требало да буде везан за одлуку ниједног политичког органа, па чак ни таквог органа као што је Савет безбедности, јер то може да буде противно интересима правде. С друге стране, највеће светске силе, као сталне чланице Савета безбедности не желе да се одрекну доношења тако важне одлуке од значаја за питања међународног мира и безбедности – да ли је извршена агресија и да такву одлуку препусте инокосном органу – међународном тужиоцу. (В. Димитријевић, О. Рачић, В. Ђерић, Т. Папић, В. Петровић, С.Обрадовић, Основи међународног јавног права, оп.цит. стр. 243).

ралне скупштине ОУН број 3314 из 1974. године. Наиме, у члану 3. ове Резолуције је прецизирано шта представља акт агресије без обзира да ли је рат објављен или не¹⁰⁰.

Према овој одредби дело агресије представљају следећи акти¹⁰¹ : 1) инвазија или напад оружаних снага једне државе на територију друге државе, као и свака војна окупација, макар и привремена која произађе из такве инвазије или напада или анексија територије или дела територије друге државе употребом силе, 2) бомбардовање територије неке државе од стране оружаних снага друге државе или употреба било ког оружја од стране једне државе против територије друге државе, 3) блокада лука или обала једне државе од стране оружаних снага друге државе, 4) напад оружаних снага једне државе на копнене, поморске или ваздухопловне снаге, поморску или ваздушну флоту друге државе, 5) употреба оружаних снага једне државе које се с пристанком државе пријема налазе на њеној територији противно условима предвиђеним у споразуму, односно остајање тих снага на територији државе пријема и после истека споразума, 6) радња једне државе која своју територију стави на располагање другој држави да би је ова искористила за извршење акта агресије против неке треће државе и 7) упућивање од стране, односно у име једне државе оружаних банди, група, нерегуларних војника или најамника који против друге државе врше акте оружане силе толико озбиљно да се они изједначују са напред наведеним актима, односно представљају значајно учешће једне државе у томе.

Но, интересантно је решење према коме је у Резолуцији изричито наведено да поред наведених аката који су одређени као дело агресије, Савет безбедности ОУН у складу са Повељом Организације уједињених нација може одлучити да се под овај појам подведу и неки други акти не остављајући критеријум за ово одређивање¹⁰². При томе је у члану 5. Резолуције изричито наведено да никакав разлог било које природе, политичке, економске, војне или друге врсте не може оправдати агресију. Агресивни рат је злочин против међународног мира и свака агресија повлачи међународну одговорност. По својој природи ово је кривично дело *delicta communia*, иако у пракси учинилац дела мора да има одређени политички, државни, службени или војни положај, својство или утицај да би уопште могао да предузме радњу извршења.

¹⁰⁰ К.А.Багињан, Агресија – тјагчајшее международное преступление к вопросу об определенных агрессии, Москва, 1955. године, стр.75-92

¹⁰¹ Љ.Лазаревић, Кривично право, Посебни део, Београд, 1995. године, стр.80-82

¹⁰² О.Triffterer, Acts of violence and international criminal law, Хрватски летопис за казнено право и праксум, Загреб, број 2/1997. године, стр. 811-881

7. ЗАКЉУЧАК

Први основни институт међународног кривичног права¹⁰³ јесте међународно кривично дело. То је и логично јер без извршења неког од међународних кривичних дела, уопште се и не поставља питање постојања и деловања органа међународног кривичног правосуђа. У одређивању појма, елемената и карактеристика међународног кривичног дела у теорији и судској пракси се разликује више схватања о чему је било речи у претходним излагањима. Међународно кривично дело (злочин) представља кршење међународних правила која повлаче индивидуалну кривичну одговорност појединца. Овај појам чине следећи елементи : 1) кршење међународних обичајних правила, 2) ова правила имају за сврху да штите вредности које цела међународна заједница сматра важним и која обавезује све државе и све појединце, 3) постоји универзални интерес за сузбијање тих кривичних дела, па свака држава може у начелу гонити и кажњавати учиниоце таквих дела без обзира где су они извршени, од стране чијих држављана и на чију штету су таква дела извршена и 4) ако је извршилац деловао у неком службеном својству (као државни или војни званичник) не може се позивати на имунитет од грађанске или кривичне јурисдикције.

Постоји више различитих деоба међународних кривичних дела. Уобичајена је подела на: 1) међународна кривична дела у ужем смислу (права или чиста) и 2) међународна кривична дела у ширем смислу (неправа или мешовита). Иначе ова је подела међународних кривичних дела први пут усвојена на 14. Конгресу Међународног удружења за кривично право који је одржан 1989. године у Бечу. Критеријум за ово разликовање јесте надлежност међународних кривичних судова (који поступају само у случају извршених међународних кривичних дела у ужем смислу), односно историја кривичног правосуђа.

Међународна кривична дела у ужем смислу чине прву врсту ових кривичних дела. Ту се ради се о међународним кривичним делима којима се крше ратни закони и обичаји рата (дакле норме међународног ратног и хуманитарног права). То су дела садржана у нирнбершкој и токијској пресуди. Она се још називају међународна кривична дела према општем међународном праву (или *crimina iuris gentium*). Ту спадају следећа међународна кривична дела : а) злочин против мира, б) ратни злочин, ц) злочин геноцида и д) злочин против човечности. Усвајањем Римског Статута Међународног кривичног суда и његовим ступањем на снагу 1. јула 2002. године инаугурирана су такође ова међународна кривична дела у виду : а) злочина геноцида, б) злочина против човечности, ц) ратних злочина и д) злочина агресије. У правној теорији има схватања да се ова кривична дела називају међунаро-

¹⁰³ У правној теорији се истиче да општи део међународног кривичног права чини скуп правила која предвиђају субјективне елементе бића кривичних дела, облике и врсте кривичне одговорности, услове који искључују кривичну одговорност и систем кривичних санкција. (А. Cassese, Међународно кривично право, Београд, 2005. године, стр. 21).

дним злочинима *stricto sensu* иза којих стоје когентне норме међународног права нпр. хашке или женеvске конвенције.

Као основне карактеристике међународних кривичних дела у ужем смислу у правној теорији се наводе следеће : 1) ови међународни злочини имају двоструку природу. Њихово извршење повлачи, с једне стране, кривичну одговорност појединаца као њихових извршилаца или саучесника, односно надређених лица (по основу командне одговорности) и међународно-правну одговорност државе, с друге стране, 2) међународним злочинима се крше основна (темељна) људска права и они су стога забрањени као репресалије у случају вршења исто таквих злочина друге супротстављене стране, 3) међународни злочини у погледу кривичног гоњења и кажњавања не застаревају и 4) опште међународно право намеће обавезу државама да не крше основне норме које забрањују њихово вршење као обавезу *erga omnes*.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.
Full Professor
Law Faculty, University of Niš

THE SYSTEM OF INTERNATIONAL CRIMINAL ACTS

Summary

Upon a long historical development, the International Criminal Law was finally inaugurated in the second part of the 20th century as a distinctive and most recent branch of penal law. By its legal nature and characteristics, International Criminal Law is a branch of law ranking between the national Criminal Law and Public International Law but still maintaining its distinctive features and independence. The basic and most important concept and institute in this branch of law is certainly the concept of an international criminal act. In the theory of law, there are several standpoints on the concept and contents of an international criminal act. Generally speaking, an international criminal act implies a socially dangerous and illicit activity which is defined as a criminal act punishable by the law and committed by a criminal offender who is subject to punishment as prescribed by the law. Such a definition entails the basic elements of an international criminal act: 1) an act committed by an adult person (the commission of an act, omission to act, and failure to exercise proper supervision), its effect and causality; 2) a social danger; 3) an unlawful or illegal act; 4) an act defined and prescribed by the law; 5) culpability of the perpetrator.

International criminal acts may be perceived in a narrow or in a broader sense and, thus, classified into two large categories: international criminal acts *stricto sensu* or *crimina iuris gentium*, and international criminal acts *delicta iuris gentium*. The most significant international criminal acts are certainly those acts of specific character which are aimed at violating or jeopardizing the universal civilization values, such as the rules of international law and humanity (which are actually the object of protection under the international criminal law). Apart from an international criminal act, the legal theory also recognizes a foreign criminal act, which is defined as any criminal act with a foreign element involved. Although the contents of these two concepts largely coincide, they are still considerably different.

Apart from the international criminal acts of a general character, the legal theory recognizes the international criminal act of a specific character. Under the latter concept, an international criminal act includes some special elements whose specific forms, characteristics and direct manifestations make allowances for a

clear distinction among certain international criminal acts and the degree of the perpetrators' criminal liability. Namely, all international legal documents in this area of law (as well as the national criminal legislation) recognize an entire system of diverse incriminating acts which are subject to different penal measures and types of punishment (as the basic criminal sanctions). In this paper, the author has analyzed the notion and the basic elements of international criminal acts as envisaged in a number of relevant international legal documents.

Key words: international legal documents, criminal act, elements, criminal liability, court, sanctions

UDK: 343.98-053.9

Др Миомира Костић, ванредна професорка,
Правни факултет, Универзитет у Нишу

**ВИКТИМИТЕТ СТАРИХ ОСОБА
(регулација правног положаја и заштите старијих (остарелих) особа од
свих облика дискриминације/виктимизације код нас)***

***Апстракт:** У овом раду, који представља завршну фазу теоријског и на њему заснованог емпиријског истраживања о положају старих особа и ризику дискриминације (виктимизације) којем су изложене, издвојено је неколико тематских целина. У уводном излагању, у првом делу рада, истакнута су нека обележја старости као доба живота и указано на пораст броја старих становника у свету, као и на последице које са собом носи процес старења становништва. Наглашено је да у савременим државама питања везана за процес старења популације захтевају одређени политички одговор. У другом делу рада представљене су правне норме домаћег законодавства, којима се на непосредан или посредан начин штите права и регулише положај остарелих особа код нас и које се налазе у бројним законским и подзаконским актима, стратегијама, одлукама и другим документима. То су норме о забрани дискриминације, из области кривичног и грађанског законодавства, о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана, о здравственој заштити, пензијској и инвалидској сигурности. Наша држава донела је и посебне стратешке циљеве популационе политике, где су поред општих стратешких циљева прописани и они који се односе на остарело становништво. Важно је указати и на правну регулативу Града Ниша, којом су прописана или је непосредно конкретизирана примена већ прописаних права старих особа и других посебно вулнерабилних група становника које живе на територији нашег Града. У трећем делу рада приказано је неколико примера из праксе.*

***Кључне речи:** старе особе; дискриминација; ageism; виктимитет; превенција, Србија*

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

1. Увод

У друштвено-хуманистичким и природним наукама коначно не постоји јединствен научни став о томе када заправо почиње физиолошко старење.¹ О специфичностима организма који стари постоје подаци од давнина. Још је Хипократ (460–377. године п.н.е.) писао о појединим болестима које су карактеристика старије доби. Анализирао је промене на органима старије особе и дао описе респираторних, неуролошких и локомоторних сметњи. Гален (129–199. године) је приметио да је организам старог човека хладан и све функције ослабљене. Прво дело о дијагностици и лечењу болести старијих особа штампано је у Венецији, аутора Д. Помиса (D. de Pomisa, 1525–1593. године). Термин „геријатрија“ увео је 1909. године Игнац Нашер (Ignaz Nasher 1863–1944. године), доктор из САД, а 1950. године основано је Међународно геронтолошко друштво.²

Међутим, око једног питања, везаног за старост и старење, постоји сагласност, а то је да настаје значајан раскорак између општих услова живота у старости и специфичних својстава старог организма. Верзар (Fritz Verzar) указује на то да је експериментална геронтологија „утврдила да је смањена способност физичког и психичког прилагођавања карактеристична промена у старењу. Она је даље утврдила сужавање хоризонта старе особе. Ове промене воде у област у којој социјална геронтологија налази своје редовне задатке. За старе особе је основни доживљај промена њиховог рада, на пример, пензионисањем, промена околине, нпр. губитком породице или смештајем у старачки дом, или за оне с хроничним болестима, у болницу. Ако можемо да стекнемо разумевање за ово физиолошко старење, онда можемо да дамо корисну подршку старој особи“.³ При свему томе, од основног значења је непобитна медицинска чињеница да „човек у току свог живота прелази из фазе потпуне зависности (новорођенче-дете) кроз фазу независности (одрасло-зрело доба) у нову фазу зависности (старост)...“ и да је „у социјално-медицинском смислу прва фаза зависности одређена и у развијеним земљама

¹ Према Когоју, физиолошко старење започиње након 50 године живота, али наводи мишљење Шелдона који сматра да старост почиње код мушкараца са 65 година живота, а код жена са навршених 60 година. Баумгартнер „познаје пресенесценцију у периоду од 45 до 50 година живота, сенесценцију или период мировања од навршене 68-80 године живота и сенијум од 80 година живота. Когој, Ф., „Неколико мисли о старењу“, *Pro medico*, бр. 1/1964., Љубљана, цит. у: Манојловић, П., *Старење и живот у старости* (Стање и карактеристике протеклог периода и пројекције до 2000. године), Институт за социјалну политику, Београд, 1981., стр. 5.

² Наведено према: Несторовић, М., *Ране постоперативне компликације елективних операција малигних тумора дигестивног тракта код старијих од 65 година*, магистарска теза, одбрањена на Медицинском факултету Универзитета у Нишу 3. јула 2009. год., стр. 3-4.

³ Fritz Verzar, „Стари и нови путеви истраживања о старењу“, *Das Medizinische Prisma* 2/68, Југословенско издање „Истраживање о старењу“, цит. у: Манојловић, П., *op. cit.*, стр. 7-8.

доведена до високог ступња савршенства“, а да „друга фаза – старачко доба – још увек захтева усавршавање“.⁴

Биолошко старење организма утиче на неминовност физиолошких, а често и патолошких промена човековог организма у старости и стварање сасвим нових потреба које је неопходно задовољити да би се достигао одређени квалитет живота. Тако природни, биолошки фактори непосредно утичу на промену одређених друштвених околности (материјална улагања за адекватно лечење, обезбеђење туђе неге, набавку лекова), у смислу промена става околине о потребама старих особа, али и нужности усвајања одређених законских решења која би обезбеђивала сузбијање различитих облика виктимизације остарелих лица.

И поред тога, остареле особе/стара лица дуго нису била предмет посебног криминолошког/виктимолошког изучавања,⁵ у поређењу са темама расне или родне припадности или сексуалне опредељености особа које су биле или и даље јесу жртве криминалне виктимизације. Зато у данашњем свету схватања о старости морају бити размотрена „у широком смислу који би осветлио само значење старења и положаја старих људи“.⁶ Рејчел Пеин (Rachel Pain) исправно наглашава да злостављање старих особа „сугерише да су злочини у овој категорији изазвани или повезани са једноставном чињеницом, у овом случају остарелошћу жртве“.⁷

У многим модерним индустријским друштвима досегнути старост као да подразумева припадање субординираној групи људи.⁸ Стари људи⁹ су

⁴ *ibid.*

⁵ У криминолошкој теорији постоје три групе схватања које се односе на питање старости. По првој, најраспрострањенијој у криминологији, појам „старост“ се користи као дескриптивна категорија. Друго, суштаствено, аналитичко одређење, потиче из теорије социјалне геронтологије, док је треће одређење везано за виктимолошки приступ старењу и старим особама. Видети: Rachel Pain, „Theorising Age in Criminology: the Case of Home Abuse“, *British Society of Criminology, The British Criminology Conferences: Selected Proceedings, Volume 2*. <http://www.britisoccrim.org/volume2/006.pdf>, приступ: 25.11.2008.

⁶ Видети: *ibid.*

⁷ Видети: *ibid.*

⁸ Статусни системи представљају саставни део живота у свим друштвеним заједницама. Тако се, унутар њих, сврставају одређене групе људи по критеријуму рођења, припадности одређеној друштвеној класи, богатству. Узрок овакве социјалне слојевитости је делом функционалне природе, како би се остварили неки од друштвених циљева и задатака у процесу поделе рада. С друге стране, ова стратификација је “инструмент за одржавање моћи оних који су, због различитих историјских разлога, већ достигли позицију престижа”. Минорна група налази се у односу подређености према групи “већине” и ограничења којима су изложени припадници минорне групе очитују се у њиховој општој умањеној социјалној присутности. Њихова “моћ” у друштвеном животу је смањена, што значи умањену способност припадника минорне групе да утиче на одлучивање других људи. Ситуација мањинске групе одликује се следећим особинама: постојање дискриминације према одређеној групи људи; сукоб овог дискриминаторског односа доминантне групе са другим нормама и вредностима у култури која

често лимитирани у свом учешћу у друштвеном, економском и политичком животу, што онемогућава њихов довољни утицај у различитим сферама друштвеног живота, иако по броју они нису мањинска група. Већина улога у социјалној структури савремених друштава не припада старим особама и за њих обитава само неколицина регуларних, санкцијом заштићених могућности за пуно учешће у друштвеном животу. Развија се један стални сукобљени однос између тежњи старих особа да им припадну одређене улоге у друштву и тежњи млађег дела становништва да им те улоге не додели. Зато неки социолози положај старих људи пореде са положајем адолесцената. Наиме, њихове тешкоће да се прилагоде друштвеним захтевима су сличне. Међу њима често постоји осећање бескорисности, као и спознаја да њихове жеље скоро нико не препознаје. Садашњост је битна за радно способно становништво – стари људи из садашње перспективе немају будућност, а млади тек треба да ступе на њено тло.

Продужење трајања људског века значило је стално повећавање броја старих особа у односу на укупну популацију једне земље.¹⁰ Зато у феномену старења мора да се разликује старење индивидуе од старења популације. Чином рођења свака особа почиње да стари са даљим протеклом времена, при чему се код ње испољава низ промена у физичким и менталним особинама, као и у друштвеним функцијама које обавља. С друге стране, “старење становништва је такав демографски процес који се одвија у склопу мењања старосне структуре, под дејством смањења наталитета и продужавања трајања живота”.¹¹

би тежила да омогући подједнак статус групама; уочавање дискриминаторског односа и од стране доминантне и од стране субординиране групе; један организовани напор од стране субординиране групе да отклони дискриминацију. Clinard, M. *Sociology of deviant behavior*, New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1968., стр. 600-602.

⁹ “Док је Буда још био принц Сидхарта, по очевој вољи затворен у једној величанственој палати, из ње је више пута бежао да би се колима прошетао по околини. Приликом свог првог изласка, он сретне једног човека, немоћног, безубог, свег збораног, седог, погрбљеног и ослоњеног на штап, који је гунђајући подрхтавао. Буда се зачуди, а кочијаш му објасни да је то старац. “Каква несрећа - узвикну принц - што слаба и неискусна бића, опијена поносом, својственим младости, не виде старост! Брзо се враћајмо кући! Чему игре и радости када сам обитавалиште будуће старости!” Де Бовоар, С., *Старост, Први том*, БИГЗ, Београд 1987., стр. 005

¹⁰ Према Смит, 1961. године у Енглеској и Велсу било је 5.750.000 мушкараца и жена старијих од 65 година, што је по броју одговарало броју становника Шкотске. Током 1981. године њихов број износио је 7.500.000, што је било 13% укупног становништва. Од 6.400.000 старих особа у Британији изнад 65 година, бар половина је зависила потпуно или у великој мери од новчане помоћи и других олакшица које даје држава. Неколико стотина хиљада старих особа живело је по домовима, а приближно исти број других је било озбиљно онеспособљено, тако што су се тешко кретали, морала им се достављати храна, патили су од слабог вида, били неспособни за самостални живот или потпуно везани за постељу. Смит, А. *Људско тело*, Нови Сад: Матица српска, 1973., стр. 310-311.

¹¹ Мацура, М., „Старење становништва и популациона политика“, *Геронтологија*, бр. 1/1993, стр. 16-17.

У 20. веку, у односу на претходна раздобља, остварена је револуција у трајању људског живота.¹² Просечно очекивано трајање људског века порасло је за 20 година до 1950. године, па је просечна старост тада достигла 66 година живота. Очекује се продужење трајања људског века за још 10 година до 2050. године. Овај „демографски тријумф“ и брзи пораст популације у првој половини 21. века предочава да ће број особа преко 60 година старости нарасти од око 600 милиона у 2000. години на скоро 2.000 милиона у 2050. години. Процењено је да ће се пропорционална заступљеност особа које су одређене као старе/остареле глобално повећати од 10% у 1998. години на 15% у 2025. години. Пораст броја старих становника биће највећи и најбржи у развијеним земљама света и то у четвороструком износу за следећих 50 година. Тај ће пораст у најмањој мери бити забележен у земљама Африке.¹³

У савременим државама питања везана за процес старења популације захтевају одређени политички одговор. Наиме, непосредно суочавање са реалношћу старења становништва био би први у низу политичких одговора на то. С једне стране, повећава се непосредно број захтева усмерен према здравственим службама, пензионим фондовима и социјалним давањима, неопходним за задовољење препознатих потреба старих особа. Да би се остварили сви ти циљеви, владе су у обавези да израде низ програма са јасно одређеним правцима деловања. Тако је неопходно организовати: промоцију вишегенерацијске породице, развијање неформалне мреже за негу старих особа, концентрацију здравствене политике на дегенеративне и хроничне болести и реформу пензионог система.¹⁴

¹² Међутим, услед опадање физичке снаге и слабљења општег здравља, долази и до промена у социјалном положају старих особа у односу на онај који су имали као млађе особе. Старењем се губи иницијатива, опада радна способност и пре одласка у пензију (под условом да су уопште били запослени) старе особе бивају аутоматски искључене из низа активности које су судбоносне за њихову даљу егзистенцију.

¹³ Видети: Madrid International Plan on Action on Ageing 2002, 12 April 2002 www.un.org/esa/socdev/ageing/madrid_intlplanaction.html, приступ: 30. 11.2007.

Сасвим супротан пример томе је у Народној Републици Кини, на пример. И Кина, као најмногљуднија земља света, постала је друштво старих особа 1999. године, дакле око 5 година пре него што је број њених становника достигао ниво од 1,3 милијарде почетком 2005. године. Економисти очекују да до 2020. године бруто доходак по глави становника у Кини неће премашити 2000 долара, због тога што ће остарело становништво, од око 240 милиона људи, чинити око 16% укупног броја становника. Предвиђа се да ће укупан број становника у овој земљи достићи 1,46 милијарди 2030. године, а број старијих грађана ће до 2051. године износити 437 милиона. Зато Кина има преко 40.000 институција за бригу о старима са око 1,7 милиона кревета, што треба да задовољи потребе 145 милиона становника старих преко 60 година, од којих 67% живе у сеоским областима, а за око 13 милиона људи старих преко 80 година преко је потребна нега. Цит. према: Мијао Хонг, „Женидба у старачком дому“, *Политика*, (Специјално додаток огласног сектора „Кина“) 1. октобар 2007., стр. 05.

¹⁴ Наведено према: Рашевић, М., „Решавање проблема старења становништва“, *Социјална*

Други одговор односи се на квалитативни део продуженог индивидуалног живота. Овде се разматрају видови морталитетне политике, где се посебна пажња посвећује уделу година у добром здрављу („здраве године“). Да би се постигао тај циљ треба остваривати промоцију здравља. Промоција здравља се одређује као „програм који тежи развоју и промоцији здравог начина живота у здравој животној средини, развијајући свест о индивидуалној одговорности за сопствено здравље, и то путем: масовне едукације и законских и административних решења, укључујући и економске механизме у комбинацији центара са развојем центара за промоцију здравља, повезивањем здравствене политике са образовном, развојном и социјалном политиком, иницирањем волонтерских покрета и финансирањем специфичних програма за групе болести (на пример, кардиоваскуларне болести)“.¹⁵

Овде се поставља и питање примене одговарајућих и одређених медицинских третмана према старим особама. У Великој Британији, на пример, број старих особа је нешто што се најбрже повећава у друштву, па неки лекари примећују да је „онда када мушкарац достигне 86, а жена 89 година тада је очекивано трајање њиховог животног доба краће од 5 година“.¹⁶ Наиме, лекар не може старијем болеснику да ускрати адекватан терапијски режим само на основу година старости. Одлука о лечењу треба да буде базирана на медицинској оправданости, могућем побољшању здравственог статуса и жељама болесника. У случајевима где су хирурзи посматрали болесника изван година старости изнова се доказује чињеница да добро одабрани болесници имају задовољавајући постоперативни исход. Чак и код оних особа са високим ризиком, елективна хирургија, као на пример у случају колоректалног карцинома, има предност у односу на ургентне операције, због компликација болести, као што је случај опструкције или перфорације. У склопу оперативног лечења, старијим болесницима мора бити обезбеђена адекватна постоперативна нега и интензивна терапија онда када је то неопходно.¹⁷

Трећи одговор свакако би обухватио целовито решавање свих питања из области пронаталитетне политике, за коју се чак тврди да „данас универзално не спроводи“.¹⁸

Положај старих особа у друштву је пре свега условљен њиховом радном неактивношћу и теретом који представљају за активне.¹⁹ Процес

мисао, Београд, 7-8/1995., стр. 139-141.

¹⁵ Видети опширније: *ibid.*

¹⁶ Видети: Preston, S., et al., „Geriatric surgery is about disease, not age“, *J R Soc Med* 2008: 101., p. 409.

¹⁷ Preston, S., et al., *op. cit.*, стр. 414.

¹⁸ Рашевић, М., *loc. cit.*

¹⁹ Тако, на пример, у Србији, у 2002. години подаци из пописа становништва јасно су показали

старења радне снаге непосредно утиче на настајање бројних економских последица. Наиме, економски развој је условљен постојањем мобилне и флексибилне радне снаге, која подразумева брзо мењање посла, прихватање иновиција у знању или једноставно прелажење на неко ново занимање. Даље, старење радне снаге утиче на обим незапослености у условима негативног раста становништва, као и на промену нивоа и структуре индивидуалне и породичне потрошње, с једне и преко промена у потребама за услугама у појединим секторима (образовање, на пример), с друге стране.²⁰

Уопште посматрано, међу 25 демографски најстаријих земаља у свету, са изузетком Јапана, све су из Европе, коју Американци већ дуго називају „Старим светом“. Србија је међу државама са најстаријим становништвом јер шестину њених становника чине особе од 65 година и старије, односно наша земља се са 15,7 одсто старијих од 65 година налази на четвртом месту на листи најстаријих популација у свету.

Упркос чињеници да је средином прошлог века Србија спадала у млађе популације Европе, у другој половини прошлог века константно је растао и апсолутни број и удео старог становништва, посебно у централној Србији и Аутономној покрајини Војводини. Иако је процес глобалног старења карактеристичан за све европске земље, код нас се овај процес развија знатно брже. Као илустрација може се изнети податак да је 1950. године у Србији живело 235.000 људи старијих од 65 година, а у другој половини прошлог века 924.000. Према резултатима пописа из 2002. године, више од 900.000 особа у централној Србији и око 300.000 у Војводини старо је 65 и више година. Процењује се да ће се процес популационог старења континуирано наставити у првој половини 21. века и да ће се број особа старих 65 и више година повећати за трећину у 2052. години. У 2000. години је у Србији било скоро четири пута више старих него пре пет деценија, док је у истом периоду у Европи тај број повећан за „само“ 137 одсто (1,37 пута). Уколико се таква тенденција настави, 2050. године у Србији (без Косова и Метохије) живеће чак 41% старог становништва. Процене Центра за демографска истраживања су да ће се смртност у првој половини 21. века, ипак, смањивати, односно да ће се продужити живот старијег средовечног и старог становни-

да је први пут у историји Србије број старијих од 65 година премашио број млађих од 18 година. У Пиротском, Нишком, Средњебанатском, Зајечарском, Моравичком и Београдском округу просечна старост износи 54 године. Од почетка 20. века број Срба се смањило за 10%, тако да се предвиђа да ће 2050. године Србија имати око 4.000.000 становника. В. Таловић, „Срби народ најстарији“, *Вечерње новости* 31.12.2005. године; 1. и 2.01.2006. године; цит. у: Гудовић, З., „Старе особе у светлу друштвених промена“, *Социјална мисао*, Београд, април-јун, 2/2006., стр. 89.

²⁰ Детаљније о последицама старења радно активног становништва видети у: *ibid*. Такође видети чланак: Стевановић, Р., „Старење и демографска старост становништва Црне Горе“, *Социјална мисао*, Београд, бр. 7-8/1995., стр. 159-169.

штва. Тако ће се број старијих од 65 година повећати за трећину, а њихов удео у укупном становништву кретаће се од 18,7 до 27,5 одсто. Број особа старијих од 80 година за пола века ће се утростручити и представљаће четвртину укупног броја старих, односно њихов удео у укупној популацији повећаће се са 1,9 на 6,2 одсто. То значи да ће Србија почетак друге половине овог века дочекати као држава старих људи, пошто ће, судећи по проценама, старији од 65 година надмашити бројчано популацију млађу од 15 година.²¹

Представљање само дела података о последицама старења становништва и даље пренебрегава временски објективно условљену чињеницу да су сви активни будући неактивни. Старе особе су свој допринос друштвеном напретку већ дале и зато у току трајања трећег и четвртог доба имају пуно право да од друштва очекују заштиту и помоћ. Појава насиља над старим особама одликује се великом тамном бројком, односно непријављивањем учиниоца и случајева виктимизације од стране жртве. Већи ризик и вероватноћа страдања старих особа зависе од личних виктимогених предиспозиција везаних за завршетак еволуционих процеса у организму (биолошка обележја), као и за психичке промене у старачком добу. Биолошка и психолошка обележја старих особа утичу да оне буду искључене из активних токова у породици и друштву. Отуда потичу основна обележја социјалног положаја старих људи која у себи носе ризик дискриминације/виктимизације по њих.

2. Регулисање правног положаја и заштите старијих (остарелих) лица од свих облика дискриминације/виктимизације код нас

Сама бројчана заступљеност остарелих лица код нас, у односу на млађу популацију, упућује да ниједно од наведених питања и закључака изнетих у односу на процес старења и статус остарелих лица, као универзалне категорије, није непознато, нити непостојеће, у неком свом облику и код нас. У домаћој општој и стручној јавности све је учесталије јавно исказивање потребе да се процес старења боље разуме, да се докучи значење „биолошких граница човековог живота, детерминаната дуговечности, путева за здравији живот у трећем и четвртном животном добу, третмана болести које отежавају живот у старости, улоге старе особе у модерном старом друштву...“²²

Међутим, питања старења и живота у старости не остају само у домену социолошких, криминолошких, виктимолошких или медицинских студија, расправа и истраживања. Она су, пре свега, део корпуса основних људских

²¹ Наведено према чланку: „Број старих људи у Србији расте“, <http://www.bgdcafe.com/modules.php?name=News&file=print&sid=5654>, приступ: 17.10.2007.

²² „Окружење за старе по њиховој мери“, *Социјална мисао*, Београд, април-септембар, 2-3/2003., стр. 146.

права регулисаних експлицитним домаћим правним нормама, које је наша држава ускладила са свим ратификованим међународним правним документима, који обухватају темељна права човека, као што су: забрана дискриминације, право на живот, здравље, сигурност, одржање егзистенције.

Владавину права чини скуп идеја и практичних поступака у циљу промовисања схватања да закон треба да превлада насиље, да свим поступцима треба да буде управљано на законит начин, а не арбитрарном вољом људи. Поред нужности постојања идеја које инспиришу политичка друштва да прихвате владавину права, такође је неопходно обезбедити добро утврђену праксу уградње принципа владавине права, у циљу њихове примене у стварности.²³

Правне норме домаћег законодавства, којима се на непосредан или посредан начин штите права и регулише положај остарелих особа код нас, налазе се у бројним законским и подзаконским актима, стратегијама, одлукама и другим документима. Њихово експлицитно навођење је неопходно и оправдано, како би се на најдоследнији начин, по јавност изузетно важно, на једном месту приказали и анализирали сви доступни, важећи документи. Стиче се утисак да изван поступања стручне јавности, у смислу њихове професионалне окупације, не постоји довољно сазнања о разноврсности, али и разуђености правних норми код нас које се односе на остареле особе, а то су норме: о забрани дискриминације, из области кривичног и грађанског законодавства, о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана, о здравственој заштити, пензијској и инвалидској сигурности. Наша држава донела је и посебне стратешке циљеве популационе политике, где су поред општих стратешких циљева прописани и они који се односе на остарело становништво. Важно је указати и на правну регулативу Града Ниша, којом су прописана или је непосредно конкретизована примена већ прописаних права старих особа и других посебно вулнерабилних група становника које живе на територији нашег Града. За све побројане документе није постојала претензија приказа и анализе по принципима хијерархије правних аката, већ по предметном одређењу и истицању положаја остареле категорије становништва код нас.

а) Стратегије и различити стратешки циљеви

Сама стратегија представља план акције осмишљен тако да се њиме остварује постављени циљ. Влада Републике Србије је надлежна да донесе

²³ Видети: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., Миладиновић, Д., *Право на правну помоћ и квалитет правне помоћи пружене грађанима у кривичном поступку и поступку издржавања казне*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Центар за публикације, Ниш, 2007., стр. 15.

стратегију развоја којом утврђује стање у области из надлежности Републике Србије и мере које треба предузети за њен развој (Закон о влади, чл. 45).²⁴ Влада је 2008. године донела Националну стратегију одрживог развоја²⁵ у којој, између осталог, истиче да су „ниске репродуктивне норме већине становништва достигле критичне вредности и изазвале отворену депопулацију и убрзано демографско старење“. Даље се у Стратегији констатује да становништво Републике Србије (без АП КиМ), према свим обележјима, може да се сврста у групу изразито старих популација. Удео младих је низак и опада, док је удео старих висок и стално расте. На попису становништва 2002. године пописано је 1.177.000 лица млађих од 15 година, док је старих особа (65 и више година) било укупно 1.241.000. То је уједно и први пут у Републици Србији да је забележен већи број старих него младих.²⁶

Старење и одлив становништва посебно угрожавају сеоска подручја Републике Србије, у којима се са смањењем радно способног становништва губи способност за одрживо управљање природним добрима и за њихово коришћење на готово 85% државне територије.

Зато стратешки циљеви популационе политике обухватају и: заустављање и/или успоравање неповољних демографских тенденција, тако што ће се подстицати рађање и стварати услови за стабилизовање броја становника; стварање одговарајуће политике рађања и брига о младима; уважавање старења у свим аспектима политике развоја; и повећање очекиваног трајања живота и повећање броја година у добром здрављу.

У Стратегији је јасно истакнуто да стварање одговарајућег институционалног оквира и регулаторних механизма популационе политике представља приоритете у демографском развоју Републике Србије. То подразумева: усвајање националне стратегије демографског развоја, образовање посебних тела (на свим нивоима власти) која ће пратити и спроводити стратешка одређења, трајно унапређивање законских решења и побољшање усклађености међу секторима, праћење рада центара за планирање породице и развијање саветовалишта за биолошку репродукцију и старење.

За остварење постављених циљева посебно је важно јачање инструменталне финансијске подршке породици, као и развој образовања и правилно информисање јавности. То подразумева спровођење мера усмерених на:

²⁴ Закон о влади, „Сл. гласник РС“, бр. 55/2005, 71/2005 – испр., 101/2007 и 65/2008

²⁵ Национална стратегија одрживог развоја, „Сл. гласник РС“, бр. 57/2008

²⁶ Ситуација је другачија у неким етничким групама (Роми, Албанци на југу) и међу насилним мигрантима (избеглице, расељена лица) који имају знатно млађе становништво. Ако се као индикатор демографске старости посматра вредност медијалне старости, становништво Републике Србије (без АП КиМ) спадало је са старошћу од 40,7 година у време пописа 2002. у групу најстаријих популација на свету. Према подацима за 2000. годину, у свету су само четири земље (Јапан, Италија, Швајцарска и Немачка) имале медијалну старост становништва која је била већа од 40 година. Видети: *Национална стратегија одрживог развоја*, loc.cit.

директну финансијску подршку породици и деци и увођење посебних олакшица (укључујући и пореске) за најугроженије категорије становништва, попут незапослених, старих, болесних.

Истиче се да постојећа мрежа установа социјалне заштите не одговара стварним потребама корисника и не обезбеђује одговарајуће услуге. Упркос бројним изменама регулативе, суштински реформски помаци започети су 2000. године и то у контексту децентрализације и деинституционализације претходно високоцентрализованог система. Најзначајније мере усмерене су ка побољшању положаја најрањивијих категорија популације, попут појединаца и породица који не остварују основну социјалну сигурност, лица са инвалидитетом, старих, деце без родитељског старања, жртава породичног насиља итд.

Боље приступање социјалним правима и систему социјалне сигурности јесте предуслов социјалне кохезије, заједно са њеним унапређивањем, ради успостављања и доградње механизма и института којима се промовише социјална једнакост. Иако је основни начин обезбеђивања социјалне кохезије адекватно запослење, суштински су значајни и сегменти политика заштите породица с децом, бриге о старима као и подстицања социјалне укључености (посредством програма становања, запошљавања, образовања и обуке, здравствене заштите, материјалне помоћи и социјалних служби). У томе, осим државних органа, велики удео има и цивилно друштво, у првом реду удружења и синдикати.

Натпросечном ризику од сиромаштва изложена су и лица која имају више од 65 година (при чему су у најтежем положају они без пензијских накнада), као и деца. Старе особе чине скоро четвртину укупног броја сиромашних, а 12,7 % деце је сиромашно. Ризику сиромаштва посебно су изложене старије жене у сеоским подручјима. Неписменост је најизраженија у старијој женској популацији, међу женама које имају 65 година и више и износи 36 %.

Отежан приступ важним ресурсима друштва води оскудности значајних ресурса (материјалних, знања и вештина, социјалног капитала) и потискује према сиромаштву посебно следеће категорије жена: самохране мајке (посебно мајке мале деце и деце са посебним потребама), домаћице, старе жене, болесне жене, жене са инвалидитетом, жене на селу (посебно старе жене и жене без власништва), жене избеглице, жене које су помажући чланови домаћинства, Ромкиње, необразоване жене, незапослене жене и жене жртве насиља.

Хроничне незаразне болести и даље имају доминантно место, што у условима великих демографских промена и убрзаног старења становништва доводи до раста морталитета и неспособности. Непостојање превентивних мера и усвојени животни стилови представљају факторе ризика и за хроничне незаразне болести (пушење, неправилна исхрана, физичка неактивност).

Многе од наведених констатација у оквиру Националне стратегије поновљене су из претходно усвојених стратешких докумената или су послужиле као путоказ за даљу разраду и у другим стратегијама које се предметно, посредно или непосредно односе и на остареле особе. Оно што је интересно јесте да је Национална стратегија о старењу²⁷ донета пре Националне стратегије одрживог развоја, дакле још 2006. године, уз концептуалну усклађеност са Препорукама и обавезама Мадридског међународног плана акције о старењу (2002) и Регионалном стратегијом његове примене донете од Економске комисије УН за Европу, затим Стратегијом за смањење сиромаштва (2003), као и са Закључцима VI геронтолошког конгреса Југославије (одржаног од 10. до 12. маја 2002. године у Врњачкој Бањи) за период до 2015. године.

Главни циљ Националне стратегије о старењу је „стварање интегралне и координиране политике, засноване на савременим научним сазнањима и обавезама преузетим из наведених докумената - које ће друштво и привреду Републике Србије, пре свега, здравствену и социјалну заштиту, тржиште рада и образовање, ускладити са демографским променама - како би се створило друштво за сва животна доба, које посебно тежи да задовољи потребе и ослободи неискоришћене потенцијале старијих људи“²⁸. Стратегија се заснива на следећим основним принципима: доживотног развоја појединца; унапређења и заштите свих људских права и основних слобода; обезбеђивања економске и социјалне сигурности и квалитета живота у старости; омогућавања пуне интеграције и партиципације старијих лица у заједницу; елиминације свих облика друштвеног занемаривања, услед опадања функционалних способности у старости и инвалидности; ангажовања на остваривању родне равноправности; поштовања различитости и последично другачијих потреба међу популацијом старијих; промовисања интергенерацијског и интрагенерацијског трансфера, солидарности и дијалога; успостављања партнерства на свим нивоима: Владе, невладиног сектора, приватног сектора и између самих старијих људи; остваривања једнаких могућности за све; и афирмисања личне одговорности.

Полазећи од изнетих принципа, утврђује се скуп међусобно повезаних обавеза у различитим областима политике, организованих око десет праваца акције и конкретних мера које из њих следе, да би се адекватно одговорило на вишеструке и испреpletене изазове и околности настале старењем становништва, да би Република постала друштво за све генерације и старење у достојанству.²⁸

Стратегија развоја социјалне заштите²⁹ предвиђа да ће се развој социјалне заштите одвијати кроз реформске процесе који се ослањају на међуна-

²⁷ *Национална стратегија о старењу*, „Сл. гласник РС“, бр. 76/2006

²⁸ Детаљније погледати цео текст: *ibid.*

²⁹ *Стратегија развоја социјалне заштите*, „Сл. гласник РС“, бр. 108/2005

родне и европске циљеве општег економског и социјалног развоја друштва, смањење сиромаштва, као и обезбеђење квалитетније заштите рањивих група: деце, инвалидних и старијих особа, као и маргинализованих група грађана. Укупне промене политичког, привредног и вредносног система, као и неповољна демографска кретања, довела су до нарушене социјалне равнотеже нашег друштва. Последице су велики пораст незапослености, сиромаштва и социјалног раслојавања и повећана угроженост деце, немоћних и старијих људи, услед смањених могућности породице и друштва да оствари своју заштитну улогу.

У Стратегији се истиче да је недостатак разноврсних облика подршке у природном окружењу, као и малих смештајних капацитета уочљив и код пружања социјалних услуга за остареле особе. Око 7.800 корисника је смештено у домове. Изнета је тврдња да у појединим установама постоје листе чекања за пријем, а у неким локалним заједницама уопште не постоји могућност смештаја јер нема изграђених капацитета. Квалитет услуга у постојећим установама је неуједначен, не обезбеђује се увек адекватна подршка за очување психофизичких потенцијала корисника и унапређење квалитета њиховог живота. Ове установе смештају знатан број корисника са медицинским индикацијама, психијатријским проблемима и хроничним болестима, све до терминалних стања, често без адекватних материјалних и кадровских услова.

Правовремена и делотворна заштита деце, старих и особа са инвалидитетом може се обезбедити изградњом политике социјалне заштите која активно превенира настанак социјалних тешкоћа у друштву и усаглашеним деловањем система социјалне и здравствене заштите, система запошљавања, образовања, полиције и правосуђа. У Стратегији се истиче неопходност изградње политике у области социјалне заштите, која би укључила активности Скупштине, Владе, Министарства рада, запошљавања и социјалне политике, других релевантних министарства, савета Владе и локалних самоуправа, у преиспитивању и реструктурирању система социјалне заштите. Један од начина састоји се у томе да се израде усаглашени стратешки и акциони планови у ужим областима, које припадају социјалној заштити: са особама са инвалидитетом, старијим особама, жртвама насиља у породици.

У Стратегији се модел стручног рада у постојећем систему социјалне заштите описује као класичан медицинске приступ, који је усмерен на утврђивање недостатака и патолошких стања и понашања појединца. Централни стручни поступак је дијагностички, усмерен првенствено на одређивање „категорије“, односно карактеристичне групе корисника која ужива одређену заштиту, па се истиче да су тиме потребе неких, посебно рањивих група - деце и одраслих, на овај начин остале недовољно препознате. Истовремено, извесне доминантне појаве или оне које се као такве означе, не сагледавају се

у сложеном контексту социјалне, физичке, емоционалне и финансијске ситуације појединца, породице и уже социјалне средине. То је посебно уочљиво код мултипроблемских породица, деце са сметњама у развоју, особа са инвалидитетом и старијих особа. Овакав модел је у суштини патерналистички јер пасивизира и стигматизује корисника, а не уважава снаге и потенцијале појединца и породице и социјалне средине.

Као једно од решења, Стратегија означава неопходност подстицања на развој приватног сектора у пружању социјалних услуга. Те се услуге могу комерцијализовати и њихов мањак је карактеристичан на целој територији Републике Србије. Отуда се у Стратегији наводи да су „као помоћ свакодневном животу породице радно активних грађана које се ангажују у дневном збрињавању деце са ризицима у развоју, инвалидних и старијих и немоћних особа, неопходне разноврсне и прихватљиве услуге“.

Значајан је и број инвалидних и старијих грађана који живе у самачким домаћинствима. Циљ је да потенцијални корисници, према својим потребама и материјалним могућностима, имају одговарајући избор за коришћење подршке, која ће им омогућити продуктиван и самосталан живот у заједници. Држава мора обезбедити, уз контролу квалитета услуга, равноправан статус овим установама у коришћењу буџетских средстава за пружену услугу кориснику, као и подстицање инвестиционих улагања ради пружања услуга.

Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности³⁰, између осталог истиче да су основне тешкоће у запошљавању жена неадекватна квалификациона структура, дискриминација по старости већа него за мушкарце, притисци ради одлагања закључења брака и родитељства, сексуалне уцене и друго. Стога је један од начина промовисање политике запошљавања и рада, која доприноси усклађивању радних услова и породичног живота (европски модел „равнотеже између каријере и породице“), путем побољшања организовања неге старијих као и хроничних болесника, на пример, као и спровођење јавне кампање за подстицање мушкараца да подједнако учествују у испуњавању породичних обавеза, заједнички брину о деци и о старим и болесним члановима породице.

У овој Националној стратегији одређује се да је насиље према женама „сваки акт родно заснованог насиља, који резултира или може да има за последицу физичку, психичку или сексуалну повреду или патњу жене, укључујући претње таквим радњама, ограничење или произвољно лишење слободе, без обзира да ли се дешава у сфери јавног или приватног живота“. Насиљу су посебно изложене жене из маргинализованих и вишеструко дискриминисаних група (Ромкиње, жене са инвалидитетом, избегле и расељене жене,

³⁰ *Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности*, „Сл. гласник РС“, бр. 15/2009

жртве рата, жене које живе у истополним заједницама, жене са психички измењеним понашањем, жене зависне од алкохола, дроге и лекова, жене са ХИВ/АИДС вирусом, хроничне болеснице, мигранткиње, сиромашне жене, женска деца, старице, жене из сеоских средина и друге вишеструко дискриминисане групе).

Брига за здравље становништва Србије представљена је у неколико посебних стратегија, чије се поједине садржајне целине односе и на старе особе. Стратегија јавног здравља Републике Србије³¹ представља подршку испуњавању друштвене бриге за здравље, обезбеђивању услова у којима становништво може да буде здраво и чини основу за доношење одлука о акцијама за унапређење здравља и квалитета живота становништва Републике Србије. Стратегија, између осталог, предвиђа и израду нових, ревизију постојећих, имплементацију и евалуацију програма намењених одређеним популационим групама, посебно женама, деци, радно активном становништву и старим особама.

Затим, у Стратегији развоја заштите менталног здравља³² истиче се да је у општем недостатку ресурса у земљи неопходно да се идентификују посебно угрожене групе чије ментално здравље је под ризиком. Те групе укључују: школску популацију, старије особе, избеглице или припаднике мањинских група. Износи се тврдња да према подацима СЗО, али и подацима из спроведених домаћих истраживања, велики број старих особа има менталне поремећаје. Па ипак, службе за заштиту менталног здравља старих су неразвијене у нашој средини, као и у већем делу света, односно оне су неспремне да се суоче са изазовом популације која стари. Постоји недостатак образованог кадра, недостатак мотивације за бављење овом облашћу и недостатак мреже служби у којима би се збрињавале старе особе са менталним поремећајима.

У Стратегији је истакнута неопходност да се заустави дискриминација по годинама старости, да се промовише аутономија живота појединца, као и могућност независног живљења старих особа и да се омогући њихово учешће у свим значајним сегментима друштва. Због тога је неопходно да се заштита менталног здравља популације старих особа одвија у заједници, базирана на идентификованим потребама корисника и њихове околине, од стране стручњака и друштва. Та заштита укључује превентивне интервенције, као алтернативу, односно допуну традиционалним клиничким службама. Треба створити мрежу установа у којима се на различите начине збрињавају старе особе, уз неопходну континуирану едукацију стручњака и друштва у целини. Антистигма кампање су важне за ову популацију (старе особе са менталним поремећајима су двоструко стигматизоване - због старости и самих менталних поремећаја).

³¹ Стратегија јавног здравља Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009

³² Стратегија развоја заштите менталног здравља, „Сл. гласник РС“, бр. 8/2007

Иначе, у Стратегији је наглашено да се системи заштите менталног здравља у региону морају штитити као било која друга људска права и да ефикасно реаговање на индивидуалне и друштвене последице трагичних историјских догађаја и разарања друштва треба да спречи утицај посебно код вулнерабилних група, као што су деца и млади људи, жене и старије особе.

У Стратегији за превенцију и контролу хроничних незаразних болести³³ истиче се податак из 2006. године да у Републици Србији 16,8% одраслих становника има реуматске поремећаје, преко 40% има или је имало болове у зглобовима, а више од 50% болове у леђима. Ови поремећаји здравља се јављају у сваком животном добу и представљају најчешћи узрок инвалидности, али је битно да њихова учесталост расте са старењем. Следећи податак који се односи на старе особе и већу изложеност појави хроничних незаразних болести је да другу групу са натпросечним ризиком сиромаштва у Србији представљају лица старија од 65 година, чији је релативни ризик сиромаштва био за 13,4% већи у односу на ризик сиромаштва укупне популације.

Још један важан документ је Стратегија за палијативно збрињавање³⁴ која се оцењује као документ од националног значаја за утврђивање целовите и усклађене политике државе, у циљу развоја здравственог система Републике Србије. Палијативно збрињавање је приступ који побољшава квалитет живота пацијента и породице, суочавајући се са тешкоћама које прате болести које угрожавају живот, кроз превенцију и отклањање патње, путем раног откривања и непогрешиве процене и лечења бола и других тешкоћа: физичких, психосоцијалних и духовних (Светска здравствена организација 2002. године). Разлози за доношење Стратегије су растуће потребе за овим видом здравствене заштите, настале као последица старења становништва Републике Србије и све већег броја оболелих од болести које имају прогресивни ток (кардиоваскуларних болести, малигних болести, шећерне болести, неуромускуларних, цереброваскуларних болести), ХИВ/АИДС-а, саобраћајног трауматизма и др. Разматрање здравствених и социјалних потреба становништва, односи се и на податак да у Републици Србији има 947 хиљада домаћинстава са особама старијим од 65 година (37,5% од укупног броја домаћинстава). Такође, већину самачких домаћинстава у Републици Србији чине старачка домаћинства. У 52,8% случајева старачка домаћинства чине особе старије од 65 година, а у 23,9% случајева то су домаћинства са особама старости између 50 и 64 године. Највећи проценат становништва који без помоћи другог лица не може да обавља активности везане за личну негу јесу лица старости од 65 до 74 године.

³³ Стратегија за превенцију и контролу хроничних незаразних болести, „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009

³⁴ Стратегија за палијативно збрињавање, „Сл. гласник РС“, бр. 17/2009

Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији³⁵ намењена је реализацији активности које воде већој укључености особа са инвалидитетом у друштвене токове, чиме се директно доприноси унапређењу положаја не само особа са инвалидитетом, већ и других осетљивих група (на пример старе особе, деца, националне мањине, рурално становништво, талентовани ученици итд.).

Стратегија за управљање миграцијама³⁶ одређује управљање миграцијама као уређеним системом који сачињавају јасна миграциона политика и планско и организовано управљање миграционим токовима, уз одговарајући допринос регулисању миграција на регионалном и глобалном нивоу. Објашњавајући унутрашња миграциона кретања, у Стратегији је наведено да је током деведесетих година прошлог века дошло до бројних друштвено-економских и политичких промена, које су утицале на динамику становништва и појачале утицај деценијама непрекидне миграције из села ка граду. Иако су села демографски старија, процес демографског старења је бржи у градским срединама, због повратног ефекта управо тих кретања. Захваљујући приливу младих, способних за рад, који су долазили са села, градови су имали бољу демографску структуру. Протеком времена, највећи део тих генерација ушао је у групу старог становништва, а број деце у њиховим породицама је био мањи него на селу, далеко испод потреба простог обнављања становништва. У документу се даље констатује да наставак овог тренда треба очекивати и у наредном периоду. Раније изражена неповољна демографска ситуација са старењем у АП Војводина и источном делу Републике Србије се током последњих двадесет година проширила на целу Републику Србију. На то су утицале економске миграције, са једне стране и присилне миграције интензивирание током деведесетих година прошлог века, са друге стране.

Старе особе посредно су предмет интересовања и у Стратегији за развој пољопривреде Србије,³⁷ у којој се истиче да су тешкоће руралних области различите. Становништво које остаје често је релативно старо и прилично се тешко прилагођава новим околностима и више зависи од јавних услуга, а посебно од здравствене службе.

Стратегија развоја образовања одраслих у Републици Србији³⁸ је позив на стварање културе учења, друштвене организације и економије засноване на знању и унапређењу способности и постигнућа одраслих људи.

³⁵ Стратегија унапређења положаја особа са инвалидитетом у Републици Србији, „Сл. гласник РС“, бр. 1/2007

³⁶ Стратегија за управљање миграцијама, „Сл. гласник РС“, бр. 59/2009

³⁷ Стратегија за развој пољопривреде Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 78/2005

³⁸ Стратегија развоја образовања одраслих у Републици Србији, „Сл. гласник РС“, бр. 1/2007

И у овом документу се истиче податак да се стопа природног прираштаја драстично смањује, док се просечно трајање живота продужава, што има за последицу константно увећање броја особа старијих од 60 година у укупној популацији. Стога, систем образовања одраслих треба да буде доступан свим категоријама одраслих. Он је отворен према различитим друштвеним групама и категоријама становништва, као што су: сиромашни, избеглице, одрасли са посебним потребама, припадници мањинских група, дугорочно незапослени, одрасли млади људи без квалификације, жене, старији радници који се суочавају са ризиком губитка посла, високо образовани који остају без посла, као и друге категорије високообразованих одраслих који имају потребу за стручним усавршавањем.

Извесна питања остарелих особа, посебно оних које припадају другим националностима, односно националним мањинама, попут Рома, описана су у Стратегији за унапређивање положаја Рома у Републици Србији.³⁹ Стратегија поставља основе за унапређивање положаја Рома у Републици Србији и смањење разлике између ромске популације и осталог становништва и за идентификовање и примену мера афирмативне акције у областима образовања, здравља, запошљавања и становања. Старосна структура и просечна старост Рома се значајно разликују у односу на општу популацију. Највећи број Рома чине деца млађа од шест година (нешто више од 11% укупног ромског становништва), а заступљеност по старосним групама затим прогресивно опада. Индекс старења ромске популације износи 0,15, што је потпуно супротно од индекса старења укупне популације у Републици Србији, који износи 1,01. Просечна старост ромских жена и мушкараца је приближно иста (27,6 година за жене и 26,7 година за мушкараце), што је за 14 односно за 12 година ниже од просечне старости жена и мушкараца у Републици Србији. Процењује се да је животни век Рома за око 10 до 12 година краћи у односу на општу популацију. Посебно су угрожени најмлађа деца, жене у генеративном периоду и стари Роми, затим старе жене (које су у 80% случајева неписмене), младе мајке, самохране мајке и деца. Женске ромске организације и локални здравствени центри треба да организују едукацију младих мајки и младих, средовечних и старијих Ромкиња у вези са здравственим питањима, уз адекватан приступ и на ромском језику.

Стратегија развоја званичне статистике у Републици Србији у периоду од 2009. до 2012. године⁴⁰ донета је у процесу интензивних активности на плану хармонизације са стандардима и праксом Европске уније. Званична статистика треба да спроведе попис становништва, домаћинства и станова

³⁹ Стратегији за унапређивање положаја Рома у Републици Србији, „Сл. гласник РС“, бр. 27/2009

⁴⁰ Стратегија развоја званичне статистике у Републици Србији у периоду од 2009. до 2012. године, „Сл. гласник РС“, бр. 7/2009

2011. године, у складу са међународним препорукама, с тим да се претходно планира пробни попис 2009. године. Пописом ће се обезбедити многобројни статистички индикатори, а међу њима и број и територијална дистрибуција укупног становништва и становништва по групацијама у оквиру одређених старосних граница. Такође, треба развити статистику, у којој ће се један од индикатора одрживог развоја односити на старење друштва.

б) Норме о забрани дискриминације

Устав Републике Србије⁴¹ у чл. 21 под називом „Забрана дискриминације“ прописује да су пред Уставом и законом сви једнаки. Свако има право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Забрањена је свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Не сматрају се дискриминацијом посебне мере које Република Србија може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

Општа забрана дискриминације, облици и случајеви дискриминације, као и поступци заштите од дискриминације уређени су Законом о забрани дискриминације.⁴² У овом закону: изрази „дискриминација“ и „дискриминаторско поступање“ означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним и другим организацијама и другим стварним, односно претпостављеним личним својствима (чл. 2 ст. 1 т. 1).

У глави III Закона под називом „Посебни случајеви дискриминације“ прописано је да је забрањено дискриминисати лица на основу старосног доба. Стари имају право на достојанствене услове живота без дискриминације, а посебно, право на једнак приступ и заштиту од занемаривања и узнемиравања у коришћењу здравствених и других јавних услуга (чл. 23).

⁴¹ Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 83/06

⁴² Закон о забрани дискриминације, „Сл. гласник РС“, бр. 22/2009

Законом су предвиђене и казнене одредбе за непоштовање забране дискриминације. Тако, у глави VIII прописане су „Казнене одредбе“ којима је предвиђено кажњавање новчаном казном од 10.000 до 100.000 динара за прекршај правно лице или предузетник ако занемарује или узнемирава лице на основу старосног доба у пружању здравствених или других јавних услуга (чл. 23. став 1), док ће се новчаном казном од 5.000 до 50.000 динара казнити за прекршај одговорно лице у правном лицу, односно у органу јавне власти, као и физичко лице (чл. 58).

Законом о раду⁴³ такође су прописана извесна права запослених⁴⁴ и општа заштита запослених⁴⁵ која се непосредно односе на питања старости, као и забрана дискриминације оних који траже запослење или су већ запослени, између осталог и по питању старости.

Одредбе Закона о раду јасно прописују забрану дискриминације. Наиме, забрањена је непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство (чл. 18). При томе, непосредна дискриминација, у смислу Закона, јесте свако поступање узроковано неким од основа из чл. 18, којим се лице које тражи запослење, као и запослени, ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији. Посредна дискриминација постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица - лице које тражи запослење, као и запосленог, због одређеног својства, статуса, опредељења или уверења из чл. 18 Закона (чл. 19). Такође, Законом је прописано да је дискриминација из чл. 18 забрањена у односу на: 1) услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; 2) услове рада и сва права из радног односа; 3) образовање, оспособљавање и усавршавање; 4) напредовање на послу; и 5) отказ уговора о раду. Одредбе уговора о раду којима се утврђује дискриминација по неком од основа из члана из члана 18. овог Закона ништаве су (чл. 20).

⁴³ Закон о раду, „Сл. гласник РС“ бр. ", бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009

⁴⁴ Приликом регулисања права запослених, Закон прописује да запослени има право на одговарајућу зарату, безбедност и заштиту живота и здравља на раду, здравствену заштиту, заштиту личног интегритета и друга права у случају болести, смањења или губитка радне способности и старости, материјално обезбеђење за време привремене незапослености, као и право на друге облике заштите, у складу са законом и општим актом (чл. 12).

⁴⁵ На пословима на којима постоји повећана опасност од повређивања, професионалних или других обољења може да ради само запослени који, поред посебних услова утврђених правилником, испуњава и услове за рад у погледу здравственог стања, психофизичких способности и доба живота, у складу са законом (чл. 82).

Забрана дискриминације прописана је и одредбама Закона о здравственој заштити,⁴⁶ у коме се у чл. 20 прописује начело правичности здравствене заштите. Ово начело се остварује забраном дискриминације приликом пружања здравствене заштите по основу расе, пола, старости, националне припадности, социјалног порекла, вероисповести, политичког или другог убеђења, имовног стања, културе, језика, врсте болести, психичког или телесног инвалидитета.

в) Норме кривичног законодавства

Према одредбама Кривичног законика Републике Србије из 2005. године⁴⁷ општа сврха прописивања и изрицања кривичних санкција је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством (чл. 4). Нормама кривичног законодавства штити се одређени друштвени поредак од криминалитета, као и живот и телесни интегритет човека, његове основне слободе и права, његово достојанство, част и углед, општа безбедност грађана, имовина, здравље људи, породица, закључење брака и др. Кривичним правом штите се она добра и вредности која су најважнија за појединца, као човека и грађанина и друштва као заједнице људи.⁴⁸ Наравно да су и добра и вредности остарелих, као и свих других особа у нашем друштву, заштићени кривичноправним нормама, с тим што се посебна заштита пружа и кроз прописивање појединих бића кривичних дела у оквиру групних заштитних објеката.

У Кривичном законнику издваја се инкриминација кршење породичних обавеза из чл. 196, из главе XIX под називом „Кривична дела против брака и породице“, која може бити од посебног значаја за заштиту телесног и психичког интегритета остарелих лица. Прописано је да ће казном затвора од три месеца до три године казнити онај учинилац који, кршењем законом утврђених породичних обавеза, остави у тешком положају члана породице који није у стању да се сам о себи стара. Ако је услед вршења дела наступило тешко нарушавање здравља члана породице, учинилац ће се казнити затвором од једне до пет година, а услед наступања смрти казна је од једне до осам година. Ако изрекне условну осуду за дело из ст. 1. и 2. овог члана, суд може одредити обавезу учиниоцу да извршава своје законом утврђене породичне обавезе.

Најновијим изменама и допунама Кривичног законика из 2009. године прописује се и мера безбедности забране приближавања и комуникације са

⁴⁶ Закон о здравственој заштити, „Сл. гласник РС“, бр. 107/2005 и 72/2009 – др. закон

⁴⁷ Кривични законик Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., и 72/2009

⁴⁸ Јовановић, Ј., Јовашевић, Д., *Кривично право (општи део)*, Номос, Београд, 2002., стр. 17.

оштећеним, значајна за заштиту од насиља у породици. Суд може учиниоцу кривичног дела забранити приближавање оштећеном на одређеној удаљености, забранити приступ у простор око места становања или места рада оштећеног и забранити даље узнемиравање оштећеног, односно даљу комуникацију са оштећеним, ако се оправдано може сматрати да би даље вршење таквих радњи учиниоца кривичног дела било опасно по оштећеног, при чему мера може трајати најдуже три године. Мера се може укинути пре истека времена за које је одређена, ако престану разлози због којих је одређена (чл. 89а ст. 1, 2 и 4).

Према одредбама Законика о кривичном поступку⁴⁹ уочена су посебна уређења неких процесних радњи у односу на својства остарелих особа. У чл. 101 прописано је да се позивање сведока врши достављањем писменог позива, у коме ће се навести име и презиме и занимање позваног, време и место доласка, кривични предмет по коме се позива, назначење да се позива као сведок и упозорење о последицама неоправданог изостанка (члан 108). Сведоци који се због старости, болести или тешких телесних мана не могу одазвати позиву, могу се испитати у свом стану (ст. 4). Затим, у Законнику се изричито прописује да осим случајева који су посебно прописани у овом законнику, записници о исказима сведока, саокривљених или већ осуђених учесника у кривичном делу, као и записници или друга писмена о налазу и мишљењу вештака, могу се по одлуци већа прочитати само у неким случајевима. Један од тих случајева је и онај који постоји онда када су саслушана, односно испитана лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних узрока (чл. 337 т.1).

г) Норме из области грађанског законодавства

У одредбама Породичног закона,⁵⁰ којима се уређују: брак и односи у браку, односи у ванбрачној заједници, односи детета и родитеља, усвојење, хранитељство, старатељство, издржавање, имовински односи у породици, заштита од насиља у породици, поступци у вези са породичним односима и лично име (чл. 1), не издвајају се посебне норме о заштити старих особа. Наглашено је да породица ужива посебну заштиту државе и да свако има право на поштовање свог породичног живота (чл. 2).

Норме којима се регулише грађански судски поступак, као и норме кривичног судског поступка, прописују неке посебне начине регулисања процесне радње доказивања, у односу на старост сведока. Тако, Закон о парничном поступку⁵¹, у гл. XX, под називом „Доказивање“, у чл. 243 прописује

⁴⁹ Законик о кривичном поступку Републике Србије, „Сл. лист СРЈ“, бр. 70/2001 и 68/2002 и „Сл. гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон и 72/2009

⁵⁰ Породични закон, „Сл. гласник Р. Србије“, бр. 18/2005

⁵¹ Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 125/2004

да се позивање сведока врши достављањем писменог позива у коме се наводи име и презиме позваног, време и место доласка, предмет по коме се позива и назначење да се позива као сведок. Сведоци који се због старости, болести или тешких телесних мана не могу одазвати позиву саслушаће се у свом стану.

г) Спречавање насиља у породици

Пре даљег навођења извесних норми кривичног и грађанског законодавства код нас, које могу бити посебно значајне за обезбеђење заштите старих особа, значајно је указати на тему која је последњих петнаестак година заокупљала пажњу домаће научне, стручне и опште јавности. Наиме, женски покрет у Србији, као и активности бројних криминолога/криминолошкиња, виктимолога/виктимолошкиња, указивали су на бројне погубне последице насиља у породици, као и на непостојање адекватних механизма заштите жртава породичног насиља код нас,⁵² све до 2002. године.

Потписивањем и ратификовањем међународних инструмената државе стичу моралну и политичку обавезу да законом забране кршење људских права жена, која се дешавају унутар породице и да предузимају одређене мере превенције и заштите. У међународним документима се, поред осталог, тражи да државе приликом дефинисања насиља у породици у својим законима и политичким документима истражу посебну пажњу следећим околностима: насиље у породици је специфичан облик родно базираног насиља; приликом дефинисања овог облика насиља треба обухватити широк круг заштићених лица; треба обухватити најмање три врсте насиља (физичко, сексуално и психичко насиље), као и контролне тактике; треба јасно указати шта се то подразумева под економским насиљем; из самих дефиниција треба да буду виљиви узроци насиља у породици, као основа за развијање ефективних мера превенције и заштите.⁵³

Међутим, све до шездесетих година 20. века, у међународним оквирина, насиље у породици се није сматрало као друштвено негативно понашање. Доминирало је схватање да је „дом човекова тврђава“, да је насиље у оквиру породице приватна ствар и да конфликте, ако не дође до nanoшења тежих повреда или лишења живота, треба да реше сами чланови породице. Промена односа једног савременог друштва према насиљу у породици дошло је тек

⁵² Видети: Константиновић-Вилић, С., Петрушић, Н., *Кривично дело насиља у породици: правна пракса у Републици Србији*, Женски истраживачки центар за едукацију и комуникацију Ниш, 2004., стр. 3.

⁵³ Николић-Ристановић, В., Докмановић, М., „Међународни стандарди и насиље у породици“, *Темда*, бр. 2/2005., стр. 12-14; *Међународни стандарди о насиљу у породици и њихова примена на Западном Балкану*, Виктимолошко друштво Србије и „Прометеј“, Београд, 2006., стр. 75.

седамдесетих година 20. века. Према схватањима неких савремених криминолошкиња, било је више чинилаца који су утицали на то да се ова појава сагледа као изузетно друштвено опасна. То су, пре свега, активности женског покрета, као и других покрета за права жртава насиља у породици, али и лобирање за увођење ефикаснијих механизма заштите. Тако је временом полако сазревало схватање да је насиље у породици криминалитет, да друштвена опасност овог облика криминалитета није мања с обзиром на то да се врши „у оквиру породице“ и да насиље у породици није приватна ствар чланова породице.⁵⁴

Данас, почетком 21. века, породично насиље се посматра као тип криминалитета, који, иако санкционисан и даље представља недовљно истражено криминално подручје што, по својим непознаницама о извршиоцу или жртвама, спада у тамну бројку криминалитета. Чак су и најразвијеније земље света, попут САД, тек у другој половини прошлога века почеле озбиљније да разматрају феномен насиља у породици, са циљем да оно постане предмет криминално-политичког деловања на једном свеобухватнијем друштвеном плану. Тако, 1982. године у САД Одељење за жртве (the Task Force on Victims) нагласило је у својим извештајима сву озбиљност испољавања насиља у породици, као и то да је насиље у породици много сложенија појава од насиља према странцима. Одељење је тада препоручило држави да формира потпуно нову службу која би се бавила проучавањем насиља у породици. Септембра 1982. године основано је Одељење за праћење насиља у породици (the Task Force on Family Violence), али је Конгрес тек 1994. године донео Закон о насиљу према женама (the Violence Against Women Act).⁵⁵

Тешкоће око дефинисања или прецизног одређења насиља у породици настају, пре свега, због различите законске регулативе у појединим земљама, што онемогућава прикупљање података на ширем географском нивоу. Такође, жртве нерадо пријављују злочин, који се често процесуира као неки други облик криминалитета, попут наношења телесних повреда, сексуалних напада и сл. У многим случајевима жртве одустају од сведочења, па то онемогућава да учињено дело буде евидентирано.⁵⁶

У криминолошкој литератури некада се као видови испољавања насиља у породици наводе: злостављање деце, злостављање старих особа,

⁵⁴ Видети опширније објашњење: Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., *Криминологија*, Пеликан-ПРИНТ, Ниш, 2009., стр. 120-121.

⁵⁵ Видети: Violent Crime Control and Law Enforcement Act of 1994, Public Law 103-322 (13 September 1994), Title IV, „Violence Against Women“, цит. према: Sue Titus Reid, *Crime and Criminology*, McGraw-Hill, Florida State University, 2003., стр. 213-214.

⁵⁶ Видети: Костић, М., „Насиље у породици – две методе судске заштите“, Зборник радова са научног скупа: *Новине у породичном законодавству*, Правни факултет у Нишу, 28. април 2006., стр. 236-237.

физичко злостављање жена, физичко злостављање мушкараца.⁵⁷ Од домаћих ауторки, на пример, Константиновић-Вилић, Николић-Ристановић и Костић насиље у породици (породично насиље, насиље у породичној заједници, кућно насиље) одређују као примену физичке и психичке силе према члановима породице уз угрожавање и повређивање домена сигурности и односа поверења и испољавања контроле и моћи над члановима породице, без обзира да ли је у важећем законодавству предвиђено као кривично дело и да ли је извршилац насиља пријављен органима гоњења.⁵⁸ Насиље у породици се може јавити у више облика: насиље у браку, насиље према члановима заједничког домаћинства (најчешће према старим особама), насиље према деци.⁵⁹

Резултати истраживања о насиљу у породици, до сада објављени у области психологије, социологије и криминологије указују на нека сазнања од важности за превентивно деловање органа формалне и неформалне друштвене контроле у циљу сузбијања обима ове појаве. Наиме, истиче се да је пораст насиља у друштву директно повезан са порастом насиља у породици. Особа (најчешће жена, дете и стара особа) може бити изложена насиљу у породици током целог свог живота, од детињства до дубоке старости и то великом броју понашања која један члан породице предузима према другом да би успоставио моћ или контролу или задовољио неке своје потребе на штету другог члана. Последице изложености насиљу су бројне и битно утичу на ментално здравље оних који су им непосредно изложени, али и оних који га посматрају. Такође, на основу спроведених истраживања је изведен закључак да је појава насиља у породици резултат интерактивног деловања низа чинилаца, индивидуалних и друштвених, као и да количина насиља доживљена у детињству доприноси развоју и прибегавању насиља у међуљудским сукобима у одраслом добу живота.⁶⁰

Иако не постоје поуздани статистички подаци, Константиновић-Вилић и Петрушић, у својој обимној студији *Кривично дело насиља у породици – правна пракса у Републици Србији* (Ниш, 2004), указују на то да је према расположивим подацима извесно да је насиље у породици у значајној мери распрострањено и у нашој земљи, да има своје озбиљне последице, као и да су његове жртве далеко чешће жене и деца него одрасли мушкарци.⁶¹

⁵⁷ Видети: Sue Titus Reid, op. cit., стр. 214-219.

⁵⁸ Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М., loc. cit.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ајдуковић, М., *Одређење и облици насиља у обитељи*, Насиље над женом у обитељи, Друштво за психолошку помоћ, Загреб, 2000., стр. 11., цит. у: Константиновић-Вилић, С., Петрушић, Н., op. cit., стр. 8-9.

⁶¹ Видети: *Породично насиље у Србији* (ур. Николић-Ристановић В.), Виктимолошко друштво Србије, Београд, 2002., стр. 13., наведено у: Константиновић-Вилић, С., Петрушић, Н., op. cit., стр. 14.

Због изузетне друштвене опасности и распрострањености насиља у породици, које се и даље споро утужује, још теже доказује, настала је потреба за садејством судова у отклањању последица овог облика непожељног понашања. Одредбе домаћег кривичног и грађанског законодавства прописују заштиту од насиља у породици, одређују широк круг чланова породице којима се пружа правна заштита од насиља у породици и уједно регулишу две методе судске заштите од насиља у породици.

Инкриминација насиља у породици није постојала у домаћем кривичном законодавству све до 2002. године. Народна скупштина Републике Србије донела је 28.2.2002. године Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије,⁶² којим је у чл. 118а предвиђено ново кривично дело, под називом „Насиље у породици“. До ступања на снагу овог Закона, у случајевима насиља у породици примењиване су одредбе Кривичног закона Републике Србије о лакој или тешкој телесној повреди и другим кривичним делима из домена општег криминалитета.⁶³

Кривичноправна заштита од насиља у породици пружа се у домаћем законодавству инкриминацијом под називом *насиље у породици* у Кривичном законнику Републике Србије из 2005. године (групни заштитни објект кривична дела против брака и породице, чл. 194).

Према одредби Кривичног законика РС постоје четири облика извршења кривичног дела насиља у породици и то од најлакшег до најтежег (чл. 194).

Радња првог облика кривичног дела састоји се у примени насиља, претњи да ће напасти на живот или тело, дрском или безобзирном понашању којима се угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана породице. Овом одредбом пружа се заштита члану породице који је био жртва физичког насиља које има за последицу лаку телесну повреду и/или психичког насиља. За овај облик је предвиђено кажњавање новчаном казном или затвором до једне године.

Други облик извршења кривичног дела насиља у породици описан је у ст. 2 чл. 194. КЗ и тај облик постоји онда ако је при извршењу дела из ст. 1 овог члана коришћено оружје, опасно оруђе или друго средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши. Последица радње извршења у овом случају може да буде наношење лаке телесне повреде и то тзв. „опасне лаке телесне повреде“. Повреде су исте као и у случају „обичне“ лаке телесне повреде, а разлика је у томе што је приликом извршења дела коришћено оружје или оруђе или друго средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши. За овај облик дела предвиђено је кажњавање затвором од три месеца до три године.

⁶² Закон о изменама и допунама Кривичног закона Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 10/2002

⁶³ Видети: Константиновић-Вилић, С., Петрушић, Н., *op. cit.*, стр. 4.

Ако је услед дела из ст. 1. и 2. чл. 194. КЗ наступила тешка телесна повреда или тешко нарушавање здравља или су учињена према малолетном лицу, учинилац ће се казнити затвором од једне до осам година. Четврти облик испољавања кривичног дела насиља у породици уједно је и најтежи. Уколико услед поступака из ст. 1, 2. и 3. чл. 194. наступи смрт члана породице, учинилац ће се казнити затвором од три до дванаест година.⁶⁴ У последњем ставу члана 194. предвиђене су последице за учиниоца уколико прекрши мере заштите од насиља у породици које му је суд одредио на основу закона. У том случају учинилац ће се казнити новчаном казном или затвором до шест месеци. Законодавац овде предвиђа изрицање мера заштита од насиља у породици које су прописане одредбама Породичног закона Републике Србије.⁶⁵

Намера законодавца била је да породици пружи шири облик заштите, па је насиље у породици, путем породичноправних одредби, постало, као спор, и предмет грађанског (парничног) поступка. Породични закон РС прописује одредбе којима се регулише заштита од насиља у породици, као и посебан парнични поступак за заштиту од насиља у породици.

У Породичном закону најпре је одређено насиље у породици, тако да је то понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице (чл. 197). Као облици испољавања насиља у породици сматрају се следећи поступци: наношење или покушај наношења телесних повреда; изазивање страха претњом убиства или наношења повреде члану породице или њему блиском лицу; присиљавање на сексуални однос; навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило четрнаест година живота или немоћним лицем; ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицем; вређање, као и свако друго дрско, безобзирно или злонамерно понашање. Ради целисходности поступка и ефикасније заштите жртава породичног насиља, Породични закон прописује широк круг лица која се сматрају члановима породице. То су: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбинском или адаптивном сродству, односно лица која везује хранитељство; лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству; ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери; лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

⁶⁴ Према одредбама раније важећег КЗРС, за сва четири облика радње извршења кривичног дела насиља у породици из чл. 118а било је прописано теже кажњавање него што је то предвиђено одредбама Кривичног законика РС из 2005. године.

⁶⁵ *Породични закон Републике Србије*, "Сл. гласник РС", бр. 18/2005.

Породични закон прописује мере заштите против насиља у породици (чл. 198). Против члана породице који врши насиље, суд може одредити једну или више мера заштите од насиља у породици, којом се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице. Породични закон предвиђа пет врста мера заштите од насиља у породици: издавање налога за иселење из породичног стана или куће, без обзира на право својине односно закупа непокретности; издавање налога за уселење у породични стан или кућу, без обзира на право својине односно закупа непокретности; забрану приближавања члану породице на одређеној удаљености; забрану приступа у простор око места становања или места рада члана породице; забрану даљег узнемиравања члана породице. Мера заштите од насиља у породици може трајати највише годину дана. Време проведено у притвору као и свако лишење слободе у вези са кривичним делом односно прекршајем урачунава се у време трајања мере заштите од насиља у породици. Мера заштите од насиља у породици може се продужавати све док не престану разлози због којих је мера била одређена (чл. 199), а мера може престати пре истека времена трајања ако престану разлози због којих је мера била одређена (чл. 200).

Породични закон прописује одредбе којима се регулише посебан парнични поступак за заштиту од насиља у породици (чл. 283-285). У овом поступку месно је надлежан, поред суда опште месне надлежности и суд на чијем подручју има пребивалиште, односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено. Поступак у спору за заштиту од насиља у породици покреће се тужбом. Тужбу за одређивање мере заштите од насиља у породици, као и за продужење мере, могу поднети: члан породице према коме је насиље извршено, његов законски заступник, јавни тужилац и орган старатељства. Тужбу за престанак мере заштите од насиља у породици може поднети члан породице против кога је мера одређена. Породични закон прописује да је поступак у спору за заштиту од насиља у породици нарочито хитан. Прво рочиште заказује се тако да се одржи у року од осам дана од када је тужба примљена у суду. Другостепени суд је дужан да донесе одлуку у року од петнаест дана од дана када му је достављена жалба.

У спору за заштиту од насиља у породици посебну улогу има орган старатељства у смислу да ако овај орган није покретач поступка суд може затражити од органа старатељства да пружи помоћ у прибављању потребних доказа и да изнесе своје мишљење о сврсисходности тражене мере.

У овом поступку долази до одступања од начела диспозиције, што значи да суд није везан границама тужбеног захтева за заштиту од насиља у породици. Суд може одредити и меру заштите од насиља у породици која није тражена ако оцени да се таквом мером најбоље постиже заштита. Иначе, жалба не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу мере заштите од насиља у породици.

Нарочити напредак у погледу остваривања заштите жртава од насиља у породици остварен је одредбама Породичног закона којима се по први пут прописује обавеза вођења евиденције и формирање документације о насиљу у породици. Пресуду у спору за заштиту од насиља у породици суд је дужан да одмах достави како органу старатељства на чијој територији има пребивалиште односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено, тако и органу старатељства на чијој територији има пребивалиште односно боравиште члан породице против кога је мера заштите одређена. Орган старатељства дужан је да води евиденцију и документацију како о лицима према којима је насиље извршено, тако и о лицима против којих је одређена мера заштите. Начин вођења евиденције и документације прописује министар надлежан за породичну заштиту.

Аутономна покрајина Војводина донела је сопствену Одлуку о стратегији за заштиту од насиља у породици и других облика родно заснованог насиља у Аутономној Покрајини Војводини за период од 2008-2012.⁶⁶ Као један од краткорочних циљева у Одлуци истиче се и неопходност сензибилизације и едуковања запослених у релевантним институцијама за тешкоће с којима се суочавају жртве из специфичних друштвених група (Ромкиње као жртве насиља, особе са инвалидитетом, избегла и расељена лица, сиромашне, старе и особе са села, особе различите сексуалне оријентације и др.). Затим, у локалним стратегијама социјалне политике треба подржати развијање програма (акционих планова) против насиља у породици и других облика родно заснованог насиља, као и мере према специфичним циљним групама (Ромкиње, особе са инвалидитетом, избегла и расељена лица, сиромашне, старе и особе са села, особе различите сексуалне оријентације и др.). Развијање локалних планова деловања треба да буде и у томе да се придруже медијским акцијама и кампањама против насиља у породици и насиља над женама, децом, старим и немоћним лицима.

Политички став и акција, као и све мере заштите од насиља у породици и других облика родно заснованог насиља, морају поштовати све специфичности циљних група - расне, националне, класне, старосну доб, место порекла и живота, породични статус, инвалидитет, хроничне болести и психолошке тешкоће, сексуалну оријентацију и друга лична својства - без дискриминације. Права на заштиту не смеју бити кршена због разлога који су у вези с обичајима, религијом, традицијом и др.

У Одлуци се истиче да се родно засновано насиље најчешће изједначава с насиљем против жена и између осталог укључује и насиље које почини или одобри држава или њени представници/службеници према осо-

⁶⁶ Одлука о стратегији за заштиту од насиља у породици и других облика родно заснованог насиља у Аутономној Покрајини Војводини за период од 2008-2012, „Сл. лист АП Војводине“, бр. 20/2008

бама у институцијама - у школама, ученичким домовима, домовима за смештај деце без родитељског старања, домовима за стара и болесна лица, психијатријским институцијама, притворским установама и затворима.

д) **Норме о социјалној и здравственој заштити, пензијској и инвалидској сигурности**

Закон о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана⁶⁷ прописује право на смештај у установу социјалне заштите пензионеру и другом старом лицу⁶⁸ које због неповољних здравствених, социјалних, стамбених и породичних прилика није у могућности да живи у породици, односно у домаћинству. Смештај у установу социјалне заштите врши се по решењу центра за социјални рад, донетом на основу налаза и мишљења одговарајућег стручног тима центра о неопходности смештаја. Налаз и мишљење треба да садржи оцену да су испуњени прописани услови (чл. 37 ст. 1), као и констатацију да је центар благовремено испитао могућност и предузео мере да се обезбеди ванинституционални облик заштите и да је, у конкретном случају, смештај у установу социјалне заштите најцелисходнији облик заштите (чл. 37).

Смештај у установу социјалне заштите остварује се упућивањем корисника у одговарајућу установу у којој се обезбеђује.⁶⁹ збрињавање (становање, исхрана, одевање, нега, помоћ и старање), васпитање и образовање, оспособљавање за одређене радне активности и здравствена заштита у складу са посебним прописима,⁷⁰ радно-окупационе, културно-забавне и рекреати-

⁶⁷ Закон о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана, „Сл. гласник РС“, бр. 36/91, 79/91, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 48/94, 52/96, 29/2001, 84/2004, 101/2005 - др. закон и 115/2005

⁶⁸ Влада Републике Србије донела је документ под називом „Смештај старих у дом“, у коме се истиче да је основна делатност домова за старе институционална брига о старима. Закон о социјалној заштити и обезбеђивању социјалне сигурности грађана домове за старе сврстава у јавне службе намењене задовољавању посебних потреба старих особа које због болести, старости или из других разлога не могу живети у свом дому, односно у породичном окружењу. Тренутно у Србији има места у 38 домова за старе. У документу се даље објашњава читав поступак смештаја остарелих особа, као и дневна организација њиховог живота у домским условима. Видети: „Смештај старих у дом“, www.minrzs.gov.rs/cir/index.php?option...id... - приступ: 17.11.2009. године

⁶⁹ Значајно је доношење *Правилника о учешћу сродника у издржавању корисника права у социјалној заштити* („Сл. гласник РС“ бр. 36/93, 88/93, 20/94, 35/97, 61/01, 99/04, 100/04, 10/06), где је у чл. 1 прописано да се утврђују критеријуми и мерила за одређивање учешћа лица која су као сродници, према прописима о браку и породичним односима, обвезници издржавања у издржавању лица неспособног за рад, у трошковима смештаја корисника у установи социјалне заштите или у другој породици, као и за одређивање средстава за личне потребе лица која користе смештај.

⁷⁰ Закон о здравственој заштити Републике Србије у чл. 88 прописује да се здравствена нега и

вно-рехабилитационе активности и услуге социјалног рада. Изузетно, смештај се може вршити и у стационарној здравственој установи, која испуњава услове за пружање услуга смештаја, као и у домовима ученика, односно студената када се корисник упућује на оспособљавање за рад, на основу уговора о пружању услуга који закључује центар за социјални рад са одговарајућом установом, по прибављеном мишљењу министарства надлежног за социјална питања (чл. 36).

Улога центра за социјални рад, као упутне установе, за остварење права на смештај у установу социјалне заштите, непосредно је нормирана Правилником о организацији, нормативима и стандардима рада центара за социјални рад.⁷¹ Центар је дужан да свој рад организује на начин да омогући доступност услуга свима онима којима су оне потребне, са посебном пажњом усмереном на рањиве групе (деца, стари, инвалиди, припадници мањинских група и др.) (чл. 8). Запослени на овим пословима обављају и послове информисања, правног саветовања, те учешћа у процени, планирању и реализацији услуга и мера социјалне и старатељске заштите, у сарадњи са запосленим стручним радницима на пословима заштите деце и омладине, односно одраслих и старих лица (чл. 20). Као једна од унутрашњих организационих јединица при центрима за социјални рад образују се и служба за заштиту одраслих и старих, уколико је на стручним пословима у центру ангажовано најмање десет запослених са одговарајућом стручном спремом (чл. 24).

Министарство за рад и социјална питања донело је и Одлуку о мрежи установа социјалне заштите за смештај корисника.⁷² Установе социјалне заштите за смештај корисника оснивају се ради остваривања права смештаја у установу социјалне заштите и смештаја у другу породицу, која су законом утврђена као права од општег интереса. Установе социјалне заштите за смештај старих лица дужне су да, у року од шест месеци од дана ступања на снагу ове одлуке, ускладе број и структуру запослених и број и структуру корисника са капацитетима утврђеним овом одлуком.

Ради успостављања критеријума и мерила за утврђивање цена услуга у установама социјалне заштите за смештај корисника које оснива Република и у центрима за социјални рад када обезбеђују смештај корисника, као и цена услуга смештаја у другу породицу и цена програма рада центра за социјални рад у делу послова који се односи на вршење јавних овлашћења, Влада је донела Правилник о критеријумима и мерилима за утврђивање цена услуга у

рехабилитација за лица смештена у установе социјалног старања обезбеђује као здравствена делатност на примарном нивоу.

⁷¹ *Правилник о организацији, нормативима и стандардима рада центара за социјални рад*, „Сл. гласник РС“, бр. 59/2008

⁷² *Одлука о мрежи установа социјалне заштите за смештај корисника*, „Сл. гласник РС“, бр. 51/2008

области социјалне заштите које финансира Република.⁷³ Месечна накнада за издржавање одраслог и старог лица у хранитељској породици утврђује се једном годишње у износу од 40% од износа просечне зараде без пореза и доприноса по запосленом у Републици остварене у јуну месецу текуће године и усклађује се сваког месеца са индексом трошкова живота. Месечна накнада за рад хранитеља који обезбеђује смештај одраслог и старог лица износи 20% од просечне зараде без пореза и доприноса остварене по запосленом у Републици у претходном месецу (чл. 10б ст. 1 и ст. 4).

У циљу старања о социјалном положају остарелих особа, Министарство за рад и социјална питања донело је 2007. године Одлуку о образовању Савета за питања старости и старења,⁷⁴ чији су задаци да: разматра питања старења, друштвеног и економског положаја старих лица, могућности коришћења њихових радних и стваралачких потенцијала и учешћа у развоју друштва, привредном и јавном животу; покреће одговарајуће иницијативе за унапређење сарадње са државним органима, стручним, хуманитарним и струковним организацијама и удружењима ради побољшања квалитета живота у старости, разматра питања унапређења научних и стручних дисциплина у области геронтологије, покреће иницијативе за измене и допуне прописа који регулишу питања од значаја за социјалну сигурност и квалитет живота у старости и предлаже унапређивање и усмеравање међународне сарадње у овој области. Савет је образован за период од четири године. У одлуци су и таксативно наведене особе које се именују у Савет. Савет је обавезан да доставља извештаје о раду надлежним одборима, односно министарству.

Према одредби Закона о пензијском и инвалидском осигурању⁷⁵ у чл. 3 предвиђено је да се обавезним пензијским и инвалидским осигурањем обезбеђују права за случај старости, инвалидности, смрти и телесног оштећења. Закон прописује и добровољно пензијско и инвалидско осигурање, које одређује као осигурање којим се, на основу уговора, могу обезбедити права за случај старости, инвалидности, смрти и телесног оштећења или већи обим тих права од обима утврђеног овим законом, као и друга права из овог осигурања (чл. 4). За случај старости, Закон прописује право на старосну пензију (чл. 18 ст. 1 т. 1).⁷⁶

⁷³ *Правилник о критеријумима и мерилима за утврђивање цена услуга у области социјалне заштите које финансира Република*, „Сл. гласник РС“, бр. 15/92, 100/93, 12/94, 51/97, 70/03, 97/03, 99/04, 100/04, 25/05, 77/05, 60/06

⁷⁴ *Одлука о образовању Савета за питања старости и старења*, „Сл. гласник РС“, бр. 93/2007

⁷⁵ *Закон о пензијском и инвалидском осигурању*, „Сл. гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004 - одлука УСРС, 84/2004 - др. закон, 85/2005, 101/2005 - др. закон и 63/2006 - одлука УСРС

⁷⁶ Као алтернативне могућности, у модерном свету све су озбиљнији предлози да мајке на изборима треба да имају додатни глас за свако малолетно дете, а да радно способни треба да уплаћују део свог пензијског осигурања директно својим родитељима. Тако би и радно способни родитељи били стимулирани да имају више деце која би им, у старости, сопственим

У области здравствене заштите, у чл. 68 Уставом се прописује да свако има право на заштиту свог физичког и психичког здравља. Деца, труднице, мајке током породилског одсуства, самохрани родитељи са децом до седме године и стари остварују здравствену заштиту из јавних прихода, ако је не остварују на други начин, у складу са законом.

Закон о здравственој заштити у чл. 11 прописује да се у Србији остварује друштвена брига за здравље, под једнаким условима и то обезбеђивањем здравствене заштите групација становништва које су изложене повећаном ризику обољевања, затим здравственом заштитом лица у вези са спречавањем, сузбијањем, раним откривањем и лечењем болести од већег социјално-медицинског значаја, као и здравственом заштитом социјално угроженог становништва. Здравствена заштита члана обухвата посебно лица старија од 65 година живота. Законом је предвиђено и оснивање посебних завода за геронтологију, као здравствених установа у којима се обавља здравствена заштита старих лица и спроводе мере за очување и унапређење здравља и превенцију болести ове популационе групе, као и обављање делатности кућног лечења и неге, палијативног збрињавања и рехабилитације старих лица (чл. 106).

Такође, Закон прописује да су број и старосна структура становништва, као и здравствено стање становништва, између осталог, важни приликом оснивања здравствених установа средствима у државној својини (чл. 47). Осим тога, здравствени радник корисник старосне пензије, уз сагласност коморе здравствених радника може основати рад приватне праксе (чл. 55).

ђ) Нормативна активност града Ниша

Нормативна активност Града Ниша, односи се и на предлагање и усвајање посебно важног документа за становнике, а то је Буџет Града Ниша. Градско веће Града Ниша учинило је децембра 2008. године Предлог одлуке о буџету Града Ниша за 2009. годину.⁷⁷ Као посебна ставка за издвајање материјалних средстава предвиђена је „старост“. Прво издвајање односи се на накнаде за социјалну заштиту из буџета у износу од 4 100 000 динара. Ова апропријација намењена је за финансирање припремања и допремања хране за децу ометену у развоју и стара и изнемогла лица у износу од 3 000 000

уплатама повећала пензије. Последњим решењем поново бисмо дошли у ситуацију да нас наша деца „лебом“ ране. Видети: *Одлука о доношењу програма демографског развоја Аутономне покрајине Војводине са мерама за његово спровођење*, „Сл. лист АП Војводине“, бр. 3/2005

⁷⁷ Видети: *Предлог одлуке о буџету Града Ниша за 2009. годину*,

<http://www.ni.rs/uploads/doc/odluke/081212odluke-budzet09.pdf>, приступ: 20.11.2009. године

Одлука о буџету Града Ниша за 2009., „Сл. лист Града Ниша“ бр. 117/2008

Видети и: *Одлука о буџету Града Ниша за 2008.*, „Сл. лист Града Ниша“ бр. 86/2007 и 36/2008

динара, за помоћ у кући 1 000 000 динара и дневни боравак за старе особе у износу од 100 000 динара.

Програм развоја Града Ниша за 2009. годину⁷⁸ предвиђа да је циљ здравствене заштите очување и унапређење здравља грађана, а посебно рањивих популационих група, међу којима се посебно издвајају: сиромашни, избегли и расељени, деца и мајке, старе особе, мањинске групе, уз поштовање принципа правичности и једнакости у коришћењу здравствене заштите на основу пакета основних здравствених услуга у оквиру обавезног здравственог осигурања. Такође, према Програму развоја, Геронтолошки центар Ниш наставиће активности за: стварање услова за отварање прихватилишта за стара и одрасла лица; реализацију Пројекта „Дневни боравак за старе и покретне дементне старе особе“ и реафирмацију улоге локалне заједнице у бризи о старијим лицима.

Одлуком о правима из области социјалне заштите на територији Града Ниша⁷⁹ утврђују се права и посебни облици социјалне заштите грађана и породица на територији града Ниша, услови и начин остваривања права и посебних облика социјалне заштите. Помоћ у кући могу да остваре стара, инвалидна и хронично оболела лица, која живе сама у домаћинству или с другим лицем неспособним за пружање помоћи, у трајању до 60 сати месечно. Дневни боравак за старе особе организује се и спроводи у дневним центрима и клубовима за одрасла и стара лица. Дневни боравак за старе особе организовале правна лица са којима Град закључује уговор. У Дневном центру се корисницима пружају услуге исхране, одговарајуће здравствене заштите, радне и окупационе терапије, културно - забавне и рекреативне активности и друге услуге зависно од потреба корисника. У Дневном центру се обезбеђује боравак у трајању од 10 часова сваког радног дана осим недеље. У клубовима се задовољавају свакодневне животне потребе, а нарочито: дружење, социјална интеграција и рехабилитација, развијање солидарности, односно самопомоћи, културно - забавне, рекреативне, духовне и друге потребе. Право на бесплатне услуге дневног боравка има лице које је остварило право на материјално обезбеђење. Центар за социјални рад на основу утврђених критеријума цени могућност, потребе и целисходност овог облика заштите у сваком конкретном случају (чл. 16).

Извршни одбор Града Ниша на седници одржаној 28. септембра 1996. године донео је Правилник о нормативима и стандардима за обављање делатности помоћи у кући и клубовима за одрасле и стара лица којим се утврђују нормативи и стандарди за обављање делатности помоћи у кући и

⁷⁸ Видети: *Програм развоја Града Ниша за 2009. годину*, <http://www.privredanis.org.rs/ORNacPrRazvGN09.pdf>, приступ: 20.11.2009. године

⁷⁹ *Одлука о правима из области социјалне заштите на територији Града Ниша*, „Сл. лист Града Ниша“ бр. 2/2008

делатности у клубовима за одрасла и стара лица о чијем се обезбеђењу стара Град Ниш. Делатност помоћи у кући обавља се пружањем следећих услуга корисницима: обављање неопходних кућних послова, допремање хране у домове корисника, одржавање хигијене просторија у којима корисник живи, одржавање одевних предмета, пресвлачење постељине, обављање елементарних поправки у стану корисника и других неопходних послова, по процени центра за социјални рад (чл. 4). У клубовима за одрасла и стара лица обезбеђује се: боравак старијим грађанима у циљу окупљања, дружења, читања штампе и књига, праћење радио и ТВ програма, друштвене игре и слично; оброк; сервисне услуге као што су: прање и пеглање веша, одржавање личне хигијене корисника, фризерско-берберске услуге и друго (чл. 8).

„Комисија за родну равноправност и једнаке могућности Скупштине града Ниша саопштила је да „неће пристати на злоупотребу и политизацију“ скупштинске одлуке о оснивању прихватилишта за жртве насиља. На седници градског парламента одборници су одлучили да се формира градска установа која ће пружати помоћ свим жртвама насиља, а не само женама. Тренутно у Нишу функционише Прихватилиште за жене и децу, које ради уз помоћ града, али није градска установа“.⁸⁰ Овим речима пропраћено је у медијима доношење Одлуке о оснивању прихватилишта за жртве насиља⁸¹ у Нишу. Делатност Установе је: збрињавање жртава насиља; обезбеђење безбедног смештаја, исхране и хигијенских потреба; саветодавна; психолошка подршка; медицинска помоћ; правна помоћ; помоћ жртвама при контакту са надлежним институцијама; социјална помоћ (чл. 2).

На основу чл. 25 и 27 Одлуке о комуналним делатностима⁸² Управни одбор превозника ЈП „Аеродром“ Ниш донео је 10.9.2007. године Одлуку о ценама превоза и финансирању функције превоза путника у градском и приградском саобраћају. Лица од 70 година старости право на доживотну бесплатну вожњу стичу добијањем легитимације на основу поднесеног захтева и оверене фотокопије личне карте уз подношење оригинала на увид.

3. Примери из праксе

У првој половини 2004. године у Геронтолошком центру у Нишу издвојени су случајеви различитих облика злостављања остарелих лица, корисника услуга отвореног вида заштите, који су тада и боравили у Центру. Иначе, центри за социјални рад из свих градова на територији Републике

⁸⁰ Глас јавности: „Мушкарци коначно под заштитом“, <http://www.glas-javnosti.rs/clanak/glas-javnosti-10-11-2007/muskarci-konacno-pod-zastitom>, приступ: 20.11.2009.

⁸¹ Одлука о оснивању прихватилишта за жртве насиља, „Сл. лист Града Ниша“ бр. 77/2007

⁸² Видети: Одлука о комуналним делатностима, „Сл. лист Града Ниша“ бр. 32/2007 и 40/2007

Србије могу да буду упутни органи за смештај корисника у Геронтолошки центар Ниш. Тада, у време истраживања, у Центру је боравио 231 корисник/корисница (у даљем тексту: корисник) услуга. Од тога броја, њих 14 било је у могућности да сноси трошкове боравка у установи од сопствених средстава, 133 сносили су трошкове боравка уз помоћ својих сродника, 38 је било делимично способно, па је разлику доплаћивало Министарство за рад, запошљавање и социјална питања, док 46 корисника није поседовало никакве приходе, па је пуни износ плаћало Министарство. Издвојени су случајеви: физичког злостављања, емоционалног злостављања и економске експлоатације корисника. Стручни тим Центра није поседовао сазнања о сексуалном злостављању корисника јер нико од њих, приликом пријема у установу, то није описао приликом интервјуа. Сви описани случајеви злостављања пријављени су приликом пријема у установу.⁸³

Тако се случај физичког злостављања односио на мушкарца НН, старог 70 година из Ниша. Приликом пријема корисник је показивао психо-физичку очуваност, био је оријентисан, материјално независан, трошкове смештаја сносио је уз помоћ ћерке. На тесту КОН 6 манифестовао је изразиту социјалну дезадаптацију, односно смањену могућност пре-структурирања социјалног поља и промене у том пољу. НН је био пензионер, високошколског образовања, друштвено активна особа у радном периоду. За живота супруге живели су у сопственом стану, солидног социјалног статуса. Ћерка се удала и засновала сопствено домаћинство. Он и супруга остали су да живе са незапошљеним сином старим 45 година. Због поремећених породичних односа син је оца напао секиром и нанео му тешке телесне повреде у виду посекотина, прелома ребара и руке и повреде главе. Након тога, у договору са ћерком, родитељи су донели одлуку да сместа напусте стан и смештај потраже у Геронтолошком центру у Нишу. Непокретна супруга, везана за постељу, убрзо је по смештају преминула. Корисник је и даље живео у великом страху од сина. Врхунац породичне дисфункционалности, по мишљењу НН, био је узрокован ванпородичним факторима. „Друштвене норме су онемогућиле мога сина да оствари своју дугогодишњу жељу, а он је уједно озлојеђен на мене јер је мислио да сам могао да му средим да оде у иностранство“.⁸⁴ Сукобе је продубило нерешено питање заоставштине између брата и сестре за живота родитеља. Корисник је негирао физичко насиље од стране сина пре напада секиром, али су били могући други облици злостављања (вербално).

У случају драстичног осиромашења друштва и пада животног стандарда брига за остарело лице често је мотивисана економским разлозима,

⁸³ Костић, М., Ђорђевић, Р., „Виктимизација старих особа као припадника посебне маргиналне групе“, *Темид*, Београд, бр. год. 7, јун 2004., стр. 9-10.

⁸⁴ *ibid.*

а не емоционалним везама. Емоционално злостављање и социјално занемаривање манифестовало се у случају НН корисника мушког пола, старог 74 године. Он је био војни пензионер који је, након смрти супруге, живео као подстанар од 2002. године. Особа је била психофизички очувана, самостални и независни корисник, али са битно поремећеним односима са сином и ћерком. Приликом пријема на Kottell индексу манифестовао је изражену депресивност (око 85%), неуротичност која је испод просека (N=22), када говори о свом животу са супругом плачљивост уз благо присутну вербалну агресивност према сопственој деци. НН и његова супруга били су власници великог стана у Нишу. Стан су продали ћерка и син и увели родитеље у подстанарски однос са образложењем да морају реишати стамбене прилике сопствених породица. „Они су убили моју супругу и своју мајку, а ја полако умирем“.⁸⁵ Из подстанарског статуса НН је изашао својом вољом јер му се „живот у таквим условима учинио неподношљивим“, а он сам је био недовољно мотивисан да испуњава дневне егзистенцијалне потребе. Одбијао је контакте са децом. Продужени период његове адаптације односио се на већи број површних контаката са другим корисницима, уз стално гунђање и изражавање незадовољства ситуацијом у којој се налази (у трпезарији, холу, ТВ сали). Својим спољашњим изгледом одавао је особу пуну тензија, хиперактивности и неусмереног лутања у непосредној околини Центра. Корисник је био преплављен осећањима искоришћености и одбачености, за које се тада прогнозирао да ће у њему бити трајно присутне.

У контактима са сродницима често може да се назначи само економска суштина бриге за остарело лице, поготову када то лице закључи уговор о поклону са најближим сродницима. Пример материјалне експлоатације везан је за корисника НН мушкога пола, старог 78 година из Пирота. Корисник је удовац који је на лични захтев у Центар смеиштен током 2003. године. Корисник је био склон суициду, лепљив по природи, логоричан, депресивног расположења, плачљив када говори о ћерки која живи у иностранству и болесној унуци по сину. У току периода адаптације исказивао је суицидна размишљања која је вербализовао пред психологом. „Ја сам овде гурнут у запањак да ћутим и уживам јер ми у Дому ништа не фали“.⁸⁶ Ово објашњење употребљавао је његов син у телефонском контакту и то је увек изнова стварало осећање одбачености и шиканирања иако је НН сву своју велику имовину за живота поделио ћерки и сину. Није био лишен пословне способности, био је без стараоца и својом је вољом дошао у Центар. Ипак, тражио је неку врсту идолопоклонства за све оно што је оставио деци од материјалних добара и тако је и очекивао подршку за све своје одлуке.

⁸⁵ ibid.

⁸⁶ ibid.

Према професионалном искуству радника стручног тима Центра занемаривање и злостављање остарелих лица је форма злостављања која је обично прикривена у време када стручни тим, да би ступио у контакт са будућим корисником, одлази на терен. У случајевима када остарело и немоћно лице нема сопствену децу или брачног партнера закључује уговор о доживотном издржавању или поклону са сродницима који некада испоље само економску мотивисаност да брину о остарелој особи, али у условима институционалног збрињавања.⁸⁷

⁸⁷ *ibid.*

Prof. Miomira Kostić, LL.D.
Associate Professor,
Law Faculty, University of Niš,

**VICTIMITY OF SENIOR CITIZENS:
The Legal Status and Protection of Elderly Persons
in the Serbian Legislation**

The social status of senior citizens in the specific circumstances of their immediate social environment is limited by their status of unemployed citizens as well as by the fact that they may be seen as the social, financial and emotional burden for the posterity. Yet, there is an objective fact that all currently active persons will at some point in the future become the inactive part of the population. Considering that senior citizens have already given their contribution to the social progress, they are fully entitled to expect help and protection from the society during the so-called “third“and “fourth age of their lives. The young generations who are currently in positions of power should exert some influence to improve the social position of elderly persons as well as the quality of their own future senior status. In statistics, the victimization of elderly persons is usually expressed in “black numbers“. The risk of victimization depends on the physical predispositions related to the end of the evolution process in their bodies as well as on the psychological changes during the “third” age.

This article is the last phase of theoretical and empirical research on the social position of elderly persons and the risk of discrimination (victimization) they are exposed to. In the introductory part of the article, the author point to some distinctive characteristics of the old age, the increasing number of elderly person worldwide, and the consequences of ageism upon the world population. The author emphasizes that the issues related to ageism call for some answers which should be given by the political structures in a society. In the second part of the article, the author looks into the national legislation on this issue and analyses the legal provisions contained in a number of legislative acts, statutory regulations, decisions and other documents which either directly or indirectly refer to the protection of elderly persons from any type of discrimination (victimization). The legal norms prohibiting the discrimination of the senior citizens are included in the Serbian criminal and civil legislation, social services and health legislation, pension and disability legislation, etc. The Republic of Serbia has also adopted some goals and strategies on the population policy which, apart from the general strategic goals, contain the specific goals particularly related to senior citizens. The author has also pointed to some recent legislative activities in the City of Niš directly related to

senior citizens with special reference to the application of the prescribed rights pertaining to senior citizens and other vulnerable groups living on this territory. In the third part of the article, the author provides several examples from the legal practice and points to the results of the empirical research on the victimization of elderly persons.

Key words: senior citizens, discrimination, ageism, victimization, prevention

UDK: 343.137.5

Проф. др Саша Кнежевић

Правни факултет у Нишу

ПРИМЕНА ПРОЦЕСНЕ ПРИНУДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА*

Апстракт: *Малолетни учиниоци изузетно могу бити подвргнути мерама процесне принуде. Циљ ових мера је обезбеђење присуства малолетника у кривичном поступку, али и заштита малолетника од даљег вршења кривичних дела кроз одговарајући васпитни утицај. Превентивно лишење слободе малолетника, поготово у предсудећим фазама поступка, мора бити последица судске одлуке. Могућност одређивања полицијског задржавања малолетника не доприноси остваривању постулата повишеног степена заштите малолетника. Уколико ова мера егзистира у правним системима, потребно је да се обезбеди судска контрола извршења ове мере процесне принуде. Одређивање притвора малолетницима требало би да представља супсидијарну меру процесне принуде према малолетницима. Примат морају имати мере из широког репертоара механизма социјалне и здравствене заштите ове категорије учинилаца кривичних дела.*

Кључне речи: *малолетничка делинквенција, принудне мере, превентивно лишавање слободе, кривично-правна заштита*

Уводне напомене

Остваривање кривичноправне заштите друштвених вредности претпоставља законом установљену могућност надлежних државних органа да примењују репресивне мере. Легитимитет тих принудних мера произлази из недвосмислено, правноснажном пресудом, утврђене кривице учинилаца кривичних дела. Међутим, функционисање система кривичноправне заштите изискује и потребу примене принудних мера, и пре него што се мериторно одлучи о основаности кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног. Стога се на идејној матрици нужности несметаног функционисања правосуђа заснива и правно дозвољена могућност ограничења личне слободе,

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

мотивисана процесним разлозима. Притвором и другим видовима лишења слободе осумњиченог и окривљеног остварују се процесни циљеви, али се и привремено ограничавају елементарне слободе и права лица против којих је покренут кривични поступак.

Опште напомене

Малолетници представљају посебну категорију учинилаца кривичних дела, те, стога, у већини правних система имају кривичноправни третман различит од пунолетних учиниоца. Реч је о лицима у процесу био-психичког развоја, чији душевни апарат није у могућности да у потпуности схвати значај друштвених норми. Услед тога, могуће је и асоцијално понашање, па и кршење кривичноправних норми. Може се сматрати да понашање инкриминисано кривичноправним нормама, није резултат јасно генерисане криминалне воље малолетника, већ недостатка психичке и социјалне зрелости. Стога и друштвена реакција према малолетним учиниоцима кривичних дела треба да буде специфична. То се поготово односи на примену репресивних мера процесног карактера.

Малолетни делинквент може бити превентивно лишен слободе одређивањем *притвора*, полицијског *задржавања* и различитим видовима принудног *привременог смештаја*.

1. Међународноправни стандарди лишења слободе малолетника

Међународноправни стандарди заштите деце и малолетника, садржани у најзначајнијим конвенцијама из области заштите људских права, предвиђају изузетност одређивања притвора малолетницима. Сагласно овим стандардима, притвор би требало да представља последњу меру којом би се обезбедило присуство малолетника у кривичном поступку. *Конвенција о правима детета* предвиђа "да ни једно дете не буде незаконито или произвољно лишено слободе. Хапшење, задржавање у притвору и затварање детета ће бити у складу са законом и примењено једино као последња могућа мера, и то на најкраћи могући период" (чл. 37. ст. 2). Одредбама ове Конвенције уважавају се интенције најважнијих међународноправних докумената из области заштите људских права (Универзалне декларације о људским правима, Међународног пакта о грађанским и политичким правима, Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, и других аката), којима се пледира за издвајање режима мера лишења слободе малолетника из општег режима примене ових мера. На курсу поштовања основних постулата заштите малолетника лишених слободе су и одредбе *Стандардних минималних правила Уједињених нација о малолетничком правосуђу* (чл. 13. ових, тзв. Пекиничких правила).

Потреба за потпунијом заштитом малолетника лишених слободе резултирала је и доношењем *Правила Уједињених нација о заштити малолетника лишених слободе*.¹ Овим правилима се прецизира да малолетници могу бити лишени слободе само у сагласности са принципима и кроз процедуре предвиђене овим правилима и Стандардним минималним правилима Уједињених нација о малолетничком правосуђу (тзв. Пекиншким правилима). Сагласно Правилима, под лишењем слободе подразумева се било која врста хапшења или затварања малолетника по наређењу правосудне, административне или друге јавне власти, у јавну или приватну установу коју лице не може да напусти (правило бр. 11. б). Из овога произлази да се Правила односе, не само на лишења слободе у кривичном поступку, већ и на она предузета у оквиру мера социјалне и здравствене заштите.

Лишење слободе малолетника мора се вршити под условима који обезбеђују поштовање људских права малолетника (правило бр. 12). Притворени малолетници морају се сматрати невиним, а поступак према њима мора бити експедитиван (правило бр. 17). Исто тако, малолетници превентивно лишени слободе имају право на стручну одбрану и на бесплатну правну помоћ, као и на несметану комуникацију с браниоцем (правило бр. 18).

2. Полицијско задржавање малолетника

Задржавање малолетника лишеног слободе од стране полицијских органа није допуштено Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и о кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије. Међутим, упоредноправни системи предвиђају могућност полицијског задржавања малолетника. Опште посматрано, *француско* законодавство допушта одређивање полицијског притвора малолетницима старијим од тринаест година. Међутим законским променама од 9. септембра 2002. године допушта се, додуше изузетно, могућност одређивања полицијског притвора и малолетницима између десет и тринаест година! То је могуће, ако су малолетници овога узраста учинили или покушали извршење кривичног дела за које се може изрећи најмање пет година затвора. Додуше, у овој ситуацији полицијски официр, да би одредио притвор, мора имати сагласност јавног тужиоца, магистрата специјализованог за малолетничко правосуђе или судије суда за малолетника. Трајање овога, *de facto*, полицијског задржавања може бити максимално дванаест часова.

Родитељи притвореног малолетника, без обзира на његову животну доб, према француском законодавству имају права да, одмах по задржавању

¹ Ова правила усвојена су Резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација, 14. децембра 1990. године, 68. пленарно заседање, A/Res/45/113

малолетнику, буду обавештени о чину лишења слободе малолетника. Међутим, могућност јавног тужиоца и поступајућег судије да изузетно забране обавештавање родитеља о притварању малолетника сужава хоризонте прокламованог начела заштите личне слободе! Овај рестриктивни приступ остваривању постулата заштите личне слободе у француском поступку према малолетницима, донекле, ублажен је постојањем права малолетника према коме је одређен полицијски притвор на стручну одбрану. Поред тога, полицијски притвор одређен малолетницима између тринаест и шеснаест година не може се продужити, уколико им се за извршено кривично дело може изрећи казна затвора испод пет година. Опште узев, полицијски притвор одређен малолетницима у француском праву под надзором је јавног тужиоца. Притом постоје различите форме организовања надзора над радом полиције приликом одређивања притвора малолетницима. Најчешће се при јавним тужилаштвима оснивају инспекције специјализоване за надзор над радом полицијских официра, овлашћених за одређивање притвора малолетницима.²

Према *италијанском* праву, малолетник може бити ухапшен и задржан у предсудећој фази поступка само ако је извршено кривично дело за које се може изрећи казна затвора од девет и више година. Поред тога, задржавање је могуће и за нека друга, таксативно набројана кривична дела (силовање, дела везана за дрогу и наркотику, илегална трговина оружјем, пљачке, и слично-чл. 23. параграф 1. DPR 448-88). Након хапшења, полиција мора одмах обавестити јавног тужиоца, који може одредити смештај у центар за задржавање малолетника, или малолетника предати родитељима, до судске одлуке. Јавни тужилац мора у року од 48 сати захтевати судску одлуку о оправданости хапшења. Суд може потврдити или укинути задржавање малолетника.

Малолетник лишен слободе може, према *холандском* позитивном праву, бити задржан од полиције највише шест сати. Уколико полиција сматра да је потребно дуже задржавање малолетника, може затражити одлуку јавног тужиоца. На основу одлуке јавног тужиоца, задржавање може трајати најдуже три дана. Продужење превентивног лишења слободе малолетника могуће је само на основу одлуке судије за саслушање, најчешће посебног судије за малолетнике.³

Полицијско задржавање, као вид превентивног лишења слободе малолетника, предвиђа се и *хрватским* законодавством. Судија за малолетнике може према малолетнику одредити мера задржавања у трајању од 24 часа (чл. 67. ст. 2. Закона о судовима за младеж).

² Anne Wivekens, *The French Juvenile System, Working group on Juvenile Justice, www. coe. int*, стр. 5-6.

³ *Budu: Youth Justice in the Netherlands, site: www.equal-nederland.org*

Према *македонском* праву, према малолетнику се, поред притвора, одлуком органа унутрашњих послова може одредити и мера задржавања. Задржавање малолетника могуће је, ако је малолетник затечен при извршењу тешког кривичног дела, или ако је за њим расписана потерница, односно ако је затечен при извршењу других дела, а постоји опасност да се дело понови или доврши започето, или је затечен при извршењу кривичног дела а ситуација захтева примену мера његове заштите, или се не може утврдити његов идентитет (чл. 109. Закона о малолетничкој правди). Полицијско задржавање може трајати најдуже 12 сати.

3. Притвор у кривичном поступку према малолетницима

3.1. Притвор према малолетницима у позитивном праву Србије

Притвор представља најтежу меру за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку. Реч о принудној мери с јасно израженим процесним циљем, а не о кривичној санкцији (казни) према окривљеном. Одређивању притвора требало би приступити тек, ако се другим мерама, не би могло обезбедити присуство окривљеног у кривичном поступку, поготово ако је реч о малолетнику.

Притвор, као каутеларна (осигуравајућа, заштитна) мера, може се одредити само кад суд процени да је то неопходно ради вођења кривичног поступка (чл. 30. Устава Србије). Трајање притвора ограничено је на шест месеци, до ступања оптужнице на правну снагу, а ако до тог времена не буде подигнута оптужница, окривљени се мора пустити на слободу. По подизању оптужнице, трајање притвора суд треба свести на најкраће неопходно време (чл. 31). Одредбама Устава, штите се и људско достојанство у поступку лишења слободе (чл. 28), као и право на изјављивање правних лекова против одлука о лишењу слободе (чл. 27. ст. 3. Устава Србије).

Притвор према малолетницима представља супсидијарну меру обезбеђења присуства малолетног окривљеног у кривичном поступку, јер се може одредити ако се процесни циљеви не могу постићи мером привременог смештаја малолетника (чл. 67. *Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије*). Овај вид лишења слободе малолетног окривљеног се, изузетно, може одредити решењем судије за малолетнике, при чему је трајање притвора ограничено на месец дана. На основу одлуке већа за малолетнике, притвор се може продужити за још два месеца, уколико за то постоје оправдани разлози (чл. 67. ст. 3. *Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије*). За разлику од одредаба

главе XXIX Законика о кривичном поступку Србије (којом је, до доношења Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, регулисан кривични поступак према малолетницима), трајање притвора према малолетницима се, *lex specialis* законом из области малолетничке делинквенције, ограничава и по *завршетку припремног поступка*. Наиме, од подношења предлога за изрицање кривичне санкције, притвор према старијем малолетнику може трајати најдуже шест месеци, а према млађем малолетнику четири месеца (чл. 67. ст. 4. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије). Трајање притвора ограничено је и од момента изрицања васпитних мера заводског карактера и казне малолетничког затвора, и износи шест месеци (чл. 67. ст. 5).

Позитивноправним решењима, која се односе на притвор према малолетницима, отклоњене су све недоумице у вези с временским ограничењем притвора по завршетку припремног поступка, проистекле из одредаба раније важеће главе XXIX Законика о кривичном поступку Србије. Поред тога, изричитим прописивањем обавезе периодичног преиспитивања потребе за опстанком већ одређеног притвора (на сваких месец дана), учињен је одлучан заокрет ка пуном уважавању међународноправних и уставноправних стандарда заштите људских права притворених малолетника.

У погледу основа за одређивање притвора, Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (чл. 67. ст. 1) предвиђа сходну примену основа, предвиђених чл. 142. ст. 2. Законика о кривичном поступку.

Сагласно законским одредбама, притвор према малолетнику може се одредити :

- ако се лице, за које постоји основана сумња да је извршило кривично дело, крије или ако се не може утврдити његова истоветност, или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства;

- ако постоје околности које указују на то да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе, или трагове кривичног дела, или ако особите околности указују да ће окривљени ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче (тзв. колузиона опасност);

-ако особите околности указују на то да ће окривљени поновити кривично дело, или да ће довршити кривично дело које је покушано, или да ће учинити кривично дело којим прети ;

-ако уредно позвани окривљени очигледно избегава да дође на главни претрес;

- ако је за кривично дело прописана казна затвора преко десет година, и ако је то оправдано због начина извршења или других посебно тешких околности кривичног дела или тежа казна, а услед начина извршења, последица или других околности дела.

Иако одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица није предвиђена сходна примена одредаба Законика о кривичном поступку о жалби на решење о одређивању притвора и о продужењу притвора, може се сматрати да нема оправдања за различит третман притвореника у погледу ових околности.

Малолетник издржава меру притвора одвојено од пунолетних притвореника. Дискреционо је право судије за малолетника да, ако процени да би усамљење штетило малолетнику, одреди малолетнику да буде у притвору заједно са пунолетним лицем (чл. 68. ст. 1. ЗМ). Судија за малолетнике има иста права према малолетнику, као и истражни судија према притвореном окривљеном у истрази (у редовном кривичном поступку). Међутим, с обзиром на квалитативно другачији приступ кривичној одговорности малолетника, судија за малолетнике мора посебно водити рачуна о својствима личности малолетника и о потребама сваког малолетника (чл. 68. ст. 2. ЗМ).

3.2. Притвор према малолетницима у упоредном праву

Лишење слободе малолетника из процесних разлога предвиђа се у свим значајнијим правним системима, упркос експанзији концепта ресторативне правде. Наравно, чине се покушаји хуманизације самог режима малолетничког притвора, одређеног у тзв. предсудећој (*pre-trial*) и судећој фази поступка.

Француско малолетничко кривично право, поред полицијског задржавања, предвиђа и могућност одређивања притвора у оквиру формалног кривичног поступка према малолетницима, нарочито у тзв предсудећој фази поступка. Притвор одређен малолетнику који се сумњичи за извршење кривичног дела за које се може изрећи казна затвора три и више година извршава се у затворском амбијенту. Међутим, малолетници оптужени за лакша кривична дела могу, сагласно законским променама из 2002. године, издржавати меру притвора и у "затвореним образовним центрима", уз могућност да се евентуални неуспех у извршењу ових обавеза одређених малолетнику санкционише издржавањем притвора у затворским условима.

Након полицијског задржавања, превентивно лишење слободе малолетника у предсудећој фази поступка (*pre-trial*), према холандском, праву може трајати најдуже *сто* дана. Притом, првих десет дана по окончању полицијског задржавања притвор одређује јавни тужилац, а трајање превентивног лишења слободе у предсудећој фази од три месеца (притвор) могуће је на основу одлуке суда за малолетнике. Иначе, максимално трајање притвора одређеног малолетнику, према холандском праву, је годину дана за малолетнике старосне доби од 12 до 16 година, односно две године за оне између 16 и 18 година старости.⁴

⁴ *Youth Justice in the Nederland, op. cit. cmp. 3.*

Притвор према малолетницима представља изузетну меру обезбеђења малолетника и у *италијанском* праву. Ова мера се одређује када постоји опасност од бекства, опасност од уништења доказа, услед опасности од рецидивизма или наставка покушаног озбиљног кривичног дела (чл. 23. параграф 3. DPR 448-88). Трајање притвора је ограничено, у распону од месец дана до две године за малолетнике доби од 14-16 година, и од месец и по дана до три године за старије малолетнике (од 16-18 година).

Превентивно лишење слободе малолетника прописано је и одредбама *немачког Jugendstrafverfahren* (JGG), *lex specialis* закона усмереног на друштвено реаговање према малолетним преступницима. Сагласно овом закону, малолетнику се изузетно може одредити истражни затвор. Овај вид превентивног лишења слободе представља супсидијарну меру процесне принуде, која се изриче само ако се исти циљ не може постићи применом наредбе о васпитању малолетника или другим мерама (§ 72. ст. 1. JGG). Против малолетника млађих од шеснаест година истражни затвор због опасности од бекства може се одредити само ако је избегао поступак или је побегао из установе, или ако нема стално пребивалиште или боравиште на јурисдикционом подручју немачких судова. Малолетници меру истражног затвора издржавају у посебним установама или у посебним одељењима затворских установа (§ 93).

Право *Енглеске и Велса* предвиђа *обавезност притвора* малолетницима којима се суди за убиство, који се изриче на неограничено време! Реч је о тзв. задржавању по дискрецији Круне (*Detained during Her Majesty's pleasure*), прописаног Законом о деци и омладини из 1953. године (измењеним и допуњеним 1963). Трајање притвора, притом, зависи од процене државног секретара у Министарству унутрашњих послова! Он има дискреционо право да предмет упути Одбору за условни отпуст. Ако би одлука Одбора била позитивна, државни секретар има дискреционо право за одређивање условног отпуста малолетника (чл. 35. ст.2. Закона о кривичном правосуђу). Изменом Кривичног законика из 1997. године прописана је искључива надлежност Одбора за одлучивање о условном отпусту малолетника (чл 28)

Европски суд за људска права одлучивао је о усклађености задржавања по дискрецији Круне, прописаног енглеским позитивним правом. Закључено је да овај вид притварања малолетника не противуречи забрани подвргавања окривљеног тортури и другим видовима мучења, али да није у складу са правом на правично суђење (чл. 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода).⁵

Ограничење личне слободе малолетника у процесне сврхе одлуком суда предвиђено је и *хрватским* законодавством. Одлукама судије за малолетнике и већа за малолетнике малолетнику се може одредити притвор, и то у максималном трајању од три месеца (чл. 73).

⁵ Одлука Европског суда у случају *В. против Уједињеног Краљевства* од 16. 12. 1999. године, бр. представке 24888/97.

Превентивно лишење слободе малолетника на основу одлуке суда предвиђа и *македонско* право. Према малолетнику се може одредити и притвор од стране судије за малолетнике у трајању од месец дана, с могућношћу да веће за малолетнике продужи трајање притвора за још два месеца (чл. 110 Закона о малолетничкој правди).

3.3. Привремени смештај малолетника

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица Републике Србије, осим притвора, предвиђа се још један вид лишења слободе малолетника у кривичном поступку - привремени смештај малолетника. У поступку према малолетницима, судија за малолетнике може, у току припремног поступка, донети решење о привременом смештају малолетника у прихватилиште, васпитну или сличну установу, или да се малолетник стави под надзор органа старатељства, односно да се смести у другу породицу (чл. 66). Ово ограничење слободе окривљеног могуће је, ако је то потребно ради издвајања малолетника из средине у којој је живео, или, пак, ради пружања помоћи, надзора, заштите или смештаја малолетника.

Мера привременог смештаја малолетника не представља кривичну санкцију, и не подразумева обавезу да се, пре него што буде одређена, испита личност малолетника. Мањкавост законске регулативе привременог смештаја малолетника, огледа се у чињеници да није временски одређено трајање ове мере. С обзиром на обавезу хитног поступања свих органа који учествују у кривичном поступку према малолетницима, као и имајући у виду да је реч о ограничењу слободе кретања малолетника, трајање ове мере би требало свести на минимум.

Одлука, којом се одређује привремени смештај малолетника, може се побијати жалбом, коју, у року од 24 часа од доношења решења, могу изјавити малолетник, родитељи, усвојилац, старатељ, бранилац и јавни тужилац за малолетнике. Законска одредба не прецизира коме се жалба подноси, и ко о њој одлучује. С обзиром на чињеницу, да је рок за подношење жалбе двадесет четири часа, хитност поступка налаже да о жалби одлучује веће за малолетнике првостепеног суда.⁶ Трошкови смештаја предујмљују се из буџетских средстава, и имају третман трошкова кривичног поступка.

Имајући у виду природу ове мере ограничења личне слободе малолетника, поставља се питање да ли се време проведено у прихватилишту, васпитној или сличној установи, урачунава, сходно одредби чл. 63. Кривичног законика Србије, у трајање васпитних мера заводског карактера,

⁶ Проф. др Обрад Перић, Коментар.. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, Београд, 2005, стр. 166.

као и у казну малолетничког затвора. Према једном гледишту, даје се потврдан одговор на ово питање, јер је реч о једном од видова лишења слободе, те као и свако друго лишење слободе урачунава се у трајање кривичних санкција изречених малолетницима (чл. 67. ст. 2. ЗМ).⁷ У научној литератури се истиче и да се овом мером првенствено остварују социјални и педагошки циљеви, али да делом представља и део процесног механизма којим се могу остварити неки од циљева који се постижу одређивањем притвора. Наиме, малолетник који је привремено смештен у неку од установа теже ће побећи или починити ново кривично дело. Из тих разлога би требало време проведено на издржавању ове мере урачунати у трајање кривичних санкција према малолетницима.⁸

Према другом гледишту, заступљеном у теорији кривичног процесног права, мера привременог смештаја малолетника нема карактер мере лишења слободе, те, стога, не може се урачунавати у трајање кривичних санкција према малолетницима.⁹

Ако се пође од чињенице да је општа тенденција у малолетничком кривичном праву да се ретрибутивност трансформише у ресторативност, логичном се чини идеја да се, доградњом нормативног оквира мере привременог смештаја малолетника, ова мера процесно уобличи као мера обезбеђења присуства малолетника, чиме би се у већој мери редуцирала примена притвора у поступку према малолетницима.¹⁰ То би се нарочито остварило привременим смештајем малолетника у другу породицу или стављањем малолетника под надзор органа старатељства. Уопште узев, овим би се поступало у складу са тенденцијама редуцирања извршавања мера процесне принуде у ванзатворском амбијенту, заступљеним у компаративном праву.

Овај вид ограничења слободе малолетника може се применити и према старијем малолетнику, а под законом предвиђеним условима (чл. 51. ст. 3. ЗМ), и у случају конекситета кривичних дела малолетника и пунолетног окривљеног.

Из законске норме (чл. 67.ст. 1. ЗМ) произлази да је мера привременог смештаја малолетника примарно средство ограничења личне слободе малолетника, јер се притвор може одредити ако се сврха због које се притвор одређује не може постићи овом мером. Оваква законска формулација отвара дилему да ли судија за малолетнике, у случајевима потребе за применом мера процесне принуде, најпре треба одредити меру привременог смештаја малолетника, па тек ако се овом мером не постигне жељени циљ, потом

⁷ *Ibid*

⁸ Др Иво Јосиповић, *Ухићење и притвор*, Загреб, Тарга, 1998, стр. 399.

⁹ Др Љубиша Лазаревић, др Момчило Грубач, *Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*, Београд, 2005, стр. 129.

¹⁰ Др Драго Радуловић, *op.cit.* стр. 190.

одреди притвор према малолетнику. Мишљења смо да су у питању два вида ограничења личне слободе, који имају потпуно различит *ratio legis*. Док се притвором првенствено остварују процесни циљеви, привременим смештајем малолетника у прихватилиште, васпитну или сличну установу или стављањем малолетника под надзор органа старатељства или смештајем у другу породицу постижу се ванпроцесни циљеви (издвајање из дотадашње средине, пружање помоћи, надзор, заштита или смештај малолетника). Стога би било беспредметно примену једне мере усмерене на остваривање процесних циљева условљавати претходном применом мере којом се постижу ванпроцесни циљеви!¹¹

Немачки *JGG* предвиђа могућност одређивања *мере привременог смештаја у прикладни дом*, ако је то оправдано за развој малолетника и његову заштиту од даљег вршења кривичних дела (§ 71. ст. 2). Реч је о привременој мери, везаној за васпитање малолетника, која се одређује наредбом судије. Према малолетнику се може одредити и мера *смештаја ради посматрања* (§ 73). Циљ ове мере је омогућавање спровођења вештачења о душевном развоју малолетника. Она се може одредити након саслушања браниоца и вештака, на основу закључка судије. Мера се спроводи у установама заводског типа, а може трајати шест недеља. Против закључка суда може се изјавити жалба, о којој се одлучује по хитном поступку.

Нормативни оквир мере привременог смештаја малолетника у одговарајућу установу и његовог стављања под надзор органа старатељства у *хрватском* праву, чини се да је усмерен ка недвосмислено израженом остваривању, како социјално-педагошких (заштита малолетника од угрожавања његовог развоја), тако и процесних циљева (спречавање понављања кривичног дела). Такав закључак се може извести из формулација законске одредбе чл. 72. Закона о судовима за младеж Републике Хрватске, јер се изричито наглашавају ови циљеви за примену мере привременог смештаја малолетника! То може представљати додатни аргумент за преображај физиономије ове мере у правцу афирмације њене процесне улоге. Ова мера заступљена је и у *македонском* законодавству (чл. 108. Закона о малолетничкој правди).

Завршне напомене

Малолетни учиниоци изузетно могу бити подвргнути мерама процесне принуде. Циљ ових мера је обезбеђење присуства малолетника у кри-

¹¹ Сличан приступ овом питању има и др Драго Радуловић: *Притвор и друга лишења слободе малолетних учинилаца кривичних дела*, Зборник радова са међународног научног скупа *Кривичноправна питања малолетничке делинквенције, организовано од Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу*, Београд, 21-22. 03. 2008, стр. 189.

вичном поступку, али и заштита малолетника од даљег вршења кривичних дела кроз одговарајући васпитни утицај.

Превентивно лишење слободе малолетника, поготово у предсудећим фазама поступка, мора бити последица судске одлуке. Могућност одређивања полицијског задржавања малолетника не доприноси остваривању постулата повишеног степена заштите малолетника. Уколико ова мера егзистира у правним системима, потребно је да се обезбеди судска контрола извршења ове мере процесне принуде. Одређивање притвора малолетницима требало би да представља супсидијарну меру процесне принуде према малолетницима. Примат морају имати мере из широког репертоара механизма социјалне и здравствене заштите ове категорије учинилаца кривичних дела.

Prof. Saša Knežević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PREVENTIVE DETENTION OF MINORS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

In most legal systems, juvenile delinquents are regarded as a specific category of criminal offenders, for which reason their treatment in criminal proceedings differs from the treatment of adult criminal offenders. Hence, the social reaction to the juvenile criminal offenders needs to be specifically tailored, especially when it comes to the application of repressive measures for procedural purposes. In exceptional cases, minors may also be subject to some compulsory or forced measures, including preventive detention and other forms of confinement temporarily restraining the rights and freedoms of the minor offender.

A juvenile delinquent may be temporarily apprehended and preventively detained or kept in the police custody either in the pre-trial or during the trial proceedings. Primarily motivated by procedural reasons, the measures of compulsory or forced detention must be issued by the court where the criminal proceeding against a minor has been initiated. These measures are aimed at securing the presence of a juvenile offender in court, preventing a minor's further commission of a criminal act by removing a minor the immediate criminal environment, and exerting some educational impact on the minor.

The international standards on the protection of children and minors, contained in the most important conventions on human rights' protection, envisage that the imprisonment of minors should be regarded only as an exceptional measure. According to these standards, it should be applied only as the last resort in order to ensure the presence of minors in criminal proceedings. The legal provision on the possibility of detaining a minor in police custody certainly does not contribute to accomplishing a higher degree of minors' protection in criminal proceedings. If such a measure does exist in some legal system, it is absolutely necessary to institute a judicial control over the execution of this measure. The compulsory or forced detention of minors should only be a subsidiary or supplementary procedural measure. The priority must be given to a wide range of social and health protection mechanism which are to ensure an adequate treatment to this category of criminal offenders.

Key words: juvenile delinquency (minors), compulsory/forced measures, preventive detention, legal protection in criminal procedure

UDK: 343.815

UDK: 343.137.5

Дарко Димовски, сарадник у настави
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРИМЕНА РЕСТОРАТИВНЕ ПРАВДЕ У МАЛОЛЕТНИЧКОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ*

***Апстракт:** Малолетничко кривично право је, на основу донетих међународних докумената и реформе кривичног законодавства у појединим државама, претрпело значајне промене у задњим деценијама XX века. Те промене су манифестују у начину реаговања државе на кривична дела извршена од стране малолетника. Основу овакве реакције државе чини већа примена начела опортунитета у кривичним поступцима према малолетницима, али уједно и примена диверзионих модела и алтернативних кривичних санкција. Земље бивше СФРЈ нису остале „имуне“ на овакве промене. Оне су уградиле принципе ресторативне правде у своје малолетничко кривично законодавство. Њихова сврха је јачање одговорности малолетног извршиоца кривичног дела, задовољење интереса оштећеног лица, али и укључивање локалне заједнице у реакцију друштва на криминалитет малолетника у циљу избегавања вођења кривичног поступка према малолетном учиниоцу кривичног дела или у обустављању истог.*

***Кључне речи:** ресторативна правда, васпитни налози, васпитно-поправни дом у Крушевцу*

Увод

У последњим деценијама XX века се доносе бројни закони којима се малолетничко кривично право¹ одређују на један потпуно други начин- као

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, бр. 149043Д, који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

¹ „Норвешка је 1896. године донела закон којим се на посебан начин третирају деца, док је први суд за малолетнике основан у Чикагу 1899. године. Године 1908. у Канади донето је прво свеобухватно малолетничко законодавство.“ Цитат према: Бужаровска, Г., „Малолетничка правда- од ретрибутивности ка ресторативности“, *Македонска ревија за кривично право и криминологију*, број 3, Скопље, 2006., страна 114.

самостална позитивно правна дисциплина.² Малолетничко кривично право се дефинише као скуп законских прописа којима се одређује кривичноправни положај малолетних лица као извршилаца кривичних дела, односно као жртве кривичних дела.³ Оно се, такође, може схватити и као систем законских правних прописа којима се одређује систем кривичних санкција за малолетне учиниоце кривичних дела, као и поступак за изрицање и извршење кривичних санкција од стране надлежних органа. Одређен на овај начин оно прелази границе материјалног кривичног права, јер се у њој налазе и одредбе процесног и извршног кривичног права које се односи на малолетна лица.

Република Србија је доношењем Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица⁴ 2005. године, формално одвојила малолетничко кривично право из Кривичног законика, Законика о кривичном поступку и Закона о извршењу кривичних санкција.

Различита схватања о појму РП

Кривично право даје одговор на питање о томе који је закон прекршен, ко га је прекршио и коју кривичну санкцију треба изрећи извршиоцу кривичног дела да би се постагла сврха изрицања кривичних санкција. За разлику од система кривичног права који је окренут ретрибуцији, ресторативна правда је усмерена интересима учиниоца кривичног дела, оштећеном лицу и локалној заједници. Ресторативна правда омогућава да извршилац кривичног дела, оштећени и локална заједница заједно одлуче о конкретном друштвеном одговору на тачно одређено кривично дело. Основе ресторативне правде можемо наћи у култури племена Маора са Новог Зеланда у којој је постојао вид окупљања и дискусије племена поводом извршења друштвено опасног дела и доношења одлуке о санкцијама према извршиоцу таквог дела.

Сматра се да је појам "ресторативна правда" први употребио Алберт Енглаш 1977. године. Он је сматрао да постоје три система кривичног права. Први систем заснива се на ретрибутивној правди чија је основа систем кажњавања. Основа другог система је дистрибутивна правда која се заснива на терапеутском третману учиниоца кривичног дела, док је основа последњег

² Јовашевић, Д., „Новине у кривичном законодавству о малолетницима у светлу ресторативне правде“, *Темид*, број 1, Виктимолошко друштво Србије и „Прометеј“, Београд, 2007., страна 15.

³ Јовашевић, Д., *Кривично право - општи део*, „Филип Вишњић“, Београд, 2006., страна 295.

⁴ Посебне одредбе о малолетницима постоје у Казнителном закону из 1860. године, који уводи критеријум разбора за могућност њиховог кажњавања. Такође, Кривични законик Краљевине Југославије из 1929. године садржи посебне одредбе о малолетницима. Видети опширније: Костић, М., Миладиновић-Стефановић, Д., Димовски, Д., „Извештавање о делинквенцији малолетника у дневном листу „Политика“ од 1929-1933. године“, *Пешчаник*, ПУНТА, Ниш, 2009., страна 171-174.

система ресторативна правда чији је циљ поправљање штете настале кривичним делом.⁵

Не постоји општеприхваћена дефиниција појма ресторативна правда. Сваки теоретичар, који се бавио овом материјом, дао је своју дефиницију. Тако је Маршал одређивао ресторативну правду "као процес помоћу кога стране, од којих свака учествује у дотичном кривичном делу, долазе заједно да колективно реше како да савладају последице злочина и његове импликације у будућности."⁶ Норвешки теоретичар Нилс Кристи сматрао је да кривично дело представља конфликт, и да је као такав својина оних који су на неки начин повезани са њим (учинилац, жртва и локална заједница), а не оних (правника) који га на неки начин краду. Као такво, кривично дело треба представљати основу на којој ће заинтересоване стране постићи договор о друштвеном одговору (компензацији) за извршено кривично дело. Кристи наводи да "ресторативна правда представља бољи одговор на криминалитет јер је карактерише непосредна комуникација оних који су у конфликту а која треба да доведе до компензације."⁷

Хауард Зер и Хери Мика предвиђају одређени број "путоказа" ради лакше идентификације процеса ресторативне правде. За учеснике процеса важнија је претрпљена штета него ко је прекршио закон и која кривична санкција према њему треба бити изречена. Треба тежити да се и према учиниоцу кривичног дела и оштећеном лицу покаже уравнотежена брига. Делинквента треба охрабривати да разуме, прихвати и изрази спремност да исправи зло које је нанео. Ресторативном правдом се тежи тражењу од учиниоца кривичног дела да испуни обавезе које су оствариве, при чему оне не треба да представљају неки облик кажњавања. Зер и Мика не искључују значај кривичног поступка, али сматрају да локална друштвена заједница мора имати капацитет да препозна кривично дело и да одговори на њега, при чему треба поштовати достојанство свакога ко учествује у процесу ресторативне правде.⁸

У Канади постоји тзв. Црквени савет за правду и поправљање који се састоји од једанаест црквених заједница Канаде. Они сматрају ресторативну правду појмом који обухвата велики број различитих приступа правди на основу којих се даје успешнији одговор на злочин. Црквени савет сматра да је потребно постојање пет услова да би се говорило о ресторативној правди. Први захтев за постојање ресторативне правде је сагласност и учешће свих

⁵ Ћопић, С., „Појам и основни принципи ресторативне правде“, *Темид*, број 1, година 10, Прометеј, Београд, 2007., страна 27.

⁶ Константиновић Вилић, С., Костић, М., Пенологија, СВЕН, Ниш, 2006., страна 101.

⁷ Цитат према: Ћопић, С., *loc. cit.*

⁸ Костић, М., „Модел ресторативне правде“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет Ниш, Ниш, 2003., страна 218-219.

оних који су заинтересовани за конкретно кривично дело (учинилац кривичног дела, оштећени, њихове породице и локална заједница). Као други захтев јавља се потреба ресторативне правде да поправи оно што је уништено. Такође, неопходно је постојање потпуне и непосредне одговорности свих заинтересованих лица. Кривичним делом долази се до тога да се друштвена заједница дели на два дела. Ресторативна правда тежи да поврати јединство у друштвеној заједници. Као последњи услов наводи се да ресторативна правда треба да оснажи друштвену заједницу у циљу спречавања вршења кривичних дела у будућности и да отклони узроке кривичних дела.

Достигнути ниво културе једног друштва се види и у односу друштва према малолетним учиниоцима кривичних дела. Због броја извршених кривичних дела од стране малолетних лица и структуре извршених кривичних дела, према малолетницима извршиоцима кривичних дела друштво реагује блаже у односу на криминалитет пунолетних лица. Држава тежи да кроз процес ресторативне правде укључи локалну заједницу у стварању одговора на кривично дело малолетника. Ресторативна правда се заснива на неколико принципа:

1) поправљење учињене штете и успостављање равнотеже поремећене кривичним делом;

2) надокнада штете оштећеној страни;

3) стварање услова да малолетни учинилац кривичног дела преузме одговорност за извршено кривично дело;

4) помоћ у ресоцијализацији малолетног учиниоца кривичног дела.

Извршењем кривичног дела кривично право тежи да да одговор на то који је закон прекршен, док ресторативна правда кривично дело посматра у смислу повреде права једног лица од стране друге особе. Кривично право утврђује кривицу извршиоца кривичног дела у време извршеног кривичног дела (у прошлости), док се ресторативна правда фокусира на одговорности и преузетим обавезама у будућности. У кривичном поступку постоји однос супротстављених странака између извршиоца кривичног дела и оштећеног лица и потребе оштећеног су игнорисане. Поступак у ресторативној правди је заснован на дијалогу и међусобном разумевању, при чему сам поступак тежи задовољавању интереса и потреба жртве.

Међународноправни документи о РП

Међународна заједница је у последњим деценијама донела неколико важних докумената о ресторативној правди. Организација УН је 1989. године донела Конвенцију о правима детета којом се у члану 40 став 3 државе уговорнице обавезују да настоје да подстичу стварање закона, поступака, органа и установа који се изричито односе на децу и баве децом за коју

постоји сумња, која су оптужена или за коју је утврђено да су прекршила кривични закон. Државе уговорнице се, уједно, обавезују на доношење мера за поступање са таквом децом без спровођења кривичног поступка, при чему се морају поштовати људска права и законска заштита.

Резолуцијом Генералне скупштине УН усвојена су 14.1.1990. године Стандардна минимална правила за алтернативне казнене мере (Токијска правила). Овим документом се тражи од држава да у своја законодавства промовишу употребу алтернативних казних мера, при чему је циљ да се друштвена заједница више укључи у управљење кривичним поступком не дискриминисавши никога на основу расе, боје, пола, доби, језика, вероисповести, политичког и другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовинског стања, места рођења или другог статуса. Токијским правилима се подстичу државе да развијају широк спектар алтернативних мера почев од оних пре суђења па до оних после изрицања пресуде. Одредбе Правила које регулишу фазу пре суђења дају могућност полицији, служби гоњења или другим агенцијама које се баве кривичним случајевима да могу да ослободе преступника уколико сматрају да није потребно наставити са случајем ради заштите друштва, превенције криминала или поштовање закона и права држава. Органу кривичног гоњења је дата могућност да у лакшим случајевима може изрећи алтернативну казнену меру. Правилама је предвиђена обавеза суда да прибави податке о социјалном статусу преступника при чему на располагању му стоје следеће алтернативне мере:

- 1) опомена, укор, упозорење (усмене санкције),
- 2) условно пуштање на слободу,
- 3) статусне казне,
- 4) економске санкције и новчане казне,
- 5) запленивање или налог о одузимању,
- 6) одштета жртви или налог о компензацији,
- 7) условна или одложена казна,
- 8) налог о раду у заједници,
- 9) упућивање у дисциплински дневни центар,
- 10) кућни притвор,
- 11) било који други облик неинституционалног третмана и
- 12) неке комбинације предходних мера.⁹

Примена ове мере је условљена престанком преступника. Како је сврха алтернативних мера смањивање могућности да преступник поново изврши неки преступ и помагање преступнику приликом друштвене интеграције, над применом алтернативних мера се спроводи надзор. Уколико се

⁹ Константиновић Вилић, С., Костић, М., „Диверзионни модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, Правни факултет Ниш, Ниш 2007., страна 97.

преступник не буде придржавао изречених алтернативних мера, може доћи до њене замене другом алтернативном мером или до њеног повлачења. У недостатку других одговарајућих алтернативних мера може се изрећи казна затвора.

Економски и социјални савет УН донео је Резолуцију бр. 1997/30¹⁰ за спровођење малолетничког правосуђа. Одељком 15 Резолуције се наглашава потреба да се развију мере преусмеравања, које су алтернативе класичним системима кривичног правосуђа како би се избегла примена система кривичног правосуђа. Резолуцијом се промовише неформално решавање спорова у које треба укључити малолетног преступника, његову породицу и жртву.

Међутим, и регионалне међународне организације су доносиле документа којима се промовишу идеје ресторативне правде. Тако је Комитет министара Савета Европе 1987. године донео Препоруку број 87 Р (87) 20¹¹ о одговору друштва на малолетничко преступништво којом се од држава чланица тражи да развијају мере преусмеревања и медијације на нивоу јавног тужиоца или на нивоу полиције (уколико она има овлашћења тужилаштва), све у циљу спречавања контакта малолетног лица са кривичним поступком. Године 2003. од стране Комитета министара Савета Европе усвојена је нова Препорука, под бројем 20¹², о новим начинима третирања малолетничког преступништва и о улози малолетничког правосуђа. Препоруком се тражи повећање броја алтернативних мера, при чему оне морају бити део редовног поступка, уз поштовање принципа сразмерности.

Алтернативни и диверзиони модели у законима бивше СФРЈ

Свака држава настала распадом СФРЈ извршила је реформу свог правног система ослањајући се на основе ранијег социјалистичког права пратећи демократске и европске стандарде у праву. Такође, кривично законодавство није остало „имуно“ на реформу. Најзначајнија новина је увођење алтернативних мера које треба да доведу до „скретања“ кривичног поступка.

Кривичним законом Босне и Херцеговине¹³ предвиђена је могућност изрицања васпитних препорука према малолетним учиниоцима кривичног дела под одређеним условима. Надлежни тужилац може, начелом опортунитета, одлучити да не покреће кривични поступак ако сматра да, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је оно извршено, ранији живот малолетника и његова лична својства, то не би имало сврхе. Покретање

¹⁰ Видети: <http://rs.cest.gov.ba/index.php>, приступ 19.10.2009. године

¹¹ Видети: <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=608029&SecMode=1&DocId=694290&Usage=2>, приступ 19.10.2009. године

¹² Видети: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=70063>, приступ 19.10.2009. године

¹³ Кривични закон Босне и Херцеговине, „Службени гласник“, број 37, 2003. година

кривичног поступка може зависити од испуњење воспитне препоруке. Надлежни јавни тужилац може пре доношења одлуке о покретању кривичног поступка за кривично дело за које је забрањена казна затвора до три године или новчана казна, размотрити могућност изрицања воспитне препоруке под следећим условима:

- 1) да малолетни извршилац кривичног дела признаје дело,
- 2) да изражава спремност да се помири са оштећеним.

Под спремношћу за помирење се подразумева добровољни пристанак малолетника на суочење са оштећеним лицем како би се отклониле последице извршеног кривичног дела, с тим да се добровољност тражи и на страни оштећеног лица. Да би надлежни јавни тужилац изрекао воспитну препоруку потребно је да располаже подацима на основу којих се може извести закључак са високим степеном извесности да је малолетно лице извршило кривично дело за које је прописана казна затвора до три године или новачана казна. Тужилац може непокретање кривичног поступка условити испуњењем следећих воспитних препорука од стране малолетног извршиоца кривичног дела:

- 1) лично извињење оштећеном,
- 2) накнада штете оштећеном,
- 3) редовно похађање школе и
- 4) посећивање воспитних, образовних, психолошких и других саветовалишта.

Ако надлежни јавни тужилац поднесе захтев за покретање припремног поступка, судија за малолетнике је дужан, да под истим условима, размотри могућност изрицања следећих воспитних препорука:

- 1) рад у корист хуманитарне организације или локалне заједнице,
- 2) прихватање одговарајућег запослења,
- 3) смештај у другу породицу, дом или установу и
- 4) лечење у одговарајућој здравственој установи.

Уколико судија за малолетнике изрекне неку од воспитних препорука, одлучиће да се поступак према малолетнику не покрене.

Овлашћени тужилац или судија за малолетнике дужан је да при избору воспитне препоруке узме у обзир свеукупне интересе малолетника и оштећеног. Приликом спровођења воспитних препорука потребно је водити рачуна да се не омета редовно школовање или рад малолетног лица. Оне могу трајати годину дана, при чему се у том периоду могу заменити другом воспитном препоруком или укинути. За избор и примену воспитних препорука потребна је сарадња родитеља или старатеља малолетника и органа старатељства. Иста решења су предвиђена Кривичним законом Републике Српске.

Република Хрватска је доношењем Закона о судовима за младеж¹⁴ дала овлашћење државном тужиоцу да, руководећи се начелом опортунитета,

¹⁴ Закон о судовима за младеж, „Народне новине Републике Хрватске“, број 111/97, 27/98 и 12/02

не захтева покретање кривичног поступка без обзира што постоји основана сумња да је малолетник починио кривично дело за које је предвиђена казна затвора у трајању до пет година или новчана казна, ценећи при томе природу кривичног дела и околности под којима је дело учињено, предходни живот малолетника и његова лична својства. Државни тужилац ради утврђивања тих околности може затражити обавештења од родитеља, односно малолетничког старатеља, других особа и установа. Такође, може захтевати да те податке прикупи стручни сарадник у државном тужилаштву. Уколико државни тужилац донесе одлуку о непокретању кривичног поступка потребно је да обавести, уз навођење разлога, центар за социјалну заштиту, а оштећеног да упути да свој имовинскоправни захтев може остварити у парници.

Међутим, државни тужилац може одлуку о непокретању кривичног поступка према малолетнику условити спремношћу малолетника:

- 1) да према властитим могућностима поправи или надокнади штету нанесену кривичним делом,
- 2) да се укључи у рад хуманитарних организација или у послове комуналног или еколошког значења,
- 3) да се подвргне поступку одвикавања од дроге или других зависности и
- 4) да се укључи у појединачни или групни рад у саветовалишту за младе.

Након испуњења посебних обавеза од стране малолетника, уз сарадњу и надзор центра за социјалну заштиту, државни тужилац доноси коначну одлуку о непокретању поступка према малолетнику. Малолетник може имати браниоца кад државни тужилац условљава непокретање поступка према малолетнику испуњењем посебних обавеза.

Министарство рада и социјалне заштите Републике Хрватске је, у сарадњи са Државним тужилаштвом, током 2000. године покренуло пројекат примене посебне обавезе- извансудске нагодбе, у Општинским државним тужилаштвима у Загребу, Осиеку и Сплиту. Циљ извансудске нагодбе је помирење између малолетног учиниоца кривичног дела и оштећеног и успостављање социјалног мира.¹⁵ Она се спроводила у центрима за социјалну заштиту од стране новоосноване Стручне службе за извансудску нагодбу. На основу ових искустава, законодавац је, изменом Закона о судовима за младеж, предвидео извансудску нагодбу као посебну обавезу.¹⁶

Кривичним закоником¹⁷ из 1995. године, Република Словенија је у члану 77, као посебну врсту васпитних мера, увела упутства и забране за

¹⁵ Видети: www.vds.org.yu/File/apstrakti_srpski.doc, приступ 19.10.2009. године

¹⁶ Видети више: Колер Грбовић, Н., Гмаз Лушки, В., „Примјена извансудске нагодбе (медијација) у предказненом поступку према малолетницима и млађим понољетним особама“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, број 2, Загреб, 2006. година

¹⁷ Кривични законик Републике Словеније, “Уредни лист“, број 63/94, 70/94, 23/99, 40/04 и 95/04

малолетнике. Суд може изрећи једну или више ових посебних мера, ценећи при том његову спремност на сарадњу, уколико је то довољно да се утиче на малолетничко понашање. Као упутства и забране према малолетном учиниоцу кривичног дела могу се изрећи:

- 1) обавеза извињења оштећеном,
- 2) измирење са оштећеним,
- 3) редовно похађање школе,
- 4) оспособљавање за одређено занимање,
- 5) прихватање одређеног занимања,
- 6) смештај у одређену породицу, дом или друго место,
- 7) обављање посла у корист хуманитарних организација,
- 8) лечење,
- 9) посећивање одређених саветовалишта,
- 10) учествовање у програмима социјалног тренинга и
- 11) завршетак курса познавања саобраћајних прописа.¹⁸

Република Црна Гора се новелом Кривичног законика¹⁹ јула 2008. године прикључила великом броју европских земаља које су увеле ресторативно право чија се примена односи на малолетнике као извршиоце кривичних дела. Да би суд или надлежни државни тужилац имали могућност да изрекну једну или више васпитних налога потребно је да малолетно лице изврши кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна, под условом да је малолетник признао извршење кривичног дела и да малолетник има однос према извршеном кривичном делу и оштећеном. Сврха изрицања васпитних налога је непокретање кривичног поступка или његова обустава. Приликом изрицања васпитног налога суд и државни тужилац морају водити рачуна о интересима како малолетника тако и оштећеног лица, при чему је потребно обратити пажњу да примена васпитног налога не омета редовно школовање или запослење малолетника. Законом је предвиђено да васпитни налог може трајати шест месеци и да се у том року може укинути или заменити другим. Суду и надлежном државном тужиоцу на располагању стоје следећи васпитни налози:

- 1) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично штетне последице кривичног дела,
- 2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао,
- 3) укључивање без накнаде у рад хуманитарних организација или послова социјалног, локалног или еколошког садржаја,

¹⁸ У Републици Словенији је крајем 2008. године ступио на снагу нови Кривични законик којим је регулисана кривична одговорност пунолетних лица, док се за малолетна лица примењују одредбе старог Кривичног законика (члан 375. КЗ РС).

¹⁹ Кривични законик Републике Црне Горе, „Службени лист“, број 70/2003, 13/2004, 47/2006 и 40/2008

4) подвргавање одговарајућем испитивању или одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога и

5) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.²⁰

Министарство правде Црне Горе је на основу члана 80 е Кривичног законика донео Правилник о примени васпитних налога. Правилником се уређују питања о начину примене васпитних налога и других питања која се од значаја за остваривање сврхе васпитних налога. Надзор над применом васпитних налога је у надлежности органа старатељства који има обавезу редовног обавештавања суда. Суд је у обавези да, када сматра да су испуњени услови за примену васпитног налога поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле у целини или делимично штетне последице кривичног дела, упозна оштећеног, малолетника и његовог законског заступника са предностима поравњања, правним и процесним последицама поравњања.

Споразум о поравнању се може закључити одмах пред судом, уколико се стране сагласе. Међутим, уколико споразум не буде закључен одмах, суд поверава даље вођење поравњања посебно обученом лицу- тзв. посреднику, под условом да постоји сагласност оштећеног и малолетника. Посредник се одређује са листе коју води Министарство правде. Уколико се оштећени и малолетник не могу сложити око именовања посредника, њега одређује суд. Поравнање мора почети у року од осам дана од доношења решења о упућивању на поравнање са оштећеним, с тим што може трајати најдуже три месеци.

Код васпитног налога редовно похађање школе или редовно одлажење на посао, суд, који је изрекао васпитни налог, одлуку доставља школи или послодавцу, који примењује васпитни налог и органу старатељства. На основу одлуке школе односно послодавца одређује се овлашћено лице које упознаје малолетника са његовим правима и обавезама. Овлашћено лице је задужено за спровођење овог васпитног налога. Законски заступник има обавезу да једном у десет дана успостави контакт са овлашћеним лицем, који ће га информисати о току спровођења овог васпитног налога. Једном месечно школа односно послодавац имају обавезу да обавесте надлежни орган старатељства о примени васпитног налога.

Министарство надлежно за послове рада и социјалног старања заједно са надлежним органом старатељства, Заводом за запошљавање и хуманитарним организацијама има обавезу да изврши одабир и да сачини листу одговарајућих установа, органа, организација или привредних друштава у којима се може применити васпитни налог укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послова социјалног, локалног или

²⁰ Јовашевић, Д., *op.cit.*, страна 21- 22.

еколошког садржаја, уз предходну сагласност правних лица. После одлуке суда о примени овог васпитног налога, орган старатељства закључује посебан споразум са правним лицем у које се упућује малолетник ради примене васпитног налога. Сврха оваквог рада је јачање малолетникове личне одговорности. Рад треба бити такав да не штети његовом угледу и достојанству и да буде прилагођен психофизичким способностима малолетника.

Уколико суд одлучи да изрекне васпитни налог подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога, он доставља одлуку установи или организацији која се бави питањима одвикавања од зависности. Лекар, у сарадњи са законским заступником и органом старатељства, израђује план на основу кога се спроводи васпитни налог. Малолетник мора бити упознат са овим планом и мора дати сагласност на овакав план. Планом се одређује лице које прати примену васпитног налога. Малолетник може да повуче своје сагласност за примену васпитног налога, при чему овлашћено лице и орган старатељства морају упознати малолетника са последицама престанка примене овог васпитног налога. Извештај о примени васпитног налога се подноси једном месечно и након завршетка примене васпитног налога органу старатељства од стране овлашћеног лица.

Као и у вези предходног васпитног налога, суд је дужан да одлуку о примени васпитног налога укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту достави саветовалишту односно установи у којој ће се васпитни налог применити, као и надлежном органу старатељства. За праћене примене васпитног налога одређује се овлашћено лице од стране здравствене установе односно саветовалишта. Овлашћено лице одређује врсту третмана. Овлашћено лице подноси извештај о примени васпитног налога органу старатељства једном месечно као и по завршетку примене васпитног налога.

Република Македонија је 4. јула 2007. године донела Закон о малолетничкој правди.²¹ Законом предвиђене су следеће кривичне санкције које се могу изрећи малолетним учионицима кривичних дела:

- 1) казна малолетничког затвора,
- 2) новчана казна,
- 3) васпитне мере,
- 4) мере безбедности,
- 5) конфискација имовине и имовинске користи и
- 6) конфискација предмета прибављеним кривичним делом.

Изречена кривична санкција треба да одговара личности малолетника, тежини извршеног кривичног дела и његовој последици, потребама његовог

²¹ Закон о малолетничкој правди Републике Македоније, „Службени весник“, број 87

васпитања, преваспитања, образовања и развоја, ради обезбеђивања и заштите најбољег интереса малолетника.

Један од основних принципа Закона о малолетничкој правди је и принцип ресторативне правде.²² Принцип ресторативне правде је отелотворен у могућности надлежног судије да кривично одговорном старијем малолетнику изрекне следеће алтернативне мере:

- 1) условна осуда са заштитним надзором,
- 2) условно прекидање поступка према малолетнику,
- 3) општекорисни рад.

Циљ изрицања алтернативних мера је да се према кривично одговорном старијем малолетнику не примени казна када то није нужно ради спречавања вршења кривичних дела и када се може очекивати да ће претња казном и примена мера помоћи, заштите и надзора на слободи довољно утицати на васпитање, преваспитање и правилан развој.

Условна осуда са заштитним надзором може да се изрекне малолетнику коме је утврђена казна малолетничког затвора до три године или новчана казна. Уколико су малолетнику утврђене обе казне, могу му се изрећи обе казне или само казна малолетничког затвора. Заштитни надзор се састоји у испуњавању следећих посебних обавеза:

- 1) малолетничково лично извинeње оштећеном лицу,
- 2) поправљање или надокнада штете настале кривичним делом,
- 3) редовно похађање школе,
- 4) неизостајање са радног места,
- 5) оспособљавање за рад који одговара његовим способностима и наклоностима,
- 6) прихватање посла,
- 7) забрана малолетнику да употребљава алкохолна пића, дрогу и друге психотропне супстанце,
- 8) упућивање у одређену здравствену установу или саветовалиште,
- 9) корисна употреба слободног времена,
- 10) забрана ступања у контакт са оним лицима који негативно утичу на њега,
- 11) доквалификација или преквалификација ради задржавања радног места које има или да створи претпоставке за запошљавање,
- 12) омогућивање увида и прихватање савета у вези расподеле средстава зараде и других прихода које има,
- 13) укључивање у рад хуманитарне, комуналне, еколошке или невладине организације,

²² Остали принципи на којима се заснива Закон о малолетничкој правди су: принцип заштите малолетника, принцип социјализације и помоћи у поступању са малолетником и принцип превенције малолетничке делинквенције.

14) укључање у одређену спортску, културно-забавну организацију или удружење са обавезом да редовно посећује пробе или тренинге.

Орган старатељства врши надзор над спровођењем обавеза од стране малолетника и има обавезу да једном у три месеца обавести суд о испуњавању истих. До опозивања условне осуде са заштитним надзором доћи ће уколико малолетник не испуњава обавезе или уколико учини једно или више кривичних дела за које је утврђена казна малолетничког затвора преко три године или уколико је пре изрицања условне осуде са заштитним надзором извршио кривично дело за које је неопходно изрећи казну.

Суд може одлучити да условно прекине поступак према старијем малолетнику за извршено кривично дело за које је забрањена новчана казна или казна затвора до пет година, уколико се малолетник каје, надокнади штету и помири се са оштећеним, који је сагласан са одлуком суда, ако малолетник у року од две године не изврши ново кривично дело.

За кривично дело забрањено новчаном казном или казном затвора до три године, суд може изрећи општекорисни рад у трајању од 5 до 100 сати уколико је потребно да се овом мером изврши васпитни утицај малолетника. За случај неиспуњавања обе алтернативне мере, суд ће је заменити упућивањем у дисциплински центар за малолетнике.

По пријави за кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године, надлежни јавни тужилац може:

1) да не покрене поступак пред судом и ако постоје докази да је малолетник извршио кривично дело, ако сматра да то не би било целисходно с обзиром на природу кривичног дела и околности под којим је извршено, на ранији живот малолетника и његова лична својства,

2) условно да одложи покретање кривичног поступка пред судом на шест месеци под условом да не изврши ново кривично дело и да надокнади штету насталу кривичним делом,

3) да не поведе поступак против малолетника на основу извештаја органа старатељства да је постигнуто поравнање између малолетника и оштећеног о враћању имовинске користи, надокнади штете,

4) да предложи да суд одреди према малолетнику општекорисни рад до 30 часова.

Ове одлуке јавног тужиоца условљене су његовом оценом да је случај јасан и сагласношћу малолетника и његовог законских заступника, браниоца и оштећеног, по предходно прибављеном извештају органа старатељства. Орган старатељства је дужан да на тражење јавног тужиоца у року од месец дана достави извештај у коме, поред других околности које се односе на личност малолетника и његовог понашања, треба да буде садржано и мишљење и предлог за доношење одлуке. Поступак поравнања није могућ применити уколико је кривично дело за последицу имала смрт неког лица.

Одлуку о поступку поравнања може донети такође суд. Уколико јавни тужилац предложи да се малолетнику изрекне општекористан рад до 30 часова, а суд то не прихвати, суд мора посебно да образложи неприхватање исте.

Међутим, поред могућности изрицања алтернативних мера Законом је дата могућност надлежном јавном тужиоцу да по пријави за кривично дело извршено од стране малолетника за које је предвиђена казна затвора до пет година, на основу предходне писмене сагласности малолетника и његовог законског заступника, браниоца и оштећеног, да упути странке на поступак медијације. Исту могућност има надлежни суд за малолетнике.

Стране су у обавези да у року од три дана након предлога за упућивање на поступак медијације доставе сагласност јавном тужиоцу односно надлежном суду за малолетнике. Странама је дата могућност да саме изаберу медијатора са листе медијатора у року од три дана од достављања писмене сагласности. Уколико се стране не могу споразумети, медијатора одређује јавни тужилац односно надлежни суд за малолетнике у року од три дана. И ако је Закон повезао медијаторе за одређене професије, истовремено је дата могућност да медијатор буде свако лице које испуни предвиђене услове.²³ Медијатор помаже странкама да постигну погодбу на основу поштовања принципа добровољности, неутралности, непристрасности, једнакости странака, транспарентности, ефикасности и правичности. У договору са странкама одређује се датум одржавања поступка медијације. Медијатор комуницира са странкама заједно или појединачно. Странама и медијатору је дата могућност да било када дају предлог за успешно решавање предмета. Поступак медијације може трајати 45 дана од достављања писмене сагласности. Ако се поступак медијације не заврши у овом року, предмет се враћа јавном тужиоцу, односно надлежном суду за малолетнике ради наставка поступка. Поступак медијације се завршава:

1) потписивањем писмене погодбе страна о надокнади материјалне и нематеријалне штете,

2) писменом изјавом медијатора, по завршеним консултацијама са странкама, да су даљи покушаји медијације неоправдани, даном подношења изјаве,

3) истеком рока предвиђеног за поступак медијације.

У циљу онемогућавања злоупотребе медијације, Законом су предвиђени заштитни механизми. Првим механизмом је дата могућност медијатору да прекине поступак медијације уколико сматра да је постигнути споразум

²³ „Потребни услови за медијатора су: завршено високо образовање, петогодишње искуство у раду са малолетницима и да кандидату за медијатора није изречена казна забране вршења професије, делатности или дужности.“ Цитат према: Бачановић, О., „Ресторативна правда и Закон о малолетничкој правди са посебним освртом на медијацију“, *Црногорска ревија за кривично право и криминалну политику*, Удружење за кривично право и криминалну политику Црне Горе, Будва, 2009., страна 417-418.

неподобан за извршење или је незаконит. Јавни тужилац односно суд за малолетнике могу да, уколико оцене да нису испуњени законски услови за медијацију или за њене циљеве, наставе поступак тамо где је прекинут.²⁴

Ресторативна правда у кривичном законодавству Србије

У малолетничком кривичном законодавству Републике Србије су Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (у даљем тексту Закон о малолетницима) одређене следеће кривичне санкције које се могу изрећи малолетним лицима:

- 1) казна малолетничког затвора,
- 2) васпитне мере и
- 3) мере безбедности.

Међутим, пратећи тенденције присутне последњих деценија у многим земљама Република Србија је, Законом о малолетницима, на основу теорије неинтервенисања увела у своје законодавство мере *sui generis* у виду васпитних налога. Оне немају карактер кривичних санкција. Васпитни налози се одређују као мере које се изричу малолетним учиниоцима кривичних дела, од стране законом одређених органа, на основу услова прописаним у закону, у циљу остваривања законом прописане сврхе, у интересу малолетног извршиоца кривичног дела и оштећеног лица.²⁵

Чланом 5 став 1 Закона о малолетницима одређено је да се према малолетном учиниоцу кривичног дела може применити један или више васпитних налога ако је учинио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна. Сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак, односно да се покренути поступак обустави, као и да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не би чинио кривична дела. Без обзира што су васпитни налози мере *sui generis*, сврха њиховог изрицања представља начин остваривања опште сврхе свих кривичних санкција прописане чланом 4 Кривичног законика, а то је сузбијање дела којима се повређују или угрожавају вредности заштићене кривичним законодавством. Услов да се изрекне било који васпитни налог је признање кривичног дела и однос малолетника према кривичном делу и оштећеном. Однос малолетника према кривичном делу и оштећеном карактерише кајање малолетника што је извршио кривично дело и повредио друго лице, као и спремношћу да се извини и анулира штетне последице свога понашања. Васпитни налог може трајати најдуже шест месеци.

²⁴ Ibidem

²⁵ Радуловић, Љ., „Васпитни налози- алтернатива санкцијама за малолетнике“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, вол. 46, број 1, Београд, 2008., страна 27.

Васпитни налог према малолетнику може изрећи надлежни јавни тужилац за малолетнике или судија за малолетнике.²⁶ Предвиђањем могућности да васпитне налоге може изрећи надлежни јавни тужилац за малолетнике, потврђујемо тезу да су васпитни налози мере *sui generis* које не спадају у систем кривичних санкција које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела, јер се кривичне санкције изричу након спроведеног кривичног поступка. Надлежни јавни тужилац за малолетнике може да се руководи начелом опортунитета када је малолетник извршио кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година или новчана казна. Када процени да није целисходно да се води кривични поступак према малолетнику, за кога постоје докази из којих произилази основана сумња да је малолетник учинио кривично дело, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је дело учињено, на ранији живот малолетника и његова лична својства, јавни тужилац може одлуку о непокретању кривичног поступка условити престанком малолетника и његових родитеља, усвојиоца или стараоца, као и спремношћу малолетника да испуни један или више васпитних налога.²⁷ Јавном тужиоцу за малолетнике стоје на располагању следећи васпитни налози:

1) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин, отклониле у целини или делимично, штетне последице дела,

2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао,

3) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја.

Уколико малолетник у потпуности испуни преузети васпитни налог, о чему извештај подноси орган старатељства, јавни тужилац за малолетнике ће донети решење којим одбацује кривичну пријаву, односно предлог оштећеног за покретање поступка. Ако малолетник не испуни преузети васпитни налог или га испуни само делимично, али у мери који оправдава покретање кривичног поступка, јавни тужилац за малолетнике подноси захтев за покретање припремног поступка судији за малолетнике надлежног суда.

Уколико је јавни тужилац за малолетнике поднео захтев за покретање припремног поступка, он може само да поднесе предлог да се поступак према малолетнику обустави под условом да малолетник прихвати да испуни један или више предходно наведених васпитних налога. У случају да се судија за малолетнике сложи са предлогом, поступак се обуставља, с тим што у случају неслагања одлуку доноси веће за малолетнике у року од осам дана. За разлику од тужиоца за малолетнике који може изрећи или поднети предлог за изрицање само три васпитна налога, судија за малолетнике односно веће за

²⁶ Константиновић Вилић, С., Костић, М., Извршење казни и других кривичних санкција у Републици Србији, СБЕН, Ниш, 2006., страна 95.

²⁷ Ђурђић, В., Кривично процесно право- посебни део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2006. година, страна 228.

малолетнике могу применити, поред три васпитна налога која може изрећи тужилац за малолетнике, и два васпитна налога медицинског карактера:

1) подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога и

2) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

У 2008. години, према малолетним учиниоцима кривичних дела примењени су васпитни налози: јавни тужилац за малолетнике је у 55 случајева применио васпитне налоге, док је судија за малолетнике у 14 случајева применио васпитне налоге.²⁸ На територија града Ниша током 2008. године није изречен ни један васпитни налог.²⁹

Међутим, концепт ресторативне правде нашао је примену и у Васпитно-поправном дому у Крушевцу. Тако је управа Васпитно-поправног дома у Крушевцу, пратећи тенденције примене ресторативне правде у свету, 17. октобра 2003. године основала Службу за посредовање³⁰ с циљем примене модела посредовања³¹ у заводским установама у које се смештају малолетници којима је изречена васпитна мера упућивање у васпитно-поправни дом. Циљ Службе за посредовање је да се подстакне разрешење сукоба међу штићеницима у којима је дошло до повреде права друге особе, кроз систематску примену процеса посредовања. Међутим, поред подстицања разрешавања сукоба постоје и посебни циљеви: унапређивање квалитета живота малолетника, повећање просоцијалних потенцијала малолетника и смањивање антисоцијалног понашања малолетника. Оснивање Службе за посредивање и сам поступак посредовања се може посматрати као алтернатива дисциплинском кажњавању малолетника којима је изречена ова заводска мера.

Службу за посредовање чине радници Васпитно-поправног дома и Центра за социјални рад у Крушевцу који су завршили обуку за посредовање између преступника и жртве. Посредовање се врши и у случајевима када постоји кривично дело, као и у случајевима сукоба у којима нема елемената кривичног дела, али постоји повреда права друге особе.

²⁸ Видети: <http://webrzs.stat.gov.rs/axd/drugastrana.php?Sifra=0012&izbor=odel&tab=66>, приступ 13.6.2009. године

²⁹ Видети: www.ni.rs/uploads/doc/odluke/090416izvestaj16.pdf, приступ 13.6.2009. године

³⁰ Служба за посредовање у ВПД- Крушевац је основана као резултат партнерства Васпитно-поправног дома, УНИЦЕФ-а и шведске Агенције за међународни развој у оквиру пројекта „Шанса деци за промену“.

³¹ Посредовање или медијација је типични институт ресторативне правде. Посредовање је преговарање супротстављених страна уз присуство посредника, који нема ауторитативну моћ доношења одлука, већ помаже странама у сукобу да саме дођу до прихватљивог решења. Медијација се може применити у породичним и брачним споровима, у споровима насталим у школи, у споровима насталим у локалној заједници, у радним споровима и у споровима насталим извршењем кривичног дела од стране малолетног починиоца. Више видети на: <http://www.medijacija.org/medijacija/index.php>, приступ 24.9.2009. године

Крајем 2003. године доносен је Правилник рада, регулисани су односи са другим службама Васпитно-поправног дома и креиране су административне процедуре. Посредовање је од 2005. године постало редовна процедура решавања сукоба између малолетника у Васпитно-поправном дому, са приматом примене у односу на дисциплински поступак.³²

Поступак посредовања се може применити у случајевима сукоба малолетника у дому, при чему морају бити испуњени одређени услови:

1. сукоб у коме је јасно ко је жртва, а ко је починитељ,
2. сукоб у коме није јасно ко је жртва и ко починитељ, већ свака страна наноси штету другој страни
3. сукоб који укључује лакши дисциплински прекршај,
4. сукоб који укључује тежи дисциплински прекршај и
5. сукоб који не повлачи дисциплински прекршај, али укључује повреду права.

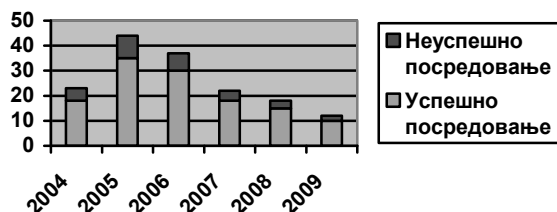
Поступак посредовања почиње пријављивањем случаја Комисији за упућивање случајева или члановима Службе за посредовање који га упућују Комисији. Комисија за упућивање случајева одлучује, на основу прописаних критеријума, да ли се конкретан случај може решити посредовањем. Уколико случај испуњава предвиђене критеријуме, поступак посредовања почиње следећег радног дана. Случај преузимају они посредници који раде следећег радног дана. Посредовање се спроводи у паровима, при чему је предвиђен систем ротације тако да свако од чланова Службе за посредовање има шансу да практикује посредовање.

Први поступак посредовања спроведен је фебруара 2004. године који је резултовао постигнутим договором између штићеника дома. Од почетка примене поступка посредовања па до данас било је спроведено 96 поступака посредовања, док у 30 случајева поступак медијације није спроведен, иако су постојали услови за посредовање, како због тога што медијацију нису прихватили штићеници дома, тако и због тога што медијација није резултирала постизањем договора.

Прве године постојања Службе за посредовање било је укупно 23 случајева у којима се постојали услови за примену поступка медијације. Међутим, посредовање је спроведено у 18 случајева. Највећи број успешних посредовања био је 2005. године, када је уједно било и највише случајева у којима није спроведено посредовање. Велики број медијације био је и 2006. године. Након тога забележена је тенденција опадања броја случајева у којима је могуће применити медијацију. Године 2008. број посредовања је најмањи од почетка оснивања Службе.

³² Видети: <http://www.vpdom.edu.rs/medijacija.html>, приступ 24.9.2009. године

Број посредовања



Као типичан пример у коме је извршен поступак медијације може се навести случај у коме је дошло до вербалног сукоба који је претио да постане у нешто озбиљније. Починилац је дечак стар 15 година, по националности Србин, који потиче из непотпуне породице (родитељи су разведени). Од своје једанаесте године врши кривична дела, због чега је више пута хоспитализован због психолошких проблема. Жртва је дечак, такође српске националности, стар 17 година и у дому се налази због кривичног дела почињеног из нехата. Нападач је био чак и физички слабији од дечака-жртве, али га то није спречавало да свакодневно психички малтретира другог дечака.

Вербални сукоб је трајао десетак дана у време када су се они налазили у стадијуму адаптације, у Пријемном одељењу Васпитно-поправног дома. Случај је нарочито интересантан због тога што дечак-жртва није имао прилику да буде окружен таквим дечацима, при чему га је ситуација веома дестабилизovala, јер је он вербалне сукобе доживљавао као атак на сопствену личност.

Анализирањем сукоба дошло се до закључка да је дечак-жртва имао жељу да разуме дечака-нападача, али је осећао велики страх због ситуације у којој се налазио, бојећи се да неће моћи да издржи атмосферу у којој се налазио. Дечак-нападач је, својим психичким малтретирањем, само погоршавао ситуацију дечака-жртве повећавајући му страх и незнање. Починилац је, чини се, имао велику потребу да свој унутрашњи бес и револт истражи на некоме. Међутим, уједно је увиђао да својим понашањем психички малтретира другог дечака и исказивао је жељу да обузда себе. Препознавањем жеље починилац да се промени, створени су услови да се покрене поступак посредовања.

Поступак медијације је започет појединачним разговорима како са починиоцем, тако и са жртвом. Први разговор обављен је са дечаком-нападачем. Дечак, емотивно повређиван и психички нестабилан, је у првом моменту бурно реаговао говорећи да он нема шта да прича са жртвом. Након објашњења шта поступак медијације доноси, одмах је пристао. У разговору са жртвом се увидела жеља дечака да што пре реши проблем.

Након појединачних разговора, уследио је поступак медијације. Седели су један наспрам другог. Раздвајао их је радни сто. Разговор је започет од стране дечака-жртве. Приликом приче како се осећа када га дечак-нападач психички малтретира и провоцира, дечак-нападач је почео да увиђа како се

осећала жртва, при чему је почео да црвени све док није заплакао. Дечак-жртва није веровао шта се пред њим догађа. У његовим очима дечак-нападач је постајао све друго, осим дечака који је склон агресији.

Медијација је резултовала потписивањем договора који је садржао прихватање одговорности дечака-нападача, при чему је постојало обећање да се провоцирање неће више понављати.

Закључак

Развојем друштва дошло је до јачање тежње за хуманијим и праведнијим начином реакције на криминалитет који треба да смањи суровост класичног кривичног система. Та тежња се огледа у концепту ресторативне правде који је имплементиран у многа законодавства широм света.³³ Она се примењује као реакција на криминалитет малолетника. Међутим, теоретичари сматрају да није довољно примењивати ресторативну правду само на малолетне извршиоце кривичних дела, већ је потребно искористити предности које даје ресторативна правда и код пунолетних извршиоца кривичних дела која нису много друштвено опасна.

Земље бивше Југославије прате тенденције у савременом кривичном законодавству увођењем концепта ресторативне правде у своја законодавства. Међутим, све оне се сусрећу са бројним проблемима, почев од недовољне обучености надлежних органа о предностима мера ресторативне правде до аверзије локалне друштвене заједнице о спровођењу мера чији циљ није само казна и спровођење кривичног поступка. Република Србија мора у наредном периоду да донесе подзаконске акте који би регулисали питања примене васпитних налога. Податак да се поврат јавља чак у 85 % случајева кривичних дела извршених од стране малолетника³⁴ говори нам да сама примена кривичних санкција не даје очекиване резултате и да је потребно нешто променити. Можда је та промена отелотворена у већој примени концепта ресторативне правде односно васпитних налога, "јер будућност не постоји без опроштаја."³⁵

Структура изречених кривичних санкција према малолетницима је таква да се у 95 % случајева изричу кривичне санкције ванзаводског карактера, за чије је изрицање потребно вођење кривичног поступка, а која нам уједно и говоре да структура извршених кривичних дела таква да је могуће применити алтернативне мере *sui generis*. Већом применом васпитних налога избегло би се вођење кривичног поступка чиме би се уссштедиле значајна

³³ Мере ресторативне правде се у Немачкој изричу у 70% малолетничких случајева.

³⁴ Мрвић-Петровић, Н., "Примена концепта обнављајуће правде у спречавању малолетничке делинквенције", страна 301

³⁵ Схватање да будућност не постоји без опроштаја пропагира теоретичат Дезмонд Туту. Међутим, опроштај се разликује од слушања других уз дужно поштовање. Према: Константиновић Вилић, С., Костић, М., *op. Cit.*, страна 110

финансијска средства, а уједно би се избегло етикетирање малолетника као лица које је извршило кривично дело.

Већом применом ресторативне правде, не само према малолетницима већ и према пунолетним извршиоцима кривичних дела (уколико тежина кривичног дела то дозвољава), избегла би се ситуација да у кривичном поступку долази до суђења оним људима који су "другачији"- бескућницима, сиромашнима и припадницима мањина.³⁶

³⁶ Костић, М., *op. cit.*, страна 224

Darko Dimovski, LL.B.
Junior Teaching Associate
Faculty of Law, University of Niš

THE APPLICATION OF RESTORATIVE JUSTICE IN THE JUVENILE CRIMINAL LAW

Summary

In the last few decades of 20th century, Juvenile Criminal Law has been subject to significant changes as a result of the adopted international documents in this field and the subsequent reforms of criminal legislations in some states. These changes are evident in the way the state responds to the criminal offences committed by juvenile offenders. The response is based on a more extensive application of the principle of opportunity in criminal proceedings against minors as well as the use of diversive models and alternative criminal sanctions. The countries of the former SFRY have not been immune to such changes. In line with the contemporary trends, they have incorporated the principles of restorative justice into their juvenile criminal legislations. The ultimate purpose of these changes is to strengthen the responsibility of a juvenile criminal offender, to cater for the interests of the injured party but also to include the local community into the social reaction towards juvenile criminality, primarily in order to divert, evade or discontinue the criminal proceeding against a minor and apply alternative measures *sui generis* (educational or correctional orders).

Key words: restorative justice, educational orders, juvenile correction facility in Kruševac

РАДОВИ СТУДЕНАТА

UDK: 347.962.3:347.99(497.113)

Драгана Пасула, дипломирани правник

Студент Докторских студија права на Правном факултету у Нишу

СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

- Пример актуелне праксе Општинског суда у Новом Саду -

***Апстракт:** Предмет овог научног истраживања је начело суђења у разумном року. Истраживањем се жели утврдити којим је све одредбама новог Закона о парничном поступку ово начело конкретизовано, да ли су оне заживеле у пракси, колико се поштују и колико доприносе убрзању поступка. Посебна пажња посвећена је факторима који утичу на дужину трајања поступка, при чему је учињен покушај да се утврди утицај суда, странака, њихових заступника, сведока, вештака и органа који суделују у поступку.*

У раду су анализирана нова законска решења којима је законодавац настојао да допринесе ефикасности поступка, затим, фактори који утичу на дужину трајања поступка, и коначно, да утврдите да ли суд користи инструменте који му стоје на располагању како би спречио злоупотребу процесних овлашћања у циљу одуговлачања поступка.

Истраживање је обављено у Општинском суду у Новом Саду. Истраживањем је обухваћен период након ступања на снагу новог ЗПП-а, тачније од 23.02.2005. до 31.12.2007.године. За анализу су издвојени предметни Парничног одељења Општинског суда у Новом Саду у којима је предмет спора накнада штете.

Резултати истраживања у Општинском суду у Новом Саду показали су да у досадашњем периоду примене новог ЗПП-а има доследности у примени, са одређеним изузецима. Пре свега, приметна је поштрена дисциплина странака и вештака, свесност постојања последица непоштовања. Највеће проблеме и застоје у поступку проузрокује фаза достављања, где одговорност лежи како на странкама, тако и на достављачкој служби, али и недовољној сарадњи са другим државним органима. Нов ЗПП је уношењем одредбе о неуспешном достављању нешто учинио, али чини се не довољно. Занемаривање правила од стране суда постоји у погледу поштовања рокова за објављивање и израду пресуде, могућности упућивања странака да спор реше медијацијом, изрицања репресивних мера због непоштовања процесне дисциплине, као и поштовања посебних правила у споровима мале вредности.

***Кључне речи:** Начело суђења у разумном року, Закон о парничном поступку, Ефикасност, Правсуђе*

1. УВОД

Право на правично суђење је аутономно људско право, једно од фундаменталних у демократском друштву. Израз је потребе за стандардизацијом у пружању квалитетне, ефективне и експедитивне судске заштите повређеним и угроженим правима правних субјеката.

„Право на правично суђење је комплексно право, обухвата читав низ комплементарних процесних људских права: право на приступ суду, право на поступак одговарајућег квалитета, право на независан и непристрасан суд, право на јавност у поступку, као и право на решавање правне ствари у разумном року.“¹

Делотворност је један од критеријума по коме се оцењује квалитет пружене правне заштите. Поступак мора бити ефикасан и делотворно се окончати у разумном року. Начело процесне економије (начело ефикасности) поставља пред суд задатак да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова. Ова дужност суда корелативна је праву странке да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року. Право на суђење у разумном року је аутономно процесно право које, само за себе, заслужује заштиту, независно од заштите самог материјалног права о коме се расправља и одлучује у конкретном поступку. То је право странке да јој се заштита права пружи ефикасно, тако што ће се спровести поступак и донети судска одлука без претераног одлагања и одуговлачења. Суд је дужан да искористи сва своја процесна овлашћења и мере управљања поступком да би се поступак спровео ефикасно и без одуговлачења.

Начело суђења у разумном року поставља двоструки задатак: с једне стране, подразумева поједностављење парничног поступка где год је могуће, спровођење поступака без одуговлачења и са што мање трошкова, али водећи рачуна да се не угрози начело законитости. Опције суда у избору процесних средстава вођене правилима економичности не смеју да иду на штету правилног и законитог суђења. Само брзо и правично судство може бити ефикасно.

Предмет овог научног истраживања је начело суђења у разумном року. Истраживањем се жели утврдити којим је све одредбама новог Закона о парничном поступку ово начело конкретизовано, да ли су оне заживеле у пракси, колико се поштују и колико доприносе убрзању поступка. Посебна пажња посвећена је факторима који утичу на дужину трајања поступка, при чему је учињен покушај да се утврди утицај суда, странака, њихових заступника, сведока, вештака и органа који суделују у поступку.

¹ Н. Петрушић, *Право на приступ суду у светлу новог ЗПП*, Тематски зборник радова: Приступ правосудју, инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем, Ниш, 2007, стр. 161

У раду су анализирана нова законска решења којима је законодавац настојао да допринесе ефикасности поступка, затим, фактори који утичу на дужину трајања поступка, и коначно, да утврдите да ли суд користи инструменте који му стоје на располагању како би спречио злоупотребу процесних овлашћења у циљу одуговлачања поступка.

Истраживање је обављено у *Општинском суду у Новом Саду* (без одељења у Жабљу, Бачком Петровцу и Беочину). Истраживањем је обухваћен период након ступања на снагу новог ЗПП, тачније *од 23.02.2005. до 31.12.2007.године*.

Посматрани предмети се могу поделити у три групе: 1) предмети који су примљени и завршени у првостепеном поступку у овом периоду 2) предмети који су завршени у периоду истраживања, а примљени раније, дакле започети по старом ЗПП и 3) још увек живи предмети.

За анализу су издвојени предмети Парничног одељења Општинског суда у Новом Саду (у даљем тексту: Суд) у којима је предмет спора накнада штете. На избор предмета утицала је околност да се, посматрајући дугогодишњу праксу Суда, ради о најбројнијој скупу парничних предмета, као и чињеница да су у пракси Европског суда међу најчешћим управо представке због дужине трајања поступка у овој врсти спора.

Подаци презентовани у раду утврђени су на основу Извештаја о раду Општинског суда у Новом Саду за период 01.01.2005-31.12.2007. године, прегледом уписника "П", као и анализом појединачних архивираних предмета.

2. ПРАВНИ ОКВИР НАЧЕЛА СУЂЕЊЕ У РАЗУМНОМ РОКУ

Историјски посматрано, захтев за суђењем у разумном року домаћем правном систему није непознат. Наш правни систем је нормативно увек био опредељен за одвијање судских поступака без непотребног одуговлачења. Свим процесним законима, без изузетка, суд законодавац је прописивао дужност суда да поступак оконча у што краћем року, без одуговлачења. Оно што остаје као питање јесте у којој мери је било разрађено ово начело и како је санкционисана повреда.

Тако, претходни Закон о парничном поступку², који је само преузео већ раније усвојена начела процедуре и наставио континуитет, садржавао је одредбу којом је било наложено суду да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова и да онемогући сваку злоупотребу права која странкама припадају у поступку. Може се приметити да овај закон није експлицитно прокламовао начело суђења у разумном року, али да је његова садржина била обухваћена овде прокламованим начелима процесне економије и забране процесних овлашћења.

² Закон о парничном поступку од 1976. године, Сл.настао пре свега као последица усклађивања претходног ЗПП из 1956. године са Уставом СФРЈ из 1974

Након уставних промена и настанка Државне заједнице 2003. године, Закон о парничном поступку од 1976. године је наставио да се примењује, али као закон држава чланица, до доношења нових од стране сваке чланице.

Дакле, норме које су регулисале парничну процедуру и њена основна начела остале су непромењене и у новонасталој држави. Ипак и поред постојања процесног прописа који је садржавао начело процесне економије, није се могло рећи да је стварно била обезбеђена правна заштита “природног” права на суђење у разумном року. Смањење броја нерешених предмета, ажурност рада судова, а посебно решавање старих предмета били су трајни задаци у претходном периоду који су недовољно успешно решавани.³ Потреба за дуго очекиваном и одлаганом процесном реформом била је све већа. Неопходна је била разрада и боља конкретизација прокламованог начела, уз постојање ефикасног система санкција и његову адекватну примену.

Обавеза промене таквог стања добила је нарочито на значају приступањем Државне заједнице Србије и Црне Горе Савету Европе 03.04.2003. године и након ратификације Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и њених Протокола⁴.

2.1. Европска конвенције за заштиту људских права и основних слобода и њених Протокола

Одредба члана 6 ст. 1 Конвенције⁵ гарантује право на правично суђење у разумном року. Према Конвенцији термин “грађанска права и обавезе” има аутономно значење и односи се на грађанска права о којима се одлучује у парничном поступку као и у управном поступку у коме се та права утврђују. Време које се рачуна у разумни рок почиње да тече у грађанским стварима од датума покретања одговарајућег поступка до његовог завршетка на највишој инстанци.⁶

Комитет министара Савета Европе, донео је већи број препорука, којима је оквирно разрадио методе примене и остваривања права прокламованих чланом 6 Конвенције. Међу најзначајним су: Препорука П (81) 7 о

³ Тамаш, В., *Трајање поступка-стари предмети и суђење у разумном року*, Билтен Врховног суда 2/2005, стр. 207.

⁴ „Сл. лист СЦГ – Међународни уговори“, 3/2003. (у даљем тексту: Конвенција)

⁵ Члан 6 Конвенције: 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. Пресуда се изриче јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштите приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, нужно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

⁶ В. опширније: Милутиновић, Љ., *Суђење у оквиру разумног временског рока*, Правни информатор, бр.11/2004.

мерама које омогућавају приступ суду, Препорука П (84) 5 о начелима парничног поступка за унапређење остваривања правде, Препорука П (86) 12 о мерама за спречавање и смањење оптерећености судова, Препорука П (93) 1 о ефикасном приступу закону и правди најсиромашнијих слојева, Препорука П (94) 12 о независности, ефикасности и улози судије, Препорука П (95) 5 о увођењу и унапређивању жалбених поступака у грађанским И привредним предметима, Препорука П (98) 7 о породичној медијацији и Препорука Рец (2002) 10 о медијацији у грађанским стварима.⁷

Закон о ратификацији наведене Конвенције Скупштина СЦГ је донела 26.12.2003. године. Уставном повељом Државне заједнице било је предвиђено да се одредбе међународних уговора о људским правима и грађанским слободама који важе на територији Србије и Црне Горе непосредно примењују (члан 10), а ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права имају примат над домаћим правом (члан.16).

Након референдума одржаног у Републици Црној Гори 21.05.2006. год, Државна заједница Србије и Црне Горе престала је да постоји. Самим тим стављена је ван снаге и Уставна повеља Државне заједнице, чиме се поставило питање основа за даљу примену Конвенције у Републици Србији.

Одлуком Народне скупштине РС од 05.06.2006. год.⁸ констатовано је да је Република Србија у складу са Полазним основама за преуређење односа Србије и Црне Горе (Београдски споразум) и чл. 60 Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора, постала правни следбеник Државне заједнице и у целости наследила њен међународно-правни субјективитет и међународне документе. Из тога произилази да је Република Србија преузела својство уговорне стране и сва права и обавезе из међународних уговора које је ратификовала Скупштина СЦГ, укључујући и Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. На тај начин створен је основ за њену примену у оквирима правног поретка Републике Србије.

2.2. Историјска ретроспектива уставног оквира права на суђење у разумном року

Иступањем Црне Горе из ДЗ СЦГ, Србија је постала следбеник Државне заједнице и у целости наследила њен међународно-правни субјективитет. Уставна повеља Државне заједнице, као и Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама као њен саставни део, престале су да важе, тако да се до доношења новог Устава Републике Србије 30.09.2006. године, уставна основа права на суђење у разумном року могла посматрати једино кроз тада важећи Устав Републике Србије из 1990. године.

⁷ В. *Збирка одабраних препорука Савета Европе*, Савет Европе Београд, 2004.

⁸ „Сл.гласник РС“, бр. 48/2006.

Тадашњи Устав Републике Србије⁹ није имао директно прокламовану заштиту права на суђење у разумном року. Једино се у члану 22 Устава гарантовало свакоме право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, другим државним органом, или било којим органом или организацијом, као и право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се решава о његовом праву или на закону заснованом интересу. Наведена одредба је последица концептуалног усаглашавања са Уставом СРЈ. Након престанка важења тог Устава и ступања на снагу Уставне повеље Државне заједнице Србија и Црна Гора јавила се потреба за усаглашавањем Устава РС са Уставном повељом. Штавише, чланом 19 Закона за њено спровођење прописана је обавеза држава чланица да своје уставе, законе и друге прописе усагласе са Уставном повељом. Међутим, до таквог усаглашавања никада није дошло, а након престанка постојања Државне заједнице, таква обавеза је постала беспредметна. Управо као последица описане ситуације, важећи ЗПП, концептуално заснован на Уставној повељи и у њој директно прокламованом принципу суђења у разумном року, остао је неусклађен са претходно важећим Уставом Србије.

Право на правично суђење јемчила је Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама у одредби члана 17, која поред једнаке заштите права у поступку пред судовима, другим државним органима и носиоцима јавних овлашћења прокламовала и право сваког да о његовим правима, обавезама, као и о оптужбама против њега, без одлагања, одлучује независан, непристрасан и законом установљен суд. Одредба члана 7 прописивала је непосредну примену људских и мањинских права зајемчених општеприхваћеним правилима међународног права, као и међународним уговорима који важе у Заједници. То је значило да се сва права зајемчена Конвенцијом, па и право на суђење у разумном року, непосредно примењују.¹⁰

Република Србија је доношењем Устава 2006. године¹¹ створила нов правни основ за остваривање и заштиту права на суђење у разумном року. Чланом 32 став 1 Устава прокламовано је право на правично суђење: Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Уважавајући одговарајуће међународне стандарде и обавезе које за Републику Србију произлазе из ратификованих међународних споразума, творци новог Устава уврстили су и право на суђење у разумном року у основна људска права.

⁹ „Сл. гласник РС“, бр. 1/1990.

¹⁰ „Сл. лист СЦГ“, бр. 6/2003.

¹¹ „Сл. гласник РС“, бр. 83/2006.

2.3. Закон о парничном поступку¹²

Закон о парничном поступку (у даљем тексту: нови ЗПП), који је ступио на снагу 23.02.2005.године, одговорио је на захтев реформе правосудног система. Основни правно-политички захтеви који су избили у први план у новом ЗПП су ефикасност и експедитивност у поступању свих процесних субјеката, за разлику од ЗПП од 1956. и ЗПП од 1976.године, који су садржавали само опште правило о забрани одуговлачења поступка. Иако процесни закон, у целини посматрано, никада није био главни кривац за неефикасност у суђењу, нови ЗПП је требало да донесе одређене промене које треба да омогуће убрзање парничне процедуре. То се посебно односи на промене оних процесних норми које су биле или су потенцијално могле бити узрок неефикасности, или које су биле злоупотребљаване у пракси.¹³ Поред тога, приступање Србије Савету Европе, ратификација Европске конвенције и могућност да се затражи правна заштита пред Европским судом за људска права, избацили су у први план проблем трајања и дужине судског поступка. Исто тако, пред потенцијалне кандидате за чланство у Европској унији као један од услова постављено је и поправљање стања у правосудју, смањење броја нерешених предмета и ефикасност у пружању правне заштите.

Нови ЗПП изричито прокламује право на суђење у разумном року¹⁴ и нормативно га конкретизује у низу законских одредаба, а које су у потпуности у складу са принципима правичног суђења, прописаног чланом 6 став 1 Европске конвенције.

Поред тога, у основним одредбама¹⁵, важећи ЗПП обавезује странке да савесно користе права која су им призната у парничном поступку. Прописана је и обавеза суда да спречи сваку злоупотребу.

Нови ЗПП садржи низ одредби које треба да омогуће окончање поступка у разумном року. Неке од тих одредби постојале су и у ранијем закону, али су сада прилагођене неопходности да поступак буде ефикасан, док неке одредбе уводе потпуно нове институте. Прокламовано право конкретизовано је заштравањем процесне дисциплине и нормативним сузбијањем оне стратегије парничара која најчешће представља злоупотребу процесних овлашћења, прописивањем законских рокова за поједине процесне активности суда и странака, елиминисањем могућности да се судски рокови продужују, укидањем мировања поступка, стварањем могућности да се у фази припремног поступка мериторно одлучи о основаности тужбеног захтева, омогућавањем суду да ефикасније управља поступком, увођењем обавезног одговора на тужбу, санкционисањем процесне недисциплине, прокламова-

¹²„Сл.гласник РС“, бр 125/2004.

¹³ Станковић, Г., *Ново парнично процесно право РС*, Право-теорија и пракса, бр.2-3/2005,стр. 7

¹⁴ Чл. 10 ЗПП: “Странка има право да суд одлучи о њеним захтевима и предлозима у разумном року, а суд је дужан да настоји да се поступак спроведе без одуговлачења и са што мање трошкова”.

¹⁵В. члан 9 ЗПП

њем и разрађивањем принципа мирног решавања спорова итд. Детаљније идентификовање оваквих законских одредби дато је у наставку рада, са анализом праксе Општинског суда у Новом Саду у погледу поштовања и афирмисања ових норми.

3. ДУЖИНА ТРАЈАНЈА ПОСТУПКА

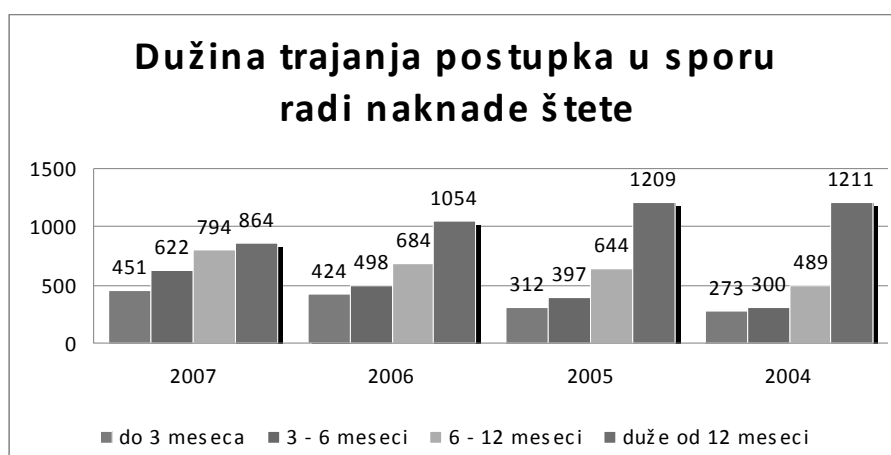
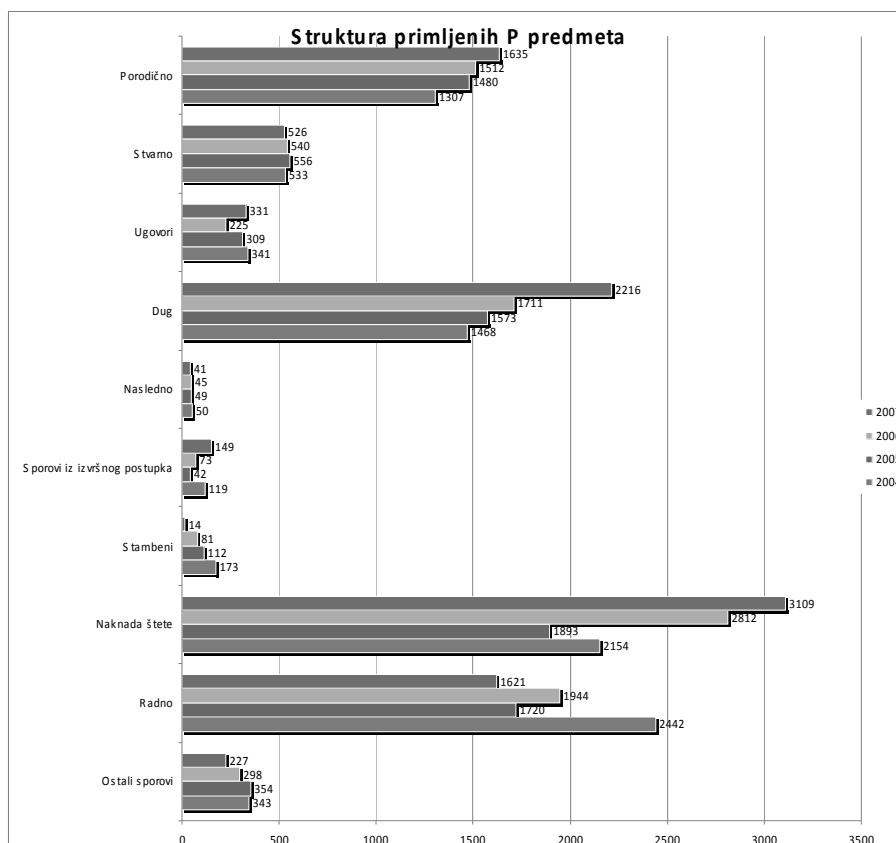
У датом временском периоду (01.01.2005. до 31.12.2007.) у Општинском суду у Новом Саду у раду је било укупно 53.894 парничних предмета, од чега по години у просеку око 17.965 предмета. Од овог броја просечан прилив новопримљених предмета је био 9.475 предмета, а пренетих из претходне године 8.490.

Бр. парничних предмета	Пренето	примљено	у раду	решено	незавршено
2007 г.	6720	9861	16581	10237	6344
2006.г.	8793	9557	18350	11573	6777
2005.г.	9957	9006	18963	9981	8982
2004.г.	9924	9854	19788	9788	9990

По предмету спора, највећи број чине радноправни спорови и спорови ради накнаде штете.

У пракси Општинског суда у Новом Саду решавање спорова о накнади штете у првом степену најчешће траје у дуже од годину дана, у просеку две до три године.

Примера ради, међу споровима ради накнаде штете који су *примљени* 2007. године у 451 предмету поступак је трајао до 3 месеца, у 622 предмета 3-6 месеци, у 794 п. 6-12 месеци и у 861 предмету поступак је окончан након 12 месеци. Број такозваних "старих предмета" (предмети из ранијих година) завршених у 2007. години је следећи: из 2003. године 50 предмета, 2002.г. 42 предмета, 2001.г. 48, из 2000.г. 32, из 1999.г. 28, из 1998.г. 34, из 1997.г. 19 предмета, из 1996.г. 17, из 1995.г. 6, из 1995.г. 6 предмета, 1994.г. 2 предмета, из 1993.г. 3, 2 из 1992, 1 из 1991, 2 из 1990, до најстаријег једног предмета из 1989. године. Колики је просек трајања поступка ради накнаде штете говоре и подаци о још *незавршеним предметима*: из 2006.г. има 192 предмета, из 2005.г. 109, 2004.г. 65, 2003.г. 61 предмет, 2002.г. 10, 15 предмета из 2001. године, до још старијих живих из 1998. (27 предмета), 1997.г. (22), 1996.г. (18), 1995. (13), 1994. (4), 1993. (2), 1992.г. (6 предмета), до најстаријих „живих“ из 1989. године -2 предмета .

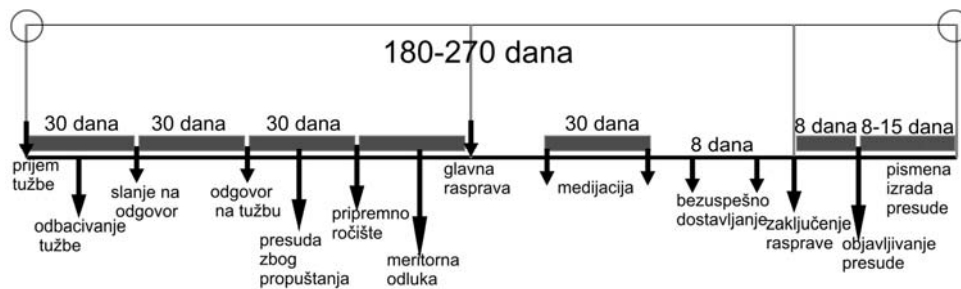


4. РОКОВИ ЗА ПРЕДУЗИМАЊЕ ПАРНИЧНИХ РАДЊИ

Право на суђење у разумном року конкретизовано је у новом ЗПП пре свега прописивањем рокова за поједине процесне активности странака и суда.

Рокови, као процесни инструменти који обезбеђују концентрацију поступка, представљају време одређено за предузимање писмене парничне радње, или код дилаторних рокова време у којем се радња још не сме извршити. За усмене радње то су рочишта Шта.¹⁶

Рокови могу бити прописани законом-законски рокови, или одређени одлуком суда -судски рокови. По правилу, законски рокови су преклузивни, што значи да њиховим истицањем странка губи право на предузимање радње. Супротни њима су инструкциони рокови чијим протеком не наступају штетне последице по странку, а нарочито она не губи право на накнадно предузимање одређене процесне радње. Они само служе убрзању поступка и дисциплиновању странака и суда.¹⁷



Законски рокови

Рокови за страначке парничне радње

Законски рокови који су прописани за страначке парничне радње су по правилу непродуживи и преклузивни. Нов ЗПП је предвидео следеће:

Предлог за враћање у пређашње стање

Преклузија у вршењу процесних радњи настала услед пропуштања рока или рочишта и наступање негативних последица за странку, чине

¹⁶ В. опширније Р. Кеча, Б. Старовић, *Грађанско процесно право*, Нови Сад, 2004; Станковић Г, *Грађанско процесно право*, прва свеска, Ниш 2007.

¹⁷ Група аутора, *Лексикон грађанског права*, Београд, 1996, стр. 639

основне претпоставке да се дозволи враћање у пређашње стање. Даље су претпоставке постојање оправданог разлога и поштовање рока за подношење предлога.¹⁸ Новим ЗПП-ом рок за подношење предлога скраћен је са 15 на 8 дана, а рок за тражење враћања смањен је на 60 дана (у претходном ЗПП био је 3 месеца), све у циљу поштравања процесне дисциплине.¹⁹

Анализом предмета Општинског суда у Новом Саду, који представљају истраживачки узорак, долази се до закључка да је враћање у пређашње стање средство које се у парницама ради накнаде штете користи најчешће у случају доношења пресуде због пропуштања, уз навођење разлога: болест пуномоћника или неопходност присуствовања на другој расправи. Суд углавном уважава ове разлоге, чак и без захтевања доказа за те тврдње.

Одговор на тужбу

Обавезно давање одговора на тужбу је новина у ЗПП. Такође и одредбе о обавезном поучавању туженог о садржини одговора су нове.²⁰ Претходним законом је предлагано суду да захтева од туженог давање писаног одговора само ако би због сложености спора или због већег броја захтева било целисходно да се тужени писмено изјасни. Али, и тада тужени није био дужан да подноси одговор на тужбу, односно због тога није могао да трпи никакве последице. Анализом предмета долази се до следећих закључака: законска одредба се поштује и одговор се шаље најчешће 20-25. дан од дана пријема тужбе. Такође, Општински суд у Новом Саду садржи и формуларе са поуком туженом, који се шаљу уз тужбу.²¹ Све ово знатно је допринело поштравању дисциплине странака и убрзању поступка. То је нарочито очигледно у случајевима (најчешће против осигуравајућих кућа) када тужени већ у одговору изјави да не спори пасивну легитимацију као ни основ тужбеног захтева, већ једино висину и затим се сагласи ван расправе да се изведе вештачење. Тако је одређен број поступака окончан после само једног рочишта, након саслушања вештака.

Последица пропуштања овог рока је доношење *пресуде због пропуштања*, којом се, ако су испуњени и остали законом предвиђени услови, усваја тужбени захтев.²² У пракси новосадског Општинског суда примењује се овај нов законски институт. Мора се приметити да број предмета оконча-

¹⁸ Кеча, Б. Старовић, Б., оп. Цит., стр.200

¹⁹ В. чл. 112. став 2 и 3

²⁰ Чл. 282: Тужени је дужан да у року од 30 дана од пријема тужбе са прилозима, поднесе суду одговор на тужбу. Суд је дужан да туженог поучи о садржини одговора и последицама пропуштања да одговори на тужбу у одређеном року.

²¹ В. прилог 1

²² В. чл. 338 ЗПП

них овом пресудом није велики (у датом периоду од 6828 предмета, пресуда због пропуштања је донета у 54 предмета), што говори о дисциплинованом понашању тужених и схватању значаја давања одговора на тужбу. Очигледно је да је увођење ове одредбе допринело убрзању поступка и појачању одговорности суда и странака за ефикасније одвијање поступка. Међутим, истраживање је показало да се Суд још увек адаптира на нов инстут, у неким случајевима повредом начела законитости: међу анализираним предметима, у два, где се радило о спору мале вредности, тужба је слата на одговор (са обавезујућим решењем!), да би затим била донета пресуда због пропуштања; такође у једном предмету, исто са ознаком спор мале вредности, када на рочиште није приступио уредно позван тужени, суд је уместо пресуде због изостанка донео пресуду због пропуштања. Затим, у мањем броју анализираних предмета не види се доказ да је уредно достављена и обавезна поука туженом о давању одговора на тужба, што може бити проблем у случају доношења пресуде због пропуштања. Због тога је најбоље решење на доставници (повратници) означити да је предмет достављања “тужба на одговор са обавезујућим решењем” и уз то и један примерак формулара (решења) оставити у предмету.

Рокови за парничне радње суда

За бројне парничне радње суда су сада *законом* прописани рокови. Они су заправо конкретизација прокламованог права на суђење у разумном року. Пропуштање тих рокова, по правилу, не изазива непосредне последице. Суд може предузети ту радњу и по истеку рока, јер су ови рокови инструкциони. Међутим, пропуштање рокова може да изазове друге последице, ван текуће парнице.²³ То су следећи рокови:

4.1.2.1. Решавање спорног правног питања

Ради се о потпуно новом поступку који је унет у ЗПП по Препоруци Савета министара Савета Европе бр.Р/95/5 глава ИВ ст.7, а у намери остварења циља предвиђеног чл.6 Европске конвенције о људским правима и што потпунијег поштовања обавеза суђења у разумном року. Кад у поступку пред првостепеним судом у већем броју предмета постоји потреба да се заузме став о спорном питању који је од прејудицијелног значаја за одлучивање о предмету поступка пред првостепеним судовима, првостепени суд ће по службеној дужности или по предлогу странке покренути поступак пред Врховним судом Србије ради решавања спорног правног питања. Да би се

²³ В. поглавље 7 рада

поступало по захтеву мора дакле, да постоји већи број предмета, питање мора бити *спорно*, мора бити правно а не чињенично и мора бити од прејудиције-лног значаја. Сви ови услови морају бити кумулативно испуњени. Врховни суд Србије је дужан да реши спорно правно питање у року до 90 дана од дана пријема захтева.²⁴

Обзиром не тако дуго време примене новог ЗПП, не може се говорити о знатној пракси решавања спорног правног питања. Анализирани предмети Општинског суда у Новом Саду нису забележили ни један случај покретања овог поступка, тако да нису на располагању ни подаци о поштавању рока за решавање спорног правног питања.

Генерално посматрајући досадашњу праксу Врховног суда Србије “оно што се евидентно може уочити је да је претежан број поднетих захтева решен тако што је одбијен захтев да се заузме став о спорном правном питању закључивши по спроведеном поступку да нису испуњени услови прописани законом. Разлози су околност да о истом питању већ постоји правни став или изражено мишљење кроз одлуке Врховног суда, затим мали број предмета, или да нису у захтеву садржани аргументи странака и разлози због којих се питање поставља. До краја 2007. Врховни суд Србије је у шест случајева одлучио да решава спорно правно питање и заузео је правне ставове о њима.

4.1.2.2. Достављање тужбе на одговор туженом

Чланом 281 ЗПП одређена је обавеза суда да тужбу са прилозима доставити туженом на одговор у року до 30 дана од дана пријема тужбе суду.

Може се рећи да се скоро без изузетка поштује ова одредба. Према пракси Општинског суда у Новом Саду тужба се шаље на одговор чак и у много краћем року од 30 дана.

4.1.2.3. Заказивање припремног рочишта

По новом ЗПП припремно рочиште је постало, по правилу, обавезна етапа у поступку, као и одговор на тужбу. Оно се не заказује једино ако је неспорно стање ствари, кад је спор једноставан или када је законом предвиђено да се припремно рочиште не одржи. Припремно рочиште се мора заказати најкасније у року од 30 дана од дана истека рока за достављање одговора на тужбу треба да постигне убрзању поступка.

²⁴ В. Чл.178 ст.1

4.1.2.4. *Заказивање рочишта ако странке не реше спор медијацијом*

Медијација је један од алтернативних начина решавања спорова који омогућава супротстављеним странама да спор реше мирним путем, ван суда, преговорима, уз помоћ неутралне особе-медијатора, по избору самих странака и без доношења судске одлуке. ЗПП-ом су предвиђени само основни принципи медијације, док је детаљно регулисана посебним законом. У ЗПП је дефинисана као основно начело грађанског поступка (члан 11), а уважавајући препоруке Комитета министара Савета Европе о потреби увођења медијације као начина решавања спорова мирним путем у грађанским стварима. Основна идеја увођења овог начина решавања спорова јесте растерећење судова и тражење ефикаснијег начина решавања спора. Притом, мора се имати у виду да није могуће све врсте спорова решавати у овако неформалном поступку и тада судија не сме да дозволи да се посредовање претвори у начин пролонгирања поступка, а без озбиљне намере да се поступак оконча мирним путем. Спорови ради накнаде штете сматрају се погодним за решавање у поступку медијације. Наравно, ако странке желе да реше неко спорно *правно питање*, поступак медијације није одговарајући, али ако је спорна на пример висина тужбеног захтева, судија треба подстаћи странке да свој спор реше на обострано задовољавајући начин-медијацијом. Странке би биле поштеђене великих издатака за трошкове поступка и вештачење, а правосуђе би било растерећено одређеног броја предмета. Такође, постоји механизам и да се парница не одужи превисе због упућивања на медијацију, одређивањем рока од 30 дана, као време потребно за застој текуће парнице.

У Општинском суду у Новом Саду још увек није заживео овај поступак. Не постоји посебно одељење, посебно обучене судије-медијатори, одштампане брошуре. Међу истраженим предметима Општинског суда у Новом Саду, ни у једном странке нису упућене на медијацију. Али, у великом броју предмета, у случајевима кад је била спорна само висина тужбеног захтева, суд је на захтев странака одлагао рочиште (углавном месец дана) са објашњењем *ради покушаја евентуалне нагодбе*. Од тога, у значајном проценту је у остављеном периоду долазило до вансудског поравнања. На пример, анализирајући предмете примљене 2005.г. и завршене до краја исте године, којих је 669, чак 328 предмета је окончано вансудским или судским поравнањем. Одлагање ради покушаја нагодбе је тражено најчешће већ на другом рочишту, остављан је рок 15-60 дана, а поднесак о постигнутом поравнању је стизао у суд углавном након 30 дана. Закључак је да се у оваквом поступању суда могу препознати елементи медијације (мање рочишта, без вештачења, мањи трошкови), те да има изгледа да у наредном периоду у споровима ради накнаде штете, она доживи пуну афирмацију.

4.1.2.5. Доношење пресуде

Сви закони о парничном поступку, укључујући и предратни, садржавали су одредбу да се пресуда у редовном поступку објављује одмах по закључењу главне расправе. Како се одредба врло ретко примењивала, изузетак прописан ставом 3 да се „у сложенијим предметима доношење пресуде може одложити“, у пракси је постао правило²⁵.

Досадашња пракса показује да се ни доношењем новог ЗПП ништа није променило. У свим прегледаним предметима (изузев у оним који нису окончани мериторном већ процесном одлуком, али чак понекад и тада) рочиште је закључено реченицом „рочиште довршено, одлука писмено.“

4.1.2.6. Писмена израда пресуде

Како је објављивање пресуда одмах по закључењу расправе реткост у нашој судској пракси, писмена израда пресуде по правилу представља и фазу доношења одлуке.

Одредбом чл. 341 ст.1 ЗПП је прописано да се пресуда мора писмено израдити у року од осам дана од доношења. Једино у сложенијим предметима суд може одложити писмену израду пресуде за још 15 дана. О томе да ли се поштују ови прописани рокови не може се говорити, јер међу анализираним предметима све пресуде носе датум закључења расправе. Тако посматрано, може се рећи да се рок поштује без изузетка, чак се не одлаже израда пресуде за 15 дана ни у сложенијим предметима. Међутим, ако проанализирамо датуме експедиција ових пресуда, може се уочити да се ради о много каснијим датумима (распон се креће од 10 до 70 дана након закључења расправе), тако да је много вероватније да су то датуми доношења одлука.

4.2. Судски рокови

Члан 105 ЗПП предвиђа да “ако рокови нису одређени законом, одређује их суд с обзиром на околности случаја”. Такви рокови су судски рокови, предвиђени за страначке радње. Према широко прихваћеном тумачењу ЗПП, новина се састоји у томе да су и ови рокови сада, као законски, *непродуживи*. Аргументација је у чињеници да нови закон ту могућност не прописује (у члану 105), за разлику од претходног у којем је у чл. 111 ст.2, стајало да “

²⁵ Члан 339 ст. 2 и 3:

Одмах по закључењу главне расправе суд доноси пресуду коју објављује председник већа. У сложенијим предметима суд може да одложи доношење пресуде за осам дана од дана закључења главне расправе. У таквом случају пресуда се неће објавити, већ ће суд препис пресуде доставити странкама.

рок који суд одреди може се продужити на предлог заинтересованог лица ако за то постоје оправдани разлози”, те стога да она сада није ни дозвољена. Овакво тумачење новог ЗПП значи да када протекне рок који је суд одредио за предузимање страначке радње, странка не може више да предузме ту радњу. Може се поставити питање правилности оваквог тумачења. Законом је суду дата могућност да за поједине страначке радње одређује рокове, али, пре свега, водећи рачуна о околностима случаја. Шта уколико дође до измене околности или наступања нових околности, да ли је у складу са цитираном одредбом (чл.105) да суд продужи постојећи или да нови рок, управо да би се постигла сврха прописивања рока. Да ли је суштина постојања судских рокова пре свега прилагођавање конкретном случају и постојећим околностима (што обухвата и прилагођавање новонасталим околностима). Осим тога, Закон предвиђа да странка може стављати доказне предлоге до закључења главне расправе, а чл. 301 ст. 4 је прописано да суд у даљем току парнице није везан за своје раније решење о извођењу доказа. То практично значи да странке могу поново предлагати доказе чије је извођење суд већ једном одбио, што иде у прилог закључку да суд може дати рок продужити, с обзиром на настале околности.

Питање продуживости судских рокова може бити од великог значаја, јер је пракса показала да до пропуштања судских рокова често долази из објективних разлога (немогућност прибављања писмена, адреса, података..).

Резултати истраживања у предмета Општинског суда у Новом Саду показују да се на захтев странака судски рокови продужују, дајући образложење “с обзиром на постојеће околности и неопходност продужења”.

4.2.1. Судски преклузивни рокови

4.2.1.1. Уклањање процесних недостатака

ЗПП-ом²⁶ је прописано и поступање суда у случају кад утврди да лице које се појављује као странка не може бити странка у поступку. Уколико се тај недостатак може отклонити, суд ће позвати тужиоца да изврши потребне исправке у тужби. Кад суд утврди да странка нема законског заступника или да законски заступник нема посебно овлашћење кад је оно потребно, затражиће да надлежни орган старатељства постави стараоца парнично неспособном лицу, или ће предузети друге мере које су потребне да би парнично неспособна странка била правилно заступана.

²⁶ В. чл.78. ЗПП.

Суд ће одредити странци рок за уклањање претходно описаних процесних недостатка. Ако се наведени недостаци не могу отклонити, или ако одређени рок безуспешно протекне, суд ће решењем укинути радње спроведене у поступку уколико су захваћене овим недостацима и одбациће тужбу ако су недостаци такве природе да спречавају даље вођење поступка.

Дакле, новим ЗПП-ом пружена је могућност странци да отклони процесне недостатке, али уз остављање одређеног (у анализираним предметима најчешће 8-15 дана) и санкционисање његовог пропуштања.

4.2.1.2. Уређење поднесака

Шта се сматра поднеском дефинисано је чланом 100 ЗПП, где стоји да су то тужба, противтужба, одговор на тужбу и правни лекови. Истим чланом је прецизирано и шта поднесак мора да садржи. Уколико је непотпун или неразумљив, суд ће га вратити странци ради допуне и оставити јој одређен рок. Оваква правила је познавао и претходни ЗПП. Међутим, садашњи Закон уноси новину утолико што прави разлику да ли је поднесак поднео адвокат или неука странка, те га одбацује без враћања на исправку или допуну ако је поднет од стране адвоката.²⁷ Одредба је наишла на прихватање у пракси и већ показала да директно утиче на убрзање поступка и поштравање процесне дисциплине. Међу поднесцима најчешће се враћа на уређење тужба и то, на пример, са следећим захтевима: да тужилац приложи доказе за чињенице које наводи, да определи нематеријалну штету по видовима да одреди у тужбеном захтеву од ког датума тече законска затезна камата, да потпише тужбу, или да одреди име, презиме и функцију лица које је потписало тужбу, и др. Резултати анализе су показали да има случајева и одбацивања тужбе због неуредности или непотпуности, а потписаних од стране адвоката: на пример није означен предмет спора, вредност спора, није прикључена пуномоћ (најчешћи разлог), или због тога што су чињенични наводи неразумљиви и контрадикторни, или прилози за супротну странку и суд нису идентични итд. Дилема која је примећена да постоји код судија је како посматрати поднесак који је очигледно саставио адвокат, на поднеску постоји његов печат, али је потписан од стране тужиоца. Најчешћи рок који се оставља странци за уређење поднеска је 8 или 15 дана.

²⁷ Члан 103. ст.2, 4 и 5: „Кад суд врати поднесак странци ради исправке или допуне, одредиће рок за поновно подношење поднеска. Сматраће се да је поднесак повучен ако не буде враћен суду у одређеном року, а ако буде враћен без исправке, односно допуне, одбациће се. Одредбе овог члана не примењују се ако странка има пуномоћника који је адвокат. Кад је поднесак, који је у име странке поднео адвокат, неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступати, суд ће га одбацити.“

4.2.2 Судски рокови који нису преклузивни

4.2.2.1. Пуномоћник и заступник за примање писмена

О начелу суђења у разумном року водило се рачуна и у поступцима са странкама које се налазе у иностранству: “странку или њеног законског заступника који се налазе у иностранству, а немају пуномоћника у Србији и Црној Гори, суд ће позвати да у примереном року поставе пуномоћника за примање писмена у Србији и Црној Гори. Ако странка или њен законски заступник не поставе таквог пуномоћника, суд ће странци на њен трошак поставити привременог заступника овлашћеног за примање писмена и о томе ће обавестити странку, односно њеног законског заступника. Кад супарничари немају заједничког законског заступника, односно пуномоћника, суд их може позвати да у одређеном року именују заједничког пуномоћника за примање писмена. Истовремено, суд ће обавестити супарничаре да ће једног од њих именовати за заступника за пријем писмена ако они сами не именују таквог пуномоћника.”²⁸

4.2.2.2. Подмирење трошкова потребних за извођење доказа

Према ЗПП, суд ће одустати од извођења доказа, ако износ потребан за подмирење трошкова не буде положен у року који суд одреди. У том случају суд ће, с обзиром на све околности, по свом уверењу ценити од каквог је значаја то што странка није у року положила износ потребан за подмирење трошкова.²⁹

Извршено истраживања је показало да се у споровима ради накнаде штете најчешће захтева подмиривање трошкова ради израде налаза и мишљења вештака. У појединим случајевима се догађа да ти трошкови не буду подмирени у остављеном року, који најчешће износи 15 дана. Након тога, у пракси суд често продужава овај рок или вештак прихвата да изради налаз бирајући могућност да касније буде плаћен, или, ређе, суд одустаје од извођења доказа, ценећи то у пресуди.

4.2.2.3. Учешће јавног тужиоца

“Ако сматра да постоје законски услови за учествовање јавног тужиоца у парници и да је његово учествовање потребно, суд ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и одредити му рок у коме може пријавити своје учествовање. Док тај рок не протекне, суд ће застати са поступком, али се јавни тужилац може и по протеклу тог рока користити својим правом из става 2 овог члана.”³⁰

²⁸ Чл. 141. и 142. ЗПП.

²⁹ Чл. 148. ст. 4.

³⁰ Чл. 207. ст. 4 ЗПП.

4.2.2.4. Извођење појединих доказа

“Суд ће у решењу о извођењу доказа одредити рок до ког ће се чекати извођење доказа, ако се према околностима може претпоставити да неки доказ неће моћи да се изведе или да неће моћи да се изведе у примереном року, или ако доказ треба да се изведе у иностранству. Кад одређени рок протекне, расправа ће се спровести без обзира што одређени доказ није изведен”.³¹

Анализом предмета долази се до закључка да највише потешкоћа у извођењу доказа задаје саслушање сведока, односно његов долазак на рочиште. Често постоји немогућност уредног достављања, тј. проналажење његове тачне адресе боравка. Рок који суд оставља странци ради покушаја утврђивања тачне адресе сведока је најчешће 15 дана.

4.2.2.5. Достављање налаза и мишљења вештака

Извођење доказа вештачењем (саобраћајно, медицинско) је веома често управо у споровима ради накнаде штете. Због тога поштовање рокова у овој фази поступка значајно може да утиче на дужину трајања поступка. За разлику од претходног ЗПП, новим Законом је предвиђено да се решењем налаже вештаку да достави налаз у одређеном року и то *увек у писаном облику*.³² Исто тако, решење се вештаку доставља са позивом за рочиште, чиме је избегнуто одлагање заказивања рочишта док траје вештачење. Затим, тумачењем члана 258 долази се до закључка да се судски рок не продужава, јер у случају да вештак не достави налаз у року, суд одређује другог вештака.³³

Резултат анализе је показао да се решењем најчешће оставља вештаку рок од 15 или 30 дана, те да вештаци овај рок поштују. Приметна је разлика између вештачења у “старим” предметима, извршеним пре ступања на снагу садашњег ЗПП и после. Била је честа појава да се на израду налаза чека неколико месеци, да суд шаље неколико пута решење истом вештаку одређујући изнова рок (најчешће 15 дана), а да у међувремену заказује и одлаже рочишта. У новим предметима је видна поштрена дисциплина вештака, рочиште се ретко одлаже због њих. Чак и уколико се одложи из неког другог разлога, а

³¹ Чл. 226 ЗПП.

³² Чл. 256 ст.1 и 3: Суд одређује вештачење решењем које садржи: име и презиме, занимање вештака, предмет спора, предмет и обим вештачења и рок за достављање налаза и мишљења у писаном облику. Суд ће у позиву упозорити вештака да своје мишљење мора изнети савесно и у складу са правилима науке и струке и упозорити га на последице недостављања налаза и мишљења у остављеном року, односно неоправданог изостанка са рочишта и праву на награду и накнаду трошкова.

³³ В. чл 258 ЗПП

вештак није саслушан,уколико нема примедби на налаз вештака, вештак се не позива на следеће рочиште, изостаје његово саслушање, као непотребно.

5. УПРАВЉАЊЕ ПОСТУПКОМ

Да ли ће суђење бити спроведено у разумном року, пре свега зависи од начина руковођења парницом. ЗПП-ом је управљање поступком поверено суду, али Закон не дефинише које су то парничне радње. У фази припремања главне расправе ради се о одлукама којима се регулише сам ток припремања главне расправе и о овлашћењима која су управљена на прибављање чињеничног материјала за главну расправу (достављање поднесака, исправљање поднесака, спајање и раздвајање парница..).³⁴ На главној расправи то су: одлагање рочишта, извођење доказа, настојање да се изврши концентрација доказа, да се расправљање усредсреди на утврђивање битних чињеница, чак и примена принудних мера због непоштовања процесне дисциплине.

5.1. Достављање

Променама које су извршене у делу ЗПП који се односи на достављање, настојало се да се отклоне недостаци уочени у пракси и да се пре свега спрече потенцијалне злоупотребе процесних овлашћења. Новину представљају одредбе које се односе на достављање државним органима, органима локалне самоуправе и органима других облика територијалне организације, правосудним органима и правним лицима, као и на достављање адвокатима, држављанима Србије у иностранству и правним лицима која имају седиште у иностранству, а представништво у Србији. Проширена је листа органа достављања и предвиђен је споразум о адреси достављања. Достављање се може вршити и преко правног лица регистрованога за обављање послова достављања или на други начин предвиђен посебним законом. Законом је предвиђено и време у коме се може вршити достављање (7-22х). Међутим, достављање се може извршити и у друго време и на другом месту, на основу посебне одлуке суда, коју је достављач дужан на захтев адресата да покаже. Посебно значајну новину представља одредба о *безуспешном достављању*. Уколико је достављање у току парнице било безуспешно, примењује се едиктално достављање (путем огласне табле суда).³⁵

Спроведена анализа показује да на дужину трајања поступка у парницама, ради накнаде штете убедљиво највише утиче достављање.

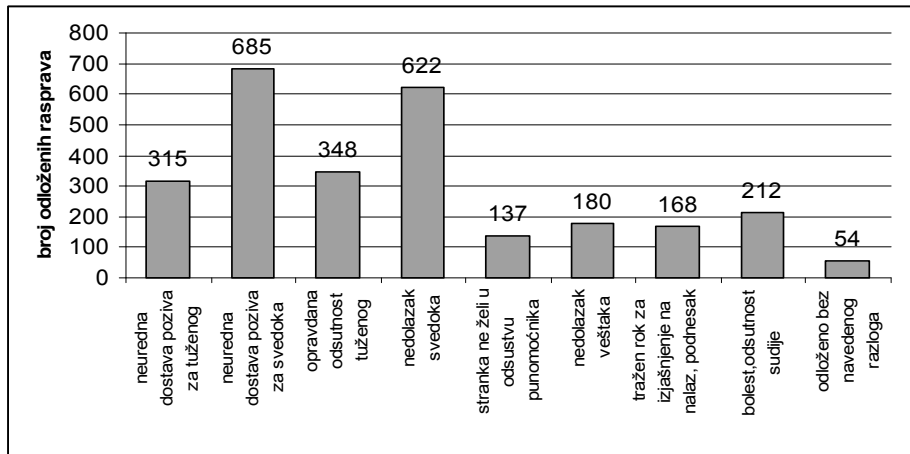
³⁴ В. чл. 275 ЗПП

³⁵ В. чл. 127-140 ЗПП

Неуредна достава позива (са образложењима: непознат на датој адреси, датог броја у тој улици нема, кућа је срушена, по изјави станара особа се давно одселила, или се чак достава враћа и без икаквог објашњења достављача) је најчешћи разлог одлагања рочишта. Извесно решење донела је одредба о безуспешном достављању, али се у пракси поставило питање да ли се односи и на лично достављање.

5.2. Одлагање рочишта

Неке парничне радње се могу предузимати само ако за то постоје оправдани разлози. Закон даје овлашћење суду да одложи рочиште кад је то потребно ради извођења доказа или кад за то постоје оправдани разлози.³⁶ Да ли постоје законом предвиђени разлози за одлагање рочишта цени суд у сваком конкретном случају. Такви разлози су: болест странке, њеног пуномоћника, неодложан посао, неуредно и неблаговремено достављање позива за рочиште. Практика Општинског суда у Новом Саду је показала да су у споровима ради накнаде штете најчешћи разлози одлагања рочишта (нпр. период 27.02.2005-30.06.2006):



5.3. Примена репресивних мера због непоштовања процесне дисциплине

Ефикаснијем спровођењу поступка доприноси и смањење могућности злоупотребе процесних права. „Свако ненаменско коришћење процесних

³⁶ В. чл. 110 ЗПП

овлашћења са циљем да се непотребно повећају трошкови поступка је злоупотреба процесног права. Странка злоупотребљава процесна права кад их не користи да би постигла заштиту свог субјективног права, односно одбране од неосноване опужбе, већ у сврху развлачења поступка и шиканирања противне странке. То штети угледу суда, доводи у сумњу његову објективност, проузрокује судску неефикасност, па је појава која се не сме дозволити.³⁷

Новина у ЗПП је постојање посебне главе (Глава петнаест)³⁸ која се односи на непоштовање процесне дисциплине. Предвиђене су репресивне мере и то: новчане казне, осуда на плаћање трошкова парничног поступка и на накнаду причињене штете. Новина се састоји у томе да поред странака, законских заступника и пуномоћника странака, умешача и вештака, могуће је изрећи казну и трећем лицу које омета предузимање парничних радњи ван рочишта. Предвиђена је могућност кажњавања и пуномоћника за пријем писмена лица која ометају достављање или отежавају или онемогућавају примену правила о достављању.

Због злоупотребе процесних овлашћења физичком лицом суд ће изрећи казну до 30.000,00 динара, а правном лицу до 100.000,00 динара.³⁹ Изрицање казне је обавеза суда, а не могућност. Затим, кривица за настале трошкове и друге околности могу бити разлог да се једна странка обавезе да другој *накнади трошкове* без обзира на исход парнице.⁴⁰ Ови трошкови нису били потребни и због тога се они досуђују на терет странке која их је изазвала својом кривицом или случајем који јој се догодио. Осим странке и законски заступник странке или пуномоћник странке могу бити обавезани да противној странци накнаде трошкове који су проузроковани њиховом кривицом.⁴¹ Законски заступник или пуномоћник странке је обавезан да заступање у парници обавља савесно и брижљиво, па из те дужности произилази његова обавеза накнаде трошкова у супротном. О накнади парничних трошкова суд не решава по службеној дужности, већ на захтев странке. Уколико је странка због повреде процесне дисциплине неког од учесника претрпела штету, предвиђено је право на накнаду које може остварити у парници у којој је дошло до злоупотребе права. Захтев могу да истакну и тужилац и тужени. О *захтеву за накнаду штете* одлучује се по правилима материјалног права и по општим правилима парничног поступка. Из разлога целисходности, суд може поступак по захтеву за накнаду штете и одвојити. По правилима материјалног права за штету коју је странкама проузроковао може одговорати и сведок због неодазивања позиву, односно одбијања да

³⁷ Бркић, С., *Парнични поступак-проблеми у примени*, Билтен Врховног суда Србије, 2/2005

³⁸ В. чл. 181-185 ЗПП

³⁹ В. чл.181 ЗПП

⁴⁰ В. чл.151 ст.1 ЗПП

⁴¹ В. чл.151 ст.2 ЗПП

сведочи, као и вештак због неизвршеног вештачења, али захтев се може остварити једино у посебној парници.

Затим, против *сведока* се могу применити санкције због неправданог неодржавања на позив суда, или због ускраћивања сведочења односно давања одговора на поједина питања суда.⁴² Циљ санкција је да наведу сведока да изврши своју грађанску дужност. Како је сведок често незаменљив, предвиђена је чак и могућност да буде приведен, односно лишен слободе. Суд није обавезан да изрекне казну сведоку, већ то зависи од његове оцене, када мора имати на уму властиту обавезу да одржава дисциплину у поступку, да настоји да поступак буде спроведен без одуговлачења и са што мање трошкова. Ако сведок накнадно оправда изостанак, суд је дужан да опозове решење о кажњавању. Притом, не сме дозволити да оправдање које сведок понуди буде про форма. Разлоге које сведок нуди као оправдање треба проверити и савесно ценити. Одлуку о опозиву казне суд ће по правилу донети на главној расправи, а решење уписати у записник. Образложење није обавезно, али је корисно. Суд треба да образложи своју одлуку усмено, у неколико реченица.⁴³ Ако сведок и после изречених казни не мења свој став, суд може одредити рок до ког ће чекати извођење тог доказа, а по истеку рока спровести расправу без обзира што доказ није изведен.

Једина санкција коју суд може да изрекне *вештаку* који се не одазове позиву на рочиште или одбије без оправданог разлога да вештачи је новчана казна.⁴⁴ То је последица чињенице да је вештак заменљив. Казну и позив за главну расправу вештаку суд може да понови, али суд може и да одустане од поновног позивања и да одмах одреди новог вештака. Изречена казна се може опозвати. На захтев странке суд може решењем наложити вештаку да накнади трошкове које је проузроковао.

6. ПОСЕБНА ПРАВИЛА ПОСТУПКА У СПОРОВИМА МАЛЕ ВРЕДНОСТИ

Нови ЗПП издваја спорове мале вредности⁴⁵ и за њих уводи посебна правила поступка која треба да воде убрзању поступка. Генерално посматрано, у односу на општи поступак, ради се о правилима која још више поощравају процесну дисциплину странака. Она почивају на претпоставци да ти спорови за странке имају мању вредност. Међутим, то не значи да се дозвољава угрожавање процесних права странака, већ је циљ правила да се пошаље јасна порука да ће суд пружити заштиту субјективном праву странке без обзира његов мали значај, али да се степен те заштите ставља у директну

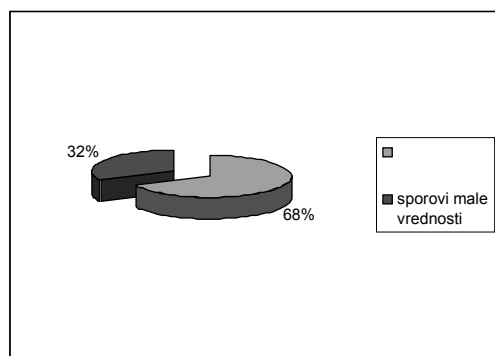
⁴² В. чл. 247 ЗПП

⁴³ Бркић, С., оп.цит, стр. 221

⁴⁴ В. чл. 254 ЗПП

⁴⁵ В. чл. 467 ЗПП

зависност од понашања странака. С друге стране, погрешно је уверење да је циљ увођења посебних правила брже остварење права странака. Брже остварење права странака је циљ и редовног поступка, тамо чак и пре, јер се решава о правима која за странке имају већи значај. „Пре би се могло рећи да је циљ смањење оптерећења судова. Начело ефикасности поступка у њима постаје доминантно зато што се једино тако ослобађа простор да судови у парницама већег значаја буду у могућности да у пуном обиму остварују остала процесна начела. Ако је циљ смањење оптерећење судова, средство за остварење тог циља је брзо окончање поступка.“⁴⁶



Пракса Општинског суда у Новом Саду показала је да број предмета чија вредност спора не прелази износ 100.000,00 динара (тзв. спорови мале вредности) није занемарљив. На пример, од укупно 3019 примљених предмета у периоду јануар 2005. до јуна 2006. године 973 предмета су била са вредношћу спора мањом од 100.000 динара.

6.1. Одговор на тужбу и припремно рочиште

Недостављање тужбе на одговор је новина ЗПП. Раније је ово правило постојало једино у привредним споровима мале вредности и представљало је једину разлику између привредног и општег спора мале вредности. Ово одступање од редовног правила има за циљ да усмено расправљење допринесе убрзању поступка ове врсте спора.

Одредба да се припремно рочиште не одржава није ново решење. Припремно рочиште се у поступку о спору мале вредности није ни раније одржавало, а као последица правила да се припремно рочиште не заказује када је за суђење надлежан судија појединац. Стога је изричита одредба сада унета, не да би се истакла разлика у односу на претходно решење – ње нема, већ као последица новог правила уведеног у општи поступак- правила о обавезном одржавању припремног рочишта.⁴⁷

⁴⁶ Зарић, С., Посебна правила поступка у споровима мале вредности, Билтен Врховног суда Србије, 2/2005, стр. 278

⁴⁷ В. чл. 471 ЗПП

Анализом издвојених предмета Општинског суда у Новом Саду може се уочити да се у пракси не обраћа довољно пажња на посебна правила ове врсте спорова. У не малом броју предмета са ознаком „спор мале вредности“ тужба је слата на одговор, и то са обавезујућим решењем, а у 6, а предмета је чак донета и пресуда због пропуштања.

6.2. Садржина позива за главну расправу

Прописивање садржине позива за главну расправу, исто као и одредба о расправном записнику, не представља новину, стара је, али „темељно“ занемарена. Редактори су усвојили решење као и у претходним законима. Иако је од изузетног значаја за овај поступак, није издвојена у посебан члан. Суштина је да странке морају бити упозорене на правила поступка. Пропуст суда да у позиву за главну расправу упозори странке на посебна правила могао би да представља апсолутно битну повреду одредаба парничног поступка. Може се приметити да одредба члана 475 ЗПП има недостатак утолико што прописује само да се у позиву упозори тужилац на последице у случају недоласка на рочиште, а не упозорава се и тужени на последице његовог изостанка са рочишта (доношење пресуде због изостанка), иако је подједнако важна.⁴⁸

Општински суд у Новом Саду има припремљен посебан формулар – *позив за главну расправу у споровима мале вредности*, са напоменом о последицима недоласка тужиоца, али и туженог.⁴⁹

6.3. Записник о главној расправи

Убрзање поступка треба да буде постигнуто и тиме што се садржина расправног записника ограничава само на оно што је најнужније. Записник треба да садржи само оно што ће бити од одлучног значаја у случају евентуалне жалбе. Ово не представља новину, садржина записника у споровима мале вредности изричито је прописана још од новеле ЗПП из 1972. Међутим, од самог почетка је са тешкоћом спровођена у пракси.⁵⁰

Анализирајући записнике у предметима из истраживачког узирка, може се приметити да ни одредбе новог ЗПП нису изазвале промене: у записник се уноси се мишљење пуномоћника о правном питању, мишљење о саслушаним сведоцима, целокупан исказ сведока и странака, а не само оно што

⁴⁸ Чл.475 ст.3 ЗПП: „У позиву за главну расправу навешће се, поред осталог, да ће се сматрати да је тужилац повукао тужбу ако не дође на прво рочиште за главну расправу, да у овом поступку странке треба све чињенице и доказе да изнесу до закључења главне расправе, јер се у жалби против пресуде не могу износити нове чињенице и предлагати нови докази, као и да се одлука може побијати само због битне повреду одредаба парничног поступка и бог погрешне примене материјалног права.“

⁴⁹ В. прилог бр. 4

⁵⁰ В.чл.473 ЗПП

се директно односи на одлучне чињенице, односно, нема разлика поредећи за записницима у споровима ради накнаде штете.

6.4. Изостанак тужиоца са рочишта

Закон уноси нову фикцију да је тужба повучена ако уредно позвани тужилац не дође на било које рочиште за главну расправу.⁵¹ Према претходном ЗПП случају изостанка тужиоца са ког доцнијег рочишта сматраће се да је тужба повучена само ако на то рочиште не дође ни тужени. Дакле, тужени је раније могао, ако је имао правни интерес, захтевати да се расправа одржи у одсутности тужиоца, или је могао напустити рочиште без упуштања у расправљање у ком случају се сматрало да је тужба повучена. Према новом Закону, воља туженог не може спречити наступање последице повлачења тужбе, чак и кад би он имао интерес да тражи пресуђење. У основи овог законског решења вероватно стоји претпоставка да пасивни однос тужиоца према спору значи или његову намеру да одустане од тужбе, или да је спор у међувремену решен на други начин. И не само да тужени својом вољом не може спречити наступање последице повлачења тужбе, него ни тужилац својом. Тумачењем одредбе и анализом издвојених предмета Општинског суда у Новом Саду, долази се до закључка да тужилац не може спречити наступање предвиђене последице, ни у случају да је молио одлагање рочишта. Оправданост разлога може бити од значаја за основаност предлога за враћање у пређашње стање, али не може спречити доношење решења о обустави поступка.

Ово решење којим законодавац жели да постигне брже окончање парнице има и лошу страну-поскупљење поступка. Тужилац који има пребивалиште ван места суда, приморан је или да путује, или да ангажује пуномоћника. То води контрадикторности смисла увођења посебних правила маличног поступка, јер један од разлога бржег окончања поступка јесте смањење, а не повећање парничних трошкова.

6.5. Изостанак туженог са рочишта

Пресуда због изостанка је нов институт који уводи ЗПП, као последица изостанка туженог са рочишта. Сам термин пресуда због изостанка је познат и претходном ЗПП, али га не треба мешати са садашњим, јер упркос терминолошкој истоветности, ради се о два потпуно различита правна института. Пресуда због изостанка, као институт ранијих процесних закона, разликује се у стадијуму поступка у ком се могла донети (само на припремном рочишту или на првом рочишту за главну расправу ако припремно није одржано), као и у прописивању већег броја услова за њено

⁵¹ В. чл. 475. ст. 1 ЗПП

доношење. Може се приметити и да пресуда због изостанка у новом ЗПП није предвиђена као посебан облик пресуде (у глави 25), изричито се помиње само у напред цитираном члану, а и тада, само у загради, што такође говори о вољи законодавца да укаже на дисконтинуитет са претходним институтом нашег процесног права.⁵²

Анализирајући предмете Општинског суда може се приметити да је пракса усвојила овај нови институт. Међутим, оно што је такође приметно јесте и различито тумачење законске одредбе. Доносе се различите одлуке. Постоји ослањање на институт претходног ЗПП, или повезивање са пресудом због пропуштања из новог ЗПП у погледу услова који треба да буду испуњени за њено доношење. Затим, различито се поступа у погледу питања да ли усвојити тужбени захтев који није у супротности са доказима које је тужилац поднео, али јесте у супротности са другим доказима, односно шта ако је тужени пре изостанка са неког каснијег рочишта активно учествовао у поступку и довео у сумњу наводе тужбе. С тим у вези и образложења пресуда изгледају различито по својој садржини (нека садрже само констатацију да су испуњени законски услови, а нека и оцену спроведених доказа, тј. изједначавају се са пресудом на основу расправљања).

Такође, у мањем броју предмета примећено је и следеће: у случају када је тужени пре изостанка са неког каснијег рочишта активно учествовао у поступку и довео у сумњу наводе тужбе, суд је донео пресуду због изостанка усвајајући тужбени захтев, као чисто процесну пресуду не улазећи у оцену доказа туженог, али би затим усвојио предлог туженог за враћање у пређашње стање. Намеће се неколико питања: Ако су докази изведени, како би могао суд да усвоји тужбени захтев ако се до првог изостанка туженог са рочишта већ показала разумна сумња у његову основаност? Тако се неће остварити циљ који законодавац жели да постигне. Ако је циљ јачање процесне дисциплине и сузбијање злоупотребе процесних права, тужени који је оспорио захтев и ставио доказне предлоге, није спречио да се поступак води, већ је само допринео утврђивању битних чињеница. Дао је суду процесни материјал на основу кога суд може да пресуди. У поступку је достигнута истина до извесне мере пре изостанка туженог и како да суд онда донесе процесну одлуку (одлуку не на основу расправљања) кад је већ расправљао? Суд овај проблем решава тако што усваја предлог за враћање у пређашње стање. Међутим, остаје питање да ли је то практично решење, да ли ово води убрзању поступка, што је циљ законодавца.

⁵² В. чл. 476. ЗПП

6.6. Објављивање пресуде

Према одредби члана 477 важећег ЗПП⁵³, суд не може одложити доношење и објављивање пресуде, већ то мора учинити одмах по закључењу главне расправе. Одступање од редовног поступка није у томе што се пресуда одмах објављује, она се одмах објављује и у редовном поступку. Одступање је утолико што ово правило у поступку о споровима мале вредности не трпи изузетке.

Приликом објављивања пресуде суд је дужан да поучи неку странку о условима под којима може изјавити жалбу. Пропустом да странку поучи суд чини битну повреду поступка. У записник се мора унети да су странке поучене. Ова поука је нарочито битна када се ради о неким странкама.

Ретка је пракса објављивања пресуда. У већини анализираних предмета расправа се закључује реченицом „рочиште довршено, одлука писмено“. У малом броју предмета у којима је испоштовано ово правило примењују се друге грешке: најчешћа је грешка да се поука о правном леку не уноси у записник. Ово може касније довести до сумње на постојање апсолутно битне повреде из чл. 361 ст.2 т.7 и до неопходности спровођења извиђаја. Тада се може видети колико је важна доследна примена правила овог поступка, јер недоследно примењивање може тај поступак да продужи, уместо да га скрати.

7. СУДСКА ЗАШТИТА ЗБОГ ПОВРЕДЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ

Одредбама Закона о парничном поступку нису одређене санкције због непоштовања прописаних рокова за суђење у разумном року, али непоштовање ових рокова може представљати неправилан или незаконит рад суда као државног органа, санкционисан Законом о судијама, према којем за штету коју проузрокује судија незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија.⁵⁴ Судија несавесно врши дужност ако одуговлачи решавање предмета, занемарује прописане рокове у вођењу поступка или изради одлука или на други начин поступа противно мерилима која одреди Врховни суд Србије⁵⁵.

⁵³ Чл. 477 ЗПП: “Пресуда у поступку о споровима мале вредности објављује се одмах по закључењу главне расправе. Препис пресуде се увек доставља странци која није била присутна објављивању, а странци која је била присутна објављивању само на њен захтев. овај захтев странка може поставити најдоцније на рочишту на коме се пресуда објављује. Приликом објављивања пресуде суд је дужан да поучи неку странку о условима под којима може изјавити жалбу.”

⁵⁴ В. чл.6 Закона о судијама

⁵⁵ В. чл.55 Закона о судијама

Заштита права на суђење у разумном року, и то само у погледу случајева када је странка исцрпела сва правна средства пред редовним судовима могла се евентуално тражити, у време постојања Државне заједнице, једино пред Судом Србије и Црне Горе. Пошто се право на жалбу Суду СЦГ везивало за услов да није обезбеђена друга правна заштита, било је питање како да суд тумачи да ли је обезбеђена друга правна заштита у ситуацији кад у дугом временском периоду надлежни редовни суд не доноси пресуду, а поступак правне заштите по правним лековима предстоји тек пошто се донесе пресуда. Притом, треба имати у виду да било каква одлука о правном леку не може исправити већ причињену повреду права насталу недопустиво дугим трајањем поступка. Јер право на суђење у разумном року је аутономно право, независно од заштите самог права о коме суд расправља у конкретном спору. До краја свог постојања, Суд СЦГ није објавио ни једну одлуку из домена жалби грађана због повреде појединачног права⁵⁶ С обзиром на то да је са престанком постојања Државне заједнице престао да постоји и Суд СЦГ, на овакав начин предвиђена процедура остваривања заштите постала је и формално неостварива.

Устав Србије донет 2006. године предвидео (чл. 166) је Уставни суд као самосталан и независан државни орган који, поред заштите уставности и законитости, штити и људска и мањинска права и слободе. Наведеним одредбама Устава Србије предвиђена је директна надлежност Уставног суда Србије за заштиту људских права у случајевима када, правним системом Србије, није предвиђена судска или друга заштита Уставом гарантованих људских права, међу којима је и право на суђење у разумном року. Ову надлежност Уставни суд Србије остварује одлучивањем о уставној жалби. Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту (чл. 170). Од увођења уставне жалбе октобра 2006. па до средине априла ове године приспело је 2.465 жалби. Четвртина жалби поднета је због повреде права на суђење у разумном року. Чињеница је да је уставна жалба постала реално правно средство за заштиту људских слобода и права, али тек после извесног времена ће моћи да се оцене ефикасност и делотворност овог правног средства.⁵⁷

⁵⁶ В. опширније Вељић, Љ., *Заштита права на суђење у разумном року*, Правни живот 12/2005, стр. 144

⁵⁷ Уставни суд усвојио је недавно жалбе тројице грађана, поднете због повреде права на суђење у разумном року. Суд је уважио уставну жалбу Благоја Вржогоћа и утврдио да је Општински суд у Кладову повредио његова права због неоправдано дуге парнице која је по тужби за накнаду штете вођена пред тим судом 15 година. У жалби Ђена Ишпановића из Сомбора

Ратификација Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода отворила је могућност да странке траже заштиту директно пред Европским судом за људска права у Стразбуру. Непоштовање прописаних процесних рокова може бити основ за остваривање права на накнаду штете због повреде права на суђење у разумном року.

Наиме „Суд делује на захтев неког појединца (или групе појединаца или невладиних организација), по индивидуалној представи или на затев не-ке државе, као и по међудржавној представи. Делује одвојено од право-судних система држава потписница Конвенције, он није суд последње инстанце, већ орган који тумачи спорни домаћи закон или праксу искључиво са тачке гледишта њихове сагласности са Конвенцијом, односно одређује да ли се у случају о коме се расправља ради о кршењу Конвенције или не. Све државе уговорнице имају обавезу да прихвате надлежност Суда и да извршавају његове пресуде. Државе за које се утврди да су прекршиле људска права обавезне су да предузму нужне мере њиховог отклањања. Ако правни систем неке државе не омогућава потпуни лек за последице кршења, Суд може да наложи држави да плати новчану накнаду оштећеној страни. Осим тога, да би се избегло понављање кршења, од државе се може захтевати и да измени своје законодавство и праксу.“⁵⁸

Испитујући захтев разумног рока, Европски суд за људска права увек испитује конкретне околности случаја. Анализа праксе Европског суда показује да не постоје прецизни и јасни стандарди у погледу дефинисања израза „разуман рок“, нити се у одлукама Суда може пронаћи било какво апстрактно и општеважеће одређење ове синтагме. Ипак, у судској пракси искристалисано је неколико фактора које Суд кумулативно узима у обзир. То су:

а) *сложеност правне ствари* (сви аспекти су релевантни при процени сложености, сложеност се може тицати питања чињеничног стања, као и правних питања)⁵⁹

б) *држање подносиоца представке* (дужност подносиоца је да покаже ревност у извршавању процесних корака релевантних за њега, да се уздржи од коришћења тактике одлагања и да се користи могућностима предвиђеним законом за скраћивање поступка)⁶⁰

установљена је повреда права у парници по тужби за утврђивање права својине и садржине заоставштине пред сомборским Општинским судом, која траје више од 14 година. Жарко Зељуг из Старих Бановаца поднео је уставну жалбу због поступка за утврђивање права на својину пред Општинским судом у Старој Пазови, који је трајао 12 година и још је у првостепеној фази. Уставни суд је у сва три поступка наложио да се предузме све што је неопходно како би се што пре окончали, а тројица грађана имају право и на накнаду штете коју ће утврдити надлежна комисија. Штета ће бити наплаћена из буџета, као и за Суд у Стразбуру.

⁵⁸ Љ. Милутиновић, *Суђење у оквиру разумног временског рока*, Правни информатор, бр.11/2004

⁵⁹ Нпр. предмет Микуљанац, Малишић и Шафар против Србије, пресуда од 09.октобра 2007, представка 41513/05. Суд је у одлуци истакао да не може да прихвати аргумент Владе да је поднешење три једнака захтева у оквиру једне тужбе допринело сложености предмета.

⁶⁰ В. нпр: Предмет Александар Скочајић и Татјана Бјелић против Србије, Одлука о

с) *држање власти* (држава је одговорна за одлагања која су проузроковале све њене управне или судске власти; примери одлагања су одлагање поступка до закључења другог случаја, одлагање рочишта од стране суда или одлагање изношења или прибављања доказа од стране државе, или одлагања од стране судског регистра или других управних власти; повреда јемства разумног временског рока неће бити утврђена ако је заостатак у обради случајева у суду само привремен и изузетан, а држава је у разумно брзом року предузела неопходне мере; међутим, велико оптерећење суда није само по себи изговор за неразумно дугачак поступак)⁶¹

д) *шта је у питању за подносиоца представке* (у погледу грађанских поступака од власти се захтева да делује брзо када је од критичне важности за подносиоца представке или има посебне специфичности или карактер трајног губитка права; то су најчешће предмети у којима се одлучује о положају деце, који се тичу старих или немоћних лица, у вези накнаде штете за тешке телесне повреде, предмети из радних односа или поводом права на пензију и других права која утичу на човекову егзистенцију).⁶²

Када је у питању Република Србија од тренутка када је Србија ратификовала Конвенцију (март 2004. године) укупно је поднето 3.776 представки, од којих је до сада одбачено 1669.⁶³ У 139 случајева представке су прослеђене на одговор државном агенту, а од тих представки у 33 случаја представке су проглашене допуштеним, док је закључно са 2008. године донето укупно 24 пресуде (само у једној није утврђена ниједна повреда Конвенције), Суд је 2008. години узео у рад 1067 представки поднетих против Србије и од тога одбацио 335 представки, док је 68 представки доставио на одговор државном агенту. Иначе, током 2008. године донето је 15 одлука у односу на Републику Србију и међу њима у чак 13 случајева склопљена су пријатељска поравнања или од Суда прихваћене једностране декларације које је издао државни агент. Када је у питању структура утврђених повреда и даље, како у односу на Србију, тако и у односу на друге

допуштености по представци бр. 9460/05, објављено у Сл. Гласнику РС 97/07 од 27.10.2007: „Суд сматра да је понашање првог подносиоца представке, посебно његови бројни неосновани поднесци, као и пропуст да сарађује са домаћим судовима, проузроковало значајна неоправдана закашњења у поступку.“

⁶¹ В.нпр. Предмет предузеће ЕВТ vs Србија, представка 3102/05, преузето са <http://www.zastupnik.sr.gov.yu> : „На држави је да предузме све потребне кораке да се изврши правноснажна судска пресуда као и да, том приликом, осигура делотворно учешће целог свог апарата, укључујући и полицију, а пропуст да се то учини није у складу са захтевом садржаним у чл.6 ст.1.“

⁶² В. опширније: Н. Петрушић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на ревање у грађанскоправној ствари у разумном року*, Зборник радова „Европски систем заштите људских права-искуства и нови изазови“, Ниш, 2004.

⁶³ Опширније о пресудама Европског суда за људска права против Србије: <http://www.vrhovni.sud.srbija.yu/code/navigate.php?Id=692> , <http://www.zastupnik.gov.rs>

земље, предњачи повреда права на суђење у разумном року (члан 6 став 1 Конвенције). За њом следи повреда члана 1 Протокола 1 уз Конвенцију (право на мирно уживање имовине).⁶⁴

8. ЗАКЉУЧАК

„Основни правно-политички захтеви који су избили у први план приликом рада на новом ЗПП били су ефикасност и експедитивност у поступању свих процесних субјеката. Приступање Србије Савету Европе, ратификација Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и могућност да се затражи правна заштита пред Европским судом за људска права, избацили су у први план проблем трајања судског поступка. Иако процесни закон није био главни кривац за неефикасност у суђењу, нови ЗПП је донео промене оних процесних норми које су биле или потенцијално могле бити узрок неефикасности или које су злоупотребљаване у пракси.“⁶⁵ Међутим, приликом тих промена настојало се да се не доведу у питање законитост и правна сигурност као основна начела која обезбеђују квалитет правне заштите грађанских субјективних права и заштиту правног поретка и да се тим интервенцијама не угрози концепт парничне правне заштите.

Нов ЗПП је изричито прокламовао право на суђење у разумном року и нормативно га конкретизовао низом законских одредаба. То је у законском тексту постигнуто заштравањем процесне дисциплине и нормативним сузбијањем оне стратегије парничара која најчешће представља добро познату злоупотребу процесних овлашћења и то: прописивањем законских рокова за поједине процесне активности суда и странака, укидањем мировања поступка, стварањем могућности да се у фази припремног поступка мериторно одлучи о основаности туженог захтева, омогућавањем суду да ефикасније управља поступком, уношењем новог института пресуде због пропуштања као последице преклузије, као и сасвим нових поступака (поступак за решавање спорног правног питања, поступак медијације, одредбе о непоштовању процесне дисциплине).

Доношење новог ЗПП, који је унео одређене нормативне промене ради убрзања поступка и остваривања стандарда суђења у разумном року, не може само по себи остварити ефикасност у пружању правне заштите. Какве ће ефекте дати нова законска решења зависи од степена поштавања истих у пракси, а у крајњој линији од судија којима је поверено да спроведу у живот

⁶⁴Преузето са сајта: http://www.lawyer.rs/index.php?option=com_content&view=article&id=54%3A-osvrt-na-izvetaj-evropskog-suda-za-ljudska-prava-o-pregledu-aktivnosti-za-2008-godinu&catid=1%3Aaktuelnosti&Itemid=53

⁶⁵ Г. Станковић, *Ново парнично процесно право Републике Србије*, Право-теорија и пракса, бр. 2-3/2005, стр. 8

садржину законских норми, али и понашања странака и њихових заступника, као и других учесника у поступку.

Резултати истраживања у Општинском суду у Новом Саду показали су да у досадашњем периоду примене новог ЗПП има доследности у примени, са одређеним изузецима. Пре свега, приметна је поштrena дисциплина странака и вештака, свесност постојања последица непоштовања. Највеће проблеме и застоје у поступку проузрокује фаза достављања, где одговорност лежи како на странкама, тако и на достављачкој служби, али и недовољној сарадњи са другим државним органима. Нов ЗПП је уношењем одредбе о безуспешном достављању нешто учинио, али чини се не довољно. Занемаривање правила од стране суда постоји у погледу поштовања рокова за објављивање и изразу пресуде, могућности упућивања странака да спор реше медијацијом, изрицања репресивних мера због непоштовања процесне дисциплине, као и поштовања посебних правила у споровима мале вредности.

И на крају, да би се оствариле промене, поред тога што је потребно њихово иницирање и усвајање, веома је важан фактор и могућност њихових примена. Мора се имати у виду стање у ком се налази наше судство, адвокатура, други државни органи. Какве су материјалне могућности које условљавају увођење техничких новина које би водиле побољшању ефикасности, да не бисмо дошли у ситуацију да напредно законодавство постане у пракси кочница (нпр. скенирање предмета, електронска пошта, снимање суђења...).

Dragana Pasula, LL.B.
Post-graduate student
Faculty of Law, University of Niš

THE RIGHT TO BE TRIED WITHIN A REASONABLE TIME
In the current judicial practice of the Municipal Court in Novi Sad

Summary

The new Litigation Procedure Act explicitly proclaims and normatively regulates the right to a fair trial within a reasonable time. The Act has introduced a stricter procedural discipline and precluded the litigants' strategy most often defined as an abuse of procedural authorities; it has prescribed statutory limitation periods on certain procedural activities of the court and litigants; it has repealed the stay of the litigation proceeding; it has entitled the court to reach a meritory decision on the admissibility of a complaint in the preliminary proceeding; it has enabled the court to run the trial proceedings more efficiently; it has introduced a new institute of a default judgment (for failure to appear) as a result of preclusion as well as some new proceedings (for the resolution of a disputable legal issue, mediation) and new provisions on the contempt of the court and inobservance of the procedural discipline.

The normative changes in the new Litigation Procedure Act are aimed at speeding up the proceeding and accomplishing the standard of having a fair trial within a reasonable time. However, the goals alone cannot secure the efficiency in providing legal protection. The legal effect of these new legal solutions will greatly depend on the degree of their observance in practice, on the judges who are to put these new legal norms in practice, on the conduct of litigants and their legal representatives in court, and on the conduct of other participants in the litigation proceedings.

The results of the research conducted in the Municipal Court in Novi Sad show that the application of the new LPA has been mostly consistent. First of all, the parties and expert witnesses have observed the rules of discipline, being aware of the consequences in case of inobservance of procedural rules. The greatest problems and holdbacks have been caused by the delivery services; the responsibility for this inefficiency may be attributed to not only to the parties and the delivery service itself but also to the insufficient cooperation between the court and other state authorities. The research has also identified cases when the court has disregarded some procedural rules (particularly in terms of the observance of limitation periods for the adjudication and pronouncement of the judgment), or

missed the opportunity to have the dispute resolved by mediation or to award repressive measures for the contempt of the court or inobservance of procedural discipline, or failed to observe the special rules applicable in small claim cases.

In order to put these changes into effect, it is very important to take into consideration the viability of their application in practice, considering the current situation in our judicature, advocacy and other bodies of public authority. Introducing some technical novelties (such as document scanning, e-mail correspondence, recording trials, etc) may also improve the overall procedural efficiency and help apply this advanced legislation in practice.

Key words: right to a fair trial within a reasonable time, Litigation Procedure Act, judicial practice

UDK: 343.91-053.6(407.11)

Јована Тодоров, Радмила Васиљевић,
Јелена Видојевић, Љиљана Пенева,
студенткиње Правног факултета у Нишу

ЕТИОЛОШКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ДЕВИЈАНТНОГ ПОНАШАЊА ДЕЦЕ У НИШУ

***Апстракт:** Делинквенција и девијантно понашање деце није довољно истраживана криминолошка појава. Према деци која се делинквентно понашају (врше кривична дела), не могу се применити васпитне и друге мере предвиђене законом јер се ради о посебној категорији лица која нису кривично одговорна. Недовољно је разрађен и систем мера социјалне заштите, које се могу применити према деци која се делинквентно понашају. Због тога је веома важно да се у оквиру криминологије сагледају феноменолошке и етиолошке карактеристике ове појаве. Као најзначајнији криминогени фактори који доводе до делинквенције у доба детињства издвајају се породица и школа.*

***Кључне речи:** криминологија, делинквенција, криминогени фактори, мере социјалне заштите*

Увод

Девијантно понашање представља сваки облик понашања који одудара од моралних норми и моралних схватања једног друштва. За разлику од девијантног понашања које је шири појам, делинквентно понашање подразумева понашање супротно правним нормама, па због тога овакво понашање носи са собом већу друштвену опасност, лакше га је препознати и на њега адекватно деловати. Предделинквентно понашање представља стадијум ка делинквентном понашању. Често од прве реакције родитеља или школе на знаке предделинквентног понашања зависи да ли ће се оно развити у право криминално понашање.

Проучавање ових облика понашања посебно је важно када је реч о малолетним лицима уопште (до 18 година), а посебно када су у питању деца, као кривично неодговорна категорија лица. Кривичноправни положај деце према нашем кривичном законодавству имају сва лица до 14 година живота. Ова лица не могу бити кривично одговорна, што значи да се према њима не

може применити никаква кривична санкција, већ је у надлежности органа старатељства да предузме одговарајуће мере.¹

Кривична неодговорност деце до 14 година заснива се на чл.2. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.² У члану 2 овог закона наведено је: “Лицу које у време извршења противправног дела, у закону предвиђеног као кривично дело, није навршило 14 година, не могу се изрећи кривичне санкције ни применити друге мере које предвиђа овај закон“.

Управо из њихове кривичне неодговорности и немогућности државе да на њих делује својим апаратом принуде, изводи се закључак да је у циљу сузбијања ове друштвено штетне и друштвено опасне појаве неопходно ангажовати шире друштвене структуре, почевши од породице, школе, преко различитих облика вршњачке едукације.

У проучавању сваког проблема, па тако и питања делинквентног и девијантног понашања деце треба поћи од узрока који доводе до његове појаве и предиспонирајућих фактора за ширење ове појаве. Када говоримо о узроцима, могу се истаћи две основне групе узрока: егзогени и ендегени.

Сматрамо да када је реч о делинквентној и девијантној деци од пресудног значаја су егзогени фактори: фактор средине, породице, образовних институција и осталих сегмената који утичу на социјализацију ове друштвене групе. Значај ендегених фактора се огледа у томе што деца по моделу учења прихватају обрасце друштвеног понашања који постоје у њиховој ужој или широј средини. Значај ових фактора за појаву делинквентног и девијантног понашања код деце огледа се у чињеници да су она у овом периоду живота, због специфичности свог биолошког и психо-социјалног развоја подложнија и позитивним и негативним утицајима околине.

Из свега наведеног произилази да је проучавање делинквентног и девијантног понашања код деце од изузетног значаја за његово сузбијање. Поред теоријских извора важно је имати и практичне резултате на ову тему, како би се сагледала ова појава у Нишу. Овај чланак је део ширег истраживачког рада који је обухватио и феноменологију делинквенције деце и вршњачко насиље.

Предмет истраживања

Истраживање је обухватило проучавање делинквентног и девијантног понашања деце у Нишу, а посебно вршњачког насиља у основним школама.

¹ Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М.: Криминологија, Пеликан принт, Ниш, 2009. , с.229.

² „Службени гласник РС“ бр.85/2005.

Предмет анализе били су досијеи корисника услуга социјалне заштите из Центра за социјални рад (укупно 36 досијеа у Нишу у периоду од 2005. до 2007. године) и подаци добијени разговором са психолозима основних школа (прикупљени су на основу интервјуа са унапред припремљеним питањима).

Циљ истраживања

Основни циљ овог истраживања је да се стекну сазнања о распрострањености различитих облика делинквентног и девијантног понашања деце у Нишу, његовој структури и факторима који утичу на ову појаву као и начинима реаговања. Посебна пажња посвећена је проблему вршњачког насиља у нишким основним школама. Циљ је био сагледавање што већег броја фактора који доводе до вршњачког насиља, о којим облицима насилничког понашања се ради, колика је пажња посвећена насилничком понашању у школи, да ли у школама постоје формална и неформална правила која се односе на овакво понашање.

Опис истраживања

Прикупљање, обрада и анализа података обављени су периоду од четири месеца. У припремној фази истраживања је одређен истраживачки узорак и добијене одговарајуће дозволе за спровођење истраживања (дозвола Центра за социјални рад у Нишу и дозволе директора основних школа у Нишу). Узорак је обухватио 36 досијеа из Центра за социјални рад у периоду од 2005. до 2007. године.

За прикупљање података коришћен је посебно припремљен упитник са циљем да прикаже све аспекте предмета истраживања. Посебно смо обратили пажњу на утицај околине детета, успех у школи, односе у примарној породици, психолошки профил детета, однос са вршњацима, организовање слободног времена, материјално стање у породици. До података се дошло посредно, увидом у узорак досијеа Центра за социјални рад, а за део истраживања који се односи на вршњачко насиље користиле смо посебан упитник са унапред припремљеним питањима којим смо се служиле у интервјуу са психолозима основних школа (О.Ш. "Чегар", О.Ш. "Мирослав Антић", О.Ш. "Вожд Карађорђе", О.Ш. "Краљ Петар I", О.Ш. "Радоје Домановић", О.Ш. "Десанка Максимовић" - Чокот).

Етиолошке карактеристике

Етиолошки аспект деликвенције деце у Нишу за период од три године 2005/06/07 обухвата анализу породице из које деца потичу, потпуност

породице, односе у породици, материјално стање и стамбене прилике, осуђиваност родитеља, алкохолисаност родитеља, образовање, запосленост родитеља, да ли дете похађа школу, успех детета у школи, како организује слободно време, као и психолошке карактеристике личности делинквентне деце.

1. Потпуност породице



Графикон 5.

Делинквентна деца у највећем броју случајева потичу из потпуних породица 94% (тридесетчетворо деце), само два детета живе у дефицијентној породици, што чини 6% од укупног узорка. (Графикон 5.)

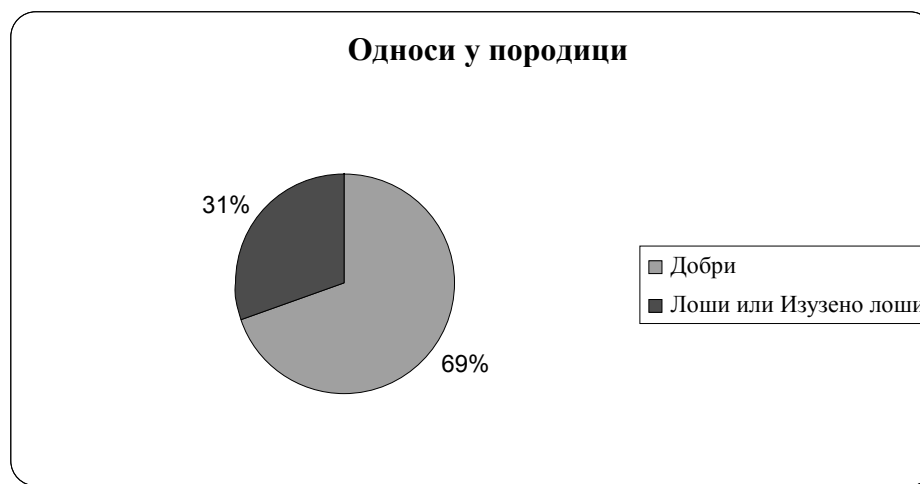
Потпуна породица	Дечаки		Девојчице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Потпуна	30	83,3	4	11,1
Дефицијентна	2	5,6	0	0,0

Табела 10.

Из Табеле 10 се види да тридесет дечака живи у потпуној породици, док само двојица живе у дефицијентној породици. У оба случаја отац је умро, па је мајка једина особа која се стара о деци. Све девојчице потичу из комплетне породице, с тим што је двома девојчицама отац умро, а мајке се

касније преудале, па ове девојчице живе са мајком и очухом тако да се сматра да је породица потпуна.

2. Односи у породици



Графикон 6.

Односи у породици из којих потичу деца са делинквентним и девијантним понашањем у већем проценту 69 % су добри (код двадесетпеторо деце), док у 31% случајева су лоши или изузетно лоши (код једанаесторо деце).

Ове податке треба узети са резервом јер су углавном добијени од родитеља, па се не може са великом сигурношћу утврдити да одражавају право стање ствари. Иако су породице у највећем броју случајева потпуне, међу њима има пуно дисфункционалних породица. Постоје оне породице у којима су односи између самих родитеља складни и функционални, али је слаба веза између њих и деце па се констатује недостатак потребне бриге око васпитања деце. Родитељи су често одсутни, занемарују потребе деце, недовољно исказују љубав, немају времена за разговоре о њиховим проблемима или за помагање око школских обавеза. Има случајева да родитељи говоре деци да иду да се играју или гледају ТВ јер они имају својих проблема „преко главе“, па су деца препуштена сама себи, сувише времена проводе на улици или их чувају баке и деке. Код неке деце родитељи су недоследни у васпитању, или су превише попустљиви или пак превише строги и ауторитативни.

Навешћемо пример породице која се може назвати „криминогеним породичним огњиштем“.³ То је породица са дванаесторо деце, од којих је троје

³ Константиновић-Вилић, С., Николић-Ристановић, В., Костић, М.: Криминологија, Пеликан принт, Ниш, 2009., 373.

(један дечак и две девојчице) у посматраном периоду Центар за социјални рад у Нишу евидентирао као кривично неодговорна лица са делинквентним понашањем. Остала старије деца су такође у ранијем периоду била евидентирана као делинквентна. Сва деца потичу из ванбрачне заједнице са непризнатим очинством. Родитељи су вршили кривична дела и наводили су децу да то чине, злостављали су и занемаривали децу и због тога су лишени родитељског права, тако да су деца под непосредним старатељством органа старатељства. Живот у неусклађеној породичној средини довео је до структурирања маладаптивних облика понашања код ове деце. Наиме, ова деца живе у породици са изразито лошим стамбеним и материјалним статусом као и примитивним моделима породичне функционисања. Нико у породици нема најосновније културно-хигијенске навике, спавају на поду, у условима недостојним живота. Сви су неписмени сем оца. Отац своју децу приморава да краду и просе како би породица могла да се издржава. Деца су потпуно неинтегрисана у породични и социјални миље, упућена су само на групу браће и сестара са такође испољеним поремећајима у понашању. Деца краду да би преживела, често просе заједно са браћом и сестрама, не смеју да се врате кући без новца јер их отац сурово кажњава. У оваквим условима, једини понуђени модел понашања деци је криминално понашање.

У неколико породица односи између самих родитеља су изузетно лоши, па су деца често сведоци психичког насиља између њих (честе свађе, викање, псовке, омаловажавање, потцењивање, бацање и ломљење ствари по кући), а некада и физичког насиља, па и сами прихватају насиље као модел понашања. У оваквој породичној атмосфери јасно је да родитељи нису претерано посвећени својој деци.

Треба истаћи да код неколико дечака који су се изјаснили да су породични односи добри, очеви су били ученици рата, тако да су постали нервозни, стално напети и забринути, нетолерантни “брзо губе живце, плану, хоће да вичу“, док су код неких дечака очеви постали апатични, потпуно равнодушни и повучени, слабо излазе из куће и осамљују се и готово уопште не контактирају са другим људима, тако да је улога ових очева у васпитању деце углавном пасивна.

Код девојчица у два случаја отац је умро, а мајке су се касније преудале. Односи између мајки и очуха су функционални, али у оба случаја постоји изразито јак отпор девојчица према очуху, изражена нетрпељивост, стално пребацивање мајци и долажење у конфликт са њом.

Односи у породици	Дечаци		Девојчице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Добри	25	69,4	0	0,0
Лоши или изузетно лоши	7	19,4	4	11,1

Табела 11.

Из Табеле 11. види се да су код двадесетпеторо дечака (69.4%) односи у породици добри, док су у 7 случајева или 19.4% односи у породици лоши или изузетно лоши. Интересантно је да су код свих девојчица односи у породици лоши.

1.2.3. образовање родитеља

Образовање родитеља	Отац		Мајка	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Неписмени	1	2,8	5	13,9
Непотпуна основна школа	7	19,4	9	25,0
Основна школа	6	16,7	3	8,3
Занат (III степен СС)	15	41,7	12	33,3
Средња школа (IV степен СС)	3	8,3	4	11,1
Више образовање	0	0,0	1	2,8
Високо образовање	4	11,1	2	5,6

Табела 12.

Из табеле се може уочити да је образовни ниво родитеља врло низак и да највећи проценат деце потиче из породица у којима су родитељи неписмени или имају непотпуно основно образовање. У 13,9% мајке су неписмене, а у 2,8% неписмени су очеви. У 25% случајева мајке имају непотпуно основно образовање, док су очеви са непотпуном основном школом у 19,4% случајева. Потпуно основно образовање има 8,3% мајки и 16,7% очева.

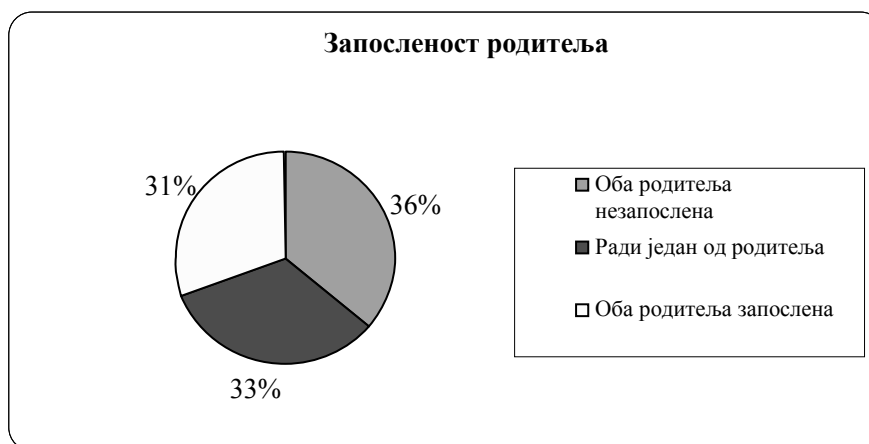
Завршен занат (III ССС, занимања конобара, трговца, лимара, механичара, машинбравара, ткача, вариоца, паркетара, кројача) има 33,3% мајки и 41,7% очева, док средњу школу (II ССС) има завршено 11,1% мајки и 8,3% очева. Најмање је деце чији родитељи имају више или високо образовање (хирург, стоматолог, дипломирани правник, инжињер електронике), више образовање постоји код 2,8% мајки а високо код 5,6% мајки и 11,1% очева.

4. Запосленост родитеља

Запосленост родитеља	Отац		Мајка	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Запослен	18	52,9	14	38,9
Незапослен	16	47,1	22	61,1

Табела 13.

У већем броју случајева мајке су незапослене, 61,1%, док 31,9% мајки ради. 47,1% очева је незапослено док 52,9% очева ради. С обзиром да је велики удео мајки чији је образовни ниво врло низак, оне су углавном домаћице и никада нису радиле.



Графикон 7.

У Графикону 7. приказан је проценат породица у којима оба родитеља раде, где ради само један од родитеља и породице у којима ниједан од родитеља није запослен. С обзиром на овакву структуру у погледу запослености, јасно је да су материјалне прилике у домаћинствима из којих потичу делинквентна и девијантна деца незадовољавајуће због претежне незапослености родитеља.

У 36% случајева запослена су оба родитеља (код 13. деце), у 33% случајева ради само један од родитеља (код 12. деце), а чак у 31% случајева ниједан од родитеља нема запослење (11. деце).

Све ово указује да је у породицама јако лоше материјално стање и да недостају средства за подмирење основних животних потреба. У породицама где су незапослена оба родитеља, има оних које обављају привремене и сезонске послове (рад на грађевини, привремени рад у ђевабциници, на трафици) или до новца долазе продавајући на пијаци, сакупљајући секундарне сировине или живе од социјалне помоћи.

Стамбени услови породица из којих потичу делинквентна деца у већини случајева су лоши (недовољан стамбени простор, вишегенерацијске породице на малом простору, нехигијенски услови, мемљиви станови са лошим грејањем, станови који прокишњавају).

5. Алкоголизам родитеља

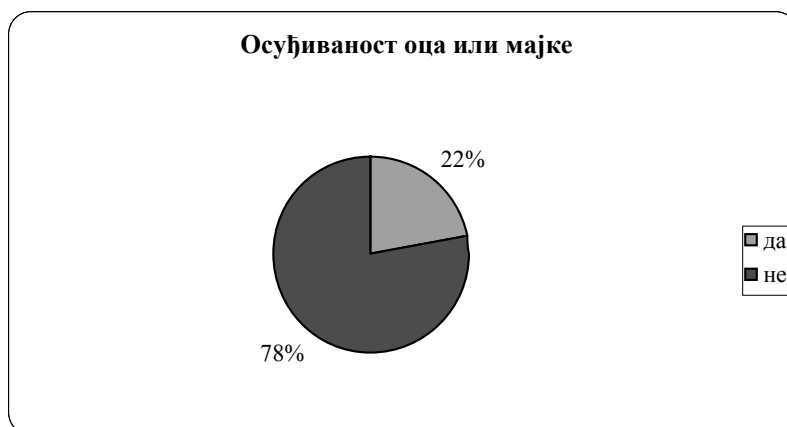


Графикон 8.

Података о алкохолизму родитеља нема у свим прегледаним предметима. (25%), тако да се не може са сигурношћу утврдити да ли је ова социјално патолошка појава у оквиру породице имала утицај на појаву девијантног и делинквентног понашања деце. Алкохолизам оца евидентиран је у 8% случајева, али нема података о посредном или непосредном утицају на делинквенцију деце.

6. Осуђиваност родитеља

Осуђиваност за кривична дела код чланова породице делинквентне деце запажена је у мањем броју случајева.



Графикон 9.

У 22% случајева отац или мајка су били осуђивани за извршена кривична дела, док у 78% нема осуђиваности родитеља.

У седам случајева осуђиван је отац (крађе, тешке крађе), док у једном случају постоји осуђиваност оба родитеља, такође за имовински криминалитет. (Графикон 9.)

1.2.7. Похађање школе

Похађање школе	Број	Процент(%)
Не иде у школу	6	17
Иде у школу	30	83

Табела 14.

Један од важних етиолошких фактора делинквенције деце је непохађање школе. Према добијем подацима 83% деце иде у школу, а знатно је мањи број оних који не похађају школу - шесторо деце или 17%. (Табела 14.) Школа представља мост између породице и шире друштвене средине. Иако још у породици почиње формирање норми, вредности и ставова код детета, значајно је да се они кроз школовање продубљују да би дошло до формирање зреле личности. Зато је школа главни чинилац у стицању знања и вештина, главни фактор образовања и важна установа за васпитање и формирања ставова, вредности и друштвених норми код деце. У школи се стварају услови за интеграцију у друштвени живот и она значајно делује на развој личности појединца.

Похађање школе	Дечаци		Девојчице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Не иде у школу	4	11,1	2	5,6
Иде у школу	28	77,8	2	5,6

Табела 15.

Посматрајући пол деце која похађају или не похађају школу, дошли смо до следећих података:

- четворица дечака не похађа школу (11.1%), док двадесетосморо иде у школу или 77,8%.
- две девојчице иду у школу (5.6%), док две не похађају школу.

8. Да ли дете трпи ауторитете (у школи и породици)



Графикон 10.

Непоштовање ауторитета у породици и школи може такође да представља значајан фактор који доприноси јављању делинквентног и девијантног понашања деце. У испитиваном узорку 69% деце трпи ауторитет док 31% ауторитет не трпи. У Центру за социјални рад забележени су случајеви деце која су код куће мирна и послушна, и у потпуности уважавају ауторитет родитеља, док агресију испољавају само у школи.

С друге стране одређен број деце не поштује ауторитет ни родитеља ни наставника. Ова деца се бахато понашају, свађају се са родитељима и са великим непоштовањем се односе према наставницима.

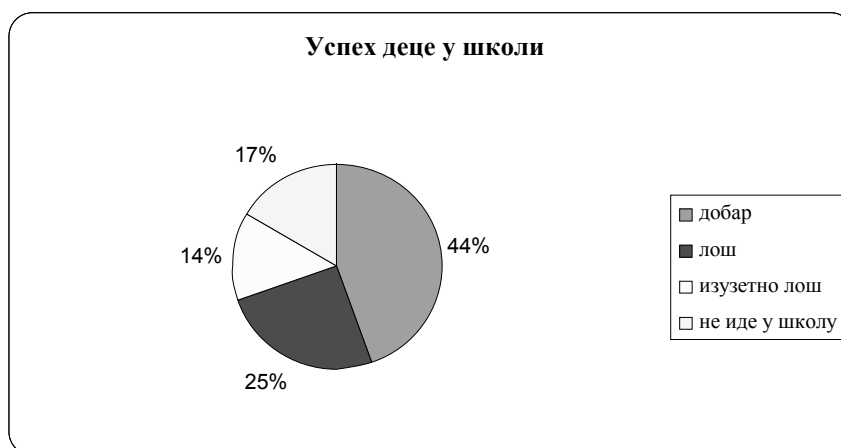
Највећи проблем је губитак ауторитета у породици, која би требало да буде основна ћелија друштва. Дете а ригорі прима родитељски ауторитет док је мало. Кад ту настане поремећај, касније га је веома тешко поправити.

Да ли дете трпи ауторитете	Дечаџи		Девојџице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
да	25	69,4	0	0,0
не	7	19,4	4	11,1

Табела 16.

Интересантно је упоредити поштовање ауторитета у односу на пол делинквентне деце. Може се уочити да ниједна девојџица не трпи ауторитет (11,1%), док је код дечака већи број оних који ауторитет трпе (69.4%) (Табела 16.).

9. Успех у школи



Графикон 11.

У великом броју случајева (44%) у испитиваном узорку, успех деце која су испољила делинквентно и девијантно понашање је добар. Посебно треба нагласити да је један део те деце и са одличним успехом. Лош успех има знатно мањи проценат деце (25%), а изузетно лош само 14%. Један део од укупног узорка – 17% уопште не похађа школу. Деца која имају изузетно лош и лош успех у школи несигурна су и не знају да комуницирају, имају негативан однос према школи и учењу уопште.

Наиме, ова деца не могу да се снађу у школи, савладају градиво и на тај начин удовоље школским обавезама. Кад не могу да се истакну у школи, почињу са све чешћим изостанцима. Све више времена проводе на улици када и почињу са делинквентним понашањем сами или се удружују са децом која имају слично понашање.

Успех деце у школи	Дечаци		Девојчице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Добар	16	44,4	0	0,0
Лош	8	22,2	0	0,0
Изузетно лош	4	11,1	2	5,6
Не иде у школу	4	11,1	2	5,6

Табела 17.

Упоређивањем успеха деце у школи и пола, добијени су следећи резултати:

- добар успех где се убрајају и деца са одличним успехом имају шеснаесторица дечака или 44,4%,
- лош успех има осморо дечака или 22.2%,
- изузетно лош успех има само четворица дечака или 11,1%, док четворица дечака уопште не похађају школу.

Од девојчица, две су са изузетно лошим успехом и великим бројем изостанака (5,6%), док две девојчице уопште не похађају школу. (Табела 17.)

10.Коришћење слободног времена

Подаци потврђују да готово сва деца из испитиваног узорка, своје слободно време проводе неорганизовано и стихијски. Само један дечак организовано користи своје слободно време (учи енглески језик, тренира пливање, пева у црквеном хору). Седморица дечака рекреативно игра фудбал са вршњацима, али долази се до закључка да велики број деце највећи део слободног времена проводе уз рачунар играјући игрице, иду у играонице или гледају телевизију (највише филмове). Такође је примећен значајан утицај медија, јер је већина дечака изјавила да највише воли да гледа акционе филмове и идентификује се са ликовима из филмова. Девојчице такође слободно време проводе неорганизовано и по свом нахођењу. Две девојчице углавном се друже са вршњацима, али је вршњачко окружење нестално, стално се мења и немају добре пријатеље. Остале две девојчице највише времена проводе у криминалној активности коју врше са браћом и сестрама, тако да су упућени једни на друге и уопште не долазе у контакт са другом децом.

11. Психолошки профил деце

Психолошки профил деце из испитиваног узорка формира се на основу извештаја педагога и психолога. Према тим извештајима разликују се по психолошком профили девојчице и дечаци.

Девојчице теже успостављају комуникацију од дечака и треба много више времена и саветодавног рада да би се успоставио однос поверења и сарадње. Интелектуалне способности у границама просека констатоване су код две девојчице из узорка, једна девојчица има интелигенцију на доњој граници просека и код једне је констатована некритичност, емоционална и социјална незрелост.

Код дечака у погледу успостављања комуникације констатовано је: у 23 случаја контакт се лако успоставља, у 2 случаја постоји недовољно комуникативност и елоквентност, без жеље за сарадњом, док се у 4 случаја контакт са децом тешко успоставља.

Интелектуалне способности су различите: код осамнаесторо дечака интелектуалне способности су у границама просека, двојица дечака су на горњој граници просека и двојица на доњој граници просека, петорица су испод просечне интелигенције. У два случаја постоји лака ментална ретардација, што је један од облика душевних заосталости. Наиме, ово је најлакши степен менталне ретардације (дебилитета). Прве манифестације се испољавају још у детињству, отежано је учење и памћење нових материјала и схватање узрока и веза, због чега се упућују у специјалне школе.⁴ За тројицу дечака нема адекватних података о успостављању комуникације и интелектуалним способностима.

Мишљење је код седморице дечака развијено на нивоу конкретног. Оно се јавља код деце у ранијим периоду развоја и назива се још примитивно или архаично мишљење.⁵ Код петнаесторице дечака мишљење је здраворазумско. За десет дечака нема података.

Пажња код дечака је у 12 случајева селективна, “концентрација на одређену информацију, ситуацију и сл., док се сви остали стимуланси делимично или потпуно игноришу⁶” Код шесторице дечака пажња је активна, “намерно и вољно усмеравање и усредсређивање менталне енергије ка нечему⁷”, док је код петорице њих пажња пасивна. За деветорицу дечака нема података.

12. Однос према делу



Графикон 12.

⁴ Ћирић, З. Основи судске психијатрије, Ниш, с.262.

⁵ Op.cit..с.59.

⁶ Op.cit..с.53.

⁷ Op.cit..с.53.

Највећи проценат деце - 67 %, односно њих двадесетчетворо, изражава кајање због свог понашања, увиђа да је погрешило и говори како се то више неће поновити. Треба поменути да велики удео деце која изражавају кајање не схвата у потпуности значај дела. Не каје се 19%, односно седморо деце, док у 14% случајева пориче дело (Графикон 12).

Однос према делу	Дечаки		Девојчице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Каје се	23	63,9	1	2,8
Не каје се	4	11,1	3	8,3
Пориче дело	5	13,9	0	0,0

Табела 18.

Однос према делу се разликује код дечака и девојчица (табела 18).

Двадесеттројица дечака или 63,95% изражава кајање, четворица или 11,1% се не каје, док петорица поричу извршење дела (13,9%). Од девојчица се само једна каје (2.8%), три девојчице се не кају (8.3%), а ниједна девојчица не пориче дело.

Навешћемо неколико примера деце из истраживаног узорка која поричу дело, оних који се кају, и оних која не изражавају кајање.

- Малолетни М.С., евидентиран у Центру за социјални рад због кривичног дела крађе штенета, наводи да се са двојицом другова играо, када су угледали штене шар-планинца. Мислили су да је штене залутало, па су узели да га чувају. Тврди да уопште нису знали да штене има власника и да га нису украли. Сматра да ништа лоше нису учинили и да је реакција полиције била пренагљена и непотребна.

Малолетни А.Ј., који је у Центру за социјални рад евидентиран због дела оштећење туђе ствари (оштећење аутомобила), у потпуности негира дело, изјављује да се сасвим случајно затекао на том месту када су његови другови парчетом цигле скидали фарбу са паркираног аута и каже да он никада не би оштетио туђи аутомобил.

- Малолетни Б.Ј., евидентиран због кривичног дела оштећења туђе ствари (ломљење прозора на школи) изјављује да је са друговима играо фудбал у школском дворишту. Кад су одлучили да се одморе отишли су иза школе. Тада је неко од деце почело камењем да гађа прозоре, што су и остали прихватили, па и он како не би испао кукавица и како другови не би престали да се друже са њим “јер се понаша као жена“. Касније је схватио да је направио велику грешку због чега се каје и обећава да више никада неће чинити исте или сличне ствари, и да неће потпадати под негативан утицај друштва.

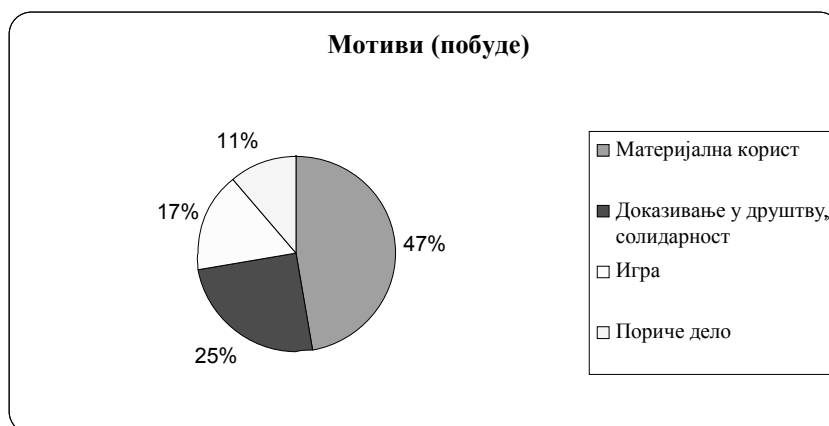
Малолетни Н.И. који је са вршњаком, другом из школе, учинио дело тешке крађе (крађа фудбалских лопти из Ф.К. "Младост") схвата да је погрешно, каје се, сматра да је таквим понашањем обрукао родитеље и обећава да му се слично неће поновити.

• Малолетни З.Р. који је евидентиран због крађе лубеница са вршњацима на пијаци, не осећа кривицу, што је резултат породичног милеа у коме живи, и неприхватања моралних норми унутар саме породице.

Малолетна К.Д. са јако израженим девијантним понашањем (више пута је бежала од куће, у школу није ишла по неколико месеци, често је конзумирала алкохол, лечена од болести и зависности јер је користила марихуану и екстази) евидентирана је због поседовања и продаје марихуане. Девојчица нимало не изражава кајање, чак како каже "то у данашње време раде сви млади".

• Деца која потичу из криминалне породице (малолетни дечак К.Б. и девојчице Б.С. и Б.Ф.) уопште немају развијену свест о томе да поступају лоше, тако да се ова деца и не кају. Скупљају дрва да би се огрејали, краду да би преживели, и немају осећај да раде нешто кажњиво. Од раног детињства су подстицани од родитеља да прихвате такав начин егзистенције, то је једини прихваћен образац понашања. Крађа је нормална и пожељна јер је то једини начин опстанка. Ова деца изјављују да више пута нису смела да се врате кући без новца јер су их тада родитељи кажњавали и брутално тукли. Ако не донесу довољно новца мора да спавају напољу чак и зими. У Центру за социјални рад кажу да "краду јер од нечега мора да се живи". Хаотично-примитивни модел породичног функционисања препуштао је децу себи и сналажењу на улици уз фаворизовање крађе која је једини облик обезбеђивања егзистенције. Једини понуђени модел понашања овој деци је криминално понашање, тако да о осећању кривице нема говора.

13. Мотиви извршења дела



Графикон 13.

Прикупљени подаци из истраживачког узорка потврђују да се као доминантни мотиви јављају: стицање материјалне користи, доказивање у друштву (солидарност) и игра. Треба узети у обзир да део деце негира дело, тако да утврђивање мотива није могуће.

У највећем броју случајева мотив је стицање материјалне користи, у 47%, док је мање заступљено доказивање у друштву тј солидарност у 25 % случајева, а 17% деце, је изјавило да се на тај начин играло 11% деце негира дело (њих четворо) (Графикон 13.).

Мотиви (Побуде)	Дечаци		Девојчице	
	Број	Процент(%)	Број	Процент(%)
Материјална корист	13	36,1	4	11,1
Доказивање у друштву, солидарност	9	25,0	0	0,0
Игра	6	16,7	0	0,0
Пориче дело	4	11,1	0	0,0

Табела 19.

Из Табеле 19 се види да је код свих девојчица и код великог броја дечака (13) мотив стицање материјалне користи. Треба напоменути да код деце која потичу из криминалне породице у великој мери постоји страх од кажњавања од стране родитеља, тако да их страх непосредно мотивише на криминално понашање.

Ову децу отац брутално туче уколико не донесу довољно новца. Отац је изјавио у Центру за социјални рад да “воли што деца краду, јер је то једини начин да купе намирнице, цигарете, алкохол, као и да врате дугове”. Једно од деце је рекло како би волело да оде у дом јер га нико неће тући и не би морао зими да спава на снегу.

У нешто мањој мери мотив је доказивање у друштву или солидарност (25%). Како нека деца наводе да су се придружила осталој деци “како не би испали кукавице да им се не би подсмевали или их искључили из друштва.” Нека деце (17%) су навела да се на тај начин играло тј. да им је у том тренутку представљало забаву и нису ни били свесни да раде нешто погрешно.

14. Мере које су предузете према деци

І Дечаци

Од укупног броја евидентираних дечака, у 12 случајева нема података о томе шта је Центар за социјални рад предузео према њима. У 15 случаја

стручни тим Центра за социјални рад закључио је да није потребно даље праћење детета. У четири случаја установљено је да је потребно ангажовање стручног тима. Наиме, ради се о деци чија је прогноза даљег понашања неизвесна, и која су са високом степеном ризика (могуће понављање делинквентно и/или девијантног понашања).

Стручни тим центра за социјални рад установио је да у три случаја родитељи не врше контролу над дететом и да немају адекватне потенцијале за родитељство. Укључен је тим за заштиту деце без адекватног родитељског старања, а породица је упућена у Центар за породичну терапију.

Код четвртог дечака је установљен поремећај у понашању, и с обзиром да потиче из криминалне породице постављен му је старатељ, па је дечак упућен у Завод за васпитање младежи у Књажевцу, одакле је бежао више пута. Затим је смештен у Завод за васпитање омладине у Београду, како би био укључен у програм интензивног третмана и био под сталним надзором.

II Девојчице

Код једне девојчице нису пронађени подаци о томе ста је Центар за социјални рад предузео, код друге је установљено да није потребно даље праћење. Трећа девојчица је упућена у Завод за васпитање младежи у Књажевцу, а четврта је укључена у рад тима за заштиту деце од злостављања.

Jovana Todorov, Radmila Vasiljević,
Jelena Vidojević, Liljana Peneva
Students of the Law Faculty, University of Niš

**ETIOLOGICAL CHARACTERISTICS
OF CHILDREN'S DEVIANT BEHAVIOUR**
- a research paper -

Summary

The phenomenon of juvenile delinquency and children's deviant behaviour has been insufficiently explored in criminology. Considering that children fall into a special category of criminal offenders who cannot be held criminally liable, the minor criminal offenders cannot be subject to the correctional criminal measures and other criminal sanctions prescribed by the law. The system of social protection measures to be applied in response to juvenile delinquency has also been insufficiently developed. For this reason, it is very important to observe the phenomenological and etiological characteristics of this phenomenon, with special reference to the role of the family and education as the most significant criminogenous factor which lead to juvenile delinquency.

In this paper the authors present the results of the research on the delinquent behaviour of minors in Niš. The results upon the examined sample of children have shown that the juvenile delinquents mostly come from natural families including both parents (94%) which are, however, characterized by disharmonized and dysfunctional family relations. Almost a third of the children involved in the research described their family relations as bad or extremely bad (19, 4 % of the total number of boys, and all the girls). A total of 8% of children reported some illness or addiction in the family (such as alcoholism), whereas a total of 22% reported that one of the parents had a police record or had been previously convicted. The parents of the children involved in the research were mostly people of poor or no education, either unemployed or living on low monthly incomes (the results show that a total of 13,9% of mothers and 2,8 % of fathers are illiterate; that a total of 25 % of mothers and 19,4% of fathers have not completed their primary education; that a total of 33,3% of mothers and 41,7% of fathers have finished a three-year vocational secondary school and obtained the third degree secondary education; that only a total of 5,6% of mother and 11,6% of fathers have a university degree from an institution of higher education.

Although the family has the most significant role in the process of socialization and shaping the child's personality and moral values, the role of

school and education in that process certainly should not be neglected. In the process of education, the school has to enable the child to make a clear distinction between an admissible and inadmissible behaviour, to develop good learning and working habits, responsibility and self discipline. Whereas 83% of children in our country go to school on the regular basis, a total of 17% of children are not included in the educational process. From the total number of children who regularly attend school, 44% achieve good results, 25% have poor results, and 14% have extremely bad results at school.

Key words: criminology, juvenile delinquency, criminogenous factors, social protection measures