

Правни факултет
Универзитета у Нишу

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

„Одговорност у правном и друштвеном контексту”

Књига друга

Ниш, 2022.

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

„Одговорност у правном и друштвеном контексту”

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

Рецензенти

Проф. др Мирослав Лазих, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Проф. др Срђан Голубовић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Проф. др Небојша Раичевић, редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Технички уредник

Владимир Благојевић

Лектура, уређивање и превођење / Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Штампа

Графика Галеб д.о.о., Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-297-4

Зборник радова је настао као резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

САДРЖАЈ

Реч уредника	5
Др Зоран Радивојевић, РЕШАВАЊЕ СПОРОВА ДИПЛОМАТСКИМ ПУТЕМ.....	7
Др Предраг Димитријевић, НЕКА ПИТАЊА ДВОСТЕПЕНОСТИ УПРАВНОГ СУДОВАЊА.....	33
Др Драган Јовашевић, ПРАЊЕ НОВЦА У ПРАВУ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ.....	47
Др Љубица Николић, ГРАЂЕВИНСКА ДОКУМЕНТАЦИЈА – РЕГУЛАТИВА И ПРОЦЕДУРЕ ДОНОШЕЊА.....	69
Др Мирослав Лазић, ОДРЖИВИ РАЗВОЈ СТАНОВАЊА – ОДРЖАВАЊЕ И УПРАВЉАЊЕ ЗГРАДОМ	95
Др Миомира П. Костић, Др Марина М. Симовић, ПОСТМОДЕРНИЗАМ НЕМАЧКЕ БИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ У КРИМИНОЛОГИЈИ: МАПИРАЊЕ ПОЧЕТАКА ДО ДАНАС	113
Др Саша Кнежевић, ПРИМЕНА ПРИНЦИПА КОНСЕНСУАЛНЕ ПРАВДЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	129
Др Небојша Раичевић, ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ЗАБРАНЕ УПОТРЕБЕ СИЛЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ	147
Др Славиша Ковачевић, ИНСТИТУЦИОНАЛНА ОДГОВОРНОСТ И ОДГОВОРНОСТ ДРУШТВА	169
Др Александар Ђорђевић, ЗАЈАМ И КАМАТА У УСТАВУ РУСКОГ КНЕЗА ВЛАДИМИРА МОНОМАХА.....	187
Др Михајло Цветковић, ИЗАЗОВИ ИНТЕРДИСЦИПЛИНАРНОГ ПРИСТУПА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ	205
Др Милош Прица, ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ЈАВНОГ ИНФОРМИСАЊА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	229
Др Милица Вучковић, ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ИМИСИЈЕ У ПРАВУ ФРАНЦУСКЕ	247
Др Сања Ђорђевић Алексовски, НЕКА РАЗМАТРАЊА О КОДИФИКАЦИЈИ ОПШТИХ ПРАВНИХ НАЧЕЛА У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ	265

РЕЧ УРЕДНИКА

Поштовани читаоци,

пред Вама је друга књига тематског зборника радова „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, настала као резултат истраживања на истоименом пројекту, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021–2025. године.

Ова књига садржи четрнаест ауторских или коауторских радова, пре свега наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Нишу који су ангажовани као истраживачи на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”. Највећи број радова је из различитих области права: грађанског права (3 рада), кривичног права и криминологије (3 рада), управног права (3 рада), међународног јавног права (3 рада). Поред тога, ова публикација садржи и по један рад из историје права и социологије. Сви радови, у већој или мањој мери, анализирају одговорност као правну и друштвену категорију. Аутори су разматрали теоријске аспекте одговорности, али су дужну пажњу посветили и њеним практичним импликацијама, што додатно доприноси квалитету овог зборника.

Посебну захвалност дугујемо рецензентима радова, који су својим ангажовањем дали значајан допринос објављивању ове научне публикације.

Ниш, децембар 2022. године

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

РЕШАВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ СПОРОВА ДИПЛОМАТСКИМ ПУТЕМ²

Апстракт: *Иако обавезује све субјекте да своје спорове реше мирним путем, међународно право не прописује дужност да се спор реши не одређени начин. У том погледу њима је остављена пуна слобода избора средстава за решавање међународних спорова. У међународној пракси и позитивном праву одомаћила се подела на дипломатске и судске начине решавања спорова. Та се подела врши према изворима на којима је засновано решење, као и према коначном исходу поступка решавања спора. Дипломатски начини се не ослањају искључиво на примену међународног права, већ теже оном решењу које ће бити прихватљиво за спорне стране. Друго њихово обележје је да имају за резултат одлуку која није обавезна, односно завршавају се необавезујућим решењем које има карактер предлога, препоруке или савета. У ову групу начина спадају преговори, добре услуге и посредовање, анкета и мирење. Дипломатски начини решавања међународних спорова могу се даље поделити на две групе у зависности од тога да ли стране саме настоје да реше спор или се то чини уз учешће и помоћ трећег субјекта. У прву категорију спадају непосредни дипломатски преговори, док се у другој налазе добре услуге и посредовање, анкета и мирење. Мада се међу њима теоријски може повући јасна разлика, у пракси се ови начини надовезују један на други, често одвијају паралелно или узајамно прожимају и допуњавају.*

Кључне речи: *међународни спор, решавање спорова, дипломатска средства, непосредни преговори, добре услуге, посредовање, медијација, анкета, истрага, мирење, концилијација.*

¹ zoranr@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године”.

1. Увод

Савремено међународно право забрањује употребу и претњу силом³ и обавезује државе да настоје да избегну било какве међусобне спорове и конфликте. То ипак не значи да ће све државе живети у нормалним и пријатељским односима, као и да је могућност избијања спорова између њих искључена. Међутим, оно што у сваком случају мора да буде избегнуто јесте могућност да се ти спорови изроде у оружане сукобе. Са циљем да управо то буде спречено међународно право, оличено у Повељи УН, обавезује државе да све своје спорове реше мирним путем тако да међународни мир и безбедност не буду угрожени.⁴

Иако је обавеза мирног решавања спорова неспорна, међународно право не прописује дужност држава да спор реше на одређени начин. У том погледу њима је остављена слобода да одаберу начин који им одговора и о коме су се сагласиле. Одатле произилази начело слободног избора средстава за решавање међународних спорова⁵ које по правној снази има исти ранг као и претходни принцип мирног решавања свих спорова. Оно практично значи да свака суверена држава има право да слободно изабере начин решавања спора у коме је страна и да се не може принудити да спор подвргне одређеном методу.⁶

С тим у вези намеће се питање која средства за решавање спорова стоје на располагање странама. Слободно се може рећи да у међународном праву постоји широка листа средстава са које стране у спору могу бирати начин који им у конкретном случају највише одговора. У теорији⁷ и пракси се одомаћила подела на дипломатске и судске начине

³Та забрана правно је уобличена Повељом УН у којој реч рат једноставно не фигурира. И не само то, већ Повеља изричито забрањује како употребу силе, тако и саму претњу силом (видети чл. 2, став 4 Повеље).

⁴Чл. 2, став 3 Повеље.

⁵Ово начело је имплицитно садржано у чл. 33, став 1 Повеље који садржи листу начина решавања спорова, почевши од преговора као првог и почетног средства, па све до судског решавања и прибегавања регионалним установама. Оно је, пак, изричито инаугурисано у Декларацији начела међународног права о пријатељским односима и сарадњи између држава из 1970. године која *expressis verbis* каже да се „међународни спорови решавају на основу суверене једнакости у складу са начелом слободног избора средстава”; видети резолуцију Генералне скупштине 2625 (XXV) од 24. октобра 1970. године.

⁶За даљу анализу овог начела: О. Рачић, *Pacific Settlement of Disputes (Diplomatic, Judicial, Political e.t.c.)*, *The Principle of Peaceful Settlement of Disputes vs. Free Choice of Means*, *Thessaloniki* 1992, pp.167-173.

⁷С. Аврамов, *Међународно јавно право*, Београд 1980, стр. 338-339; С. Аврамов, М.

решавања спорова. Та подела се врши према изворима на којима је засновано решење, као и према коначном исходу поступка решавања спора, тј. по обиму у коме су спорне стране обавезне да прихвате решење које произилази из датог процеса.

Дипломатски начини се не ослањају искључиво на примену међународног права, већ теже оном решењу које ће бити прихватљиво за спорне стране. Друго њихово обележје је да имају за резултат одлуку која није обавезна, односно завршавају се необавезујућим решењем које има карактер предлога, препоруке или савета. У ову групу начина спадају преговори, добре услуге и посредовање, анкета и мирење. За судске начине, пак, карактеристично је да се спор решава применом међународног права и да се стране морају повинovati одлуци којом је спор решен. Њихово коришћење има увек за последицу доношење правно обавезујуће одлуке. Овде спадају арбитража и поступак пред међународним судовима.

Дипломатски начини решавања међународних спорова могу се даље поделити на две групе у зависности од тога да ли стране саме настоје да реше спор или се то чини уз учешће и помоћ трећег субјекта. У прву категорију спадају непосредни дипломатски преговори, док се у другој налазе добре услуге и посредовање, анкета и мирење. Мада се међу њима теоријски може повући јасна разлика, у пракси се ови начини надовезују један на други, често одвијају паралелно или узајамно прожимају и допуњавају.

2. Непосредни дипломатски преговори

Преговори су први, основни и најприроднији начин решавања међународних спорова. Одликује их непосредан контакт страна у спору које покушавају да се саме договоре око решења које ће за њих бити прихватљиво. Код овог начина битна је управо директна комуникација

Крећа, Међународно јавно право, Београд 2001, стр. 548; V.Đ. Degan, *Međunarodno pravo*, Zagreb 2011, str. 708-709; В. Димитријевић, О. Рачић, В. Ђерић, Т. Папић, В. Петровић, С. Обрадовић (даље: В. Димитријевић, О. Рачић и др.), *Основи међународног јавног права*, Београд, 2005, стр.245; N.Q.Dinh, P.Dailler, A.Pellet, *Droit international public*, Paris 2002, pp. 824-825; Р. Етински, С. Ђајић, *Међународно јавно право*, Нови Сад 2012, стр. 278; А. Favre, *Principes du droit des gens*, Paris 1974, p. 667; *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, United Nations, New York, 1992, p.9; Б. Јанковић, З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш 2019, стр. 433; Б. Кривокапић, *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд 2017, стр. 281-285; Ch. Rousseau, *Droit international public, Les rapports conflictuelles*, Tome V, Paris 1983, p. 257; M. Shaw, *International Law*, Cambridge 1997, p. 718.

и одсуство мешања треће стране. Уколико, пак, дође до учешћа трећег субјекта преговори прерастају у неки други дипломатски облик решавања спорова.

Непосредност као одлика преговора не значи да се они увек морају одвијати у физичком и личном контакту преговарача. Преговори се могу водити и на даљину путем размене писама и нота, телефонским и видео контактом или коришћењем неког другог средства електронске комуникације.

Дипломатски карактер преговорима даје чињеница што у њима учествују овлашћени представници страна у спору. Преговори се могу водити на различитим нивоима, почевши од највишег који чине шефови држава или влада, преко министара иностраних послова и дипломатских представника, па све до нижих представника појединих владиних ресора или угледних појединаца изван државне администрације.

У међународним документима и литератури постоји терминолошка неуједначеност и недоследност у означавању овог дипломатског начина решавања спорова. Поред назива непосредни или дипломатски преговори, који је данас најшире прихваћен, користе се као синоними изрази „консултације” и „размена мишљења”.⁸ Последња два термина неки међународни уговори⁹ употребљавају заједно са називом преговори, док се у поједним документима¹⁰ као замена за израз преговори користе термини „дипломатија” или „уобичајени дипломатски канали”.

Преговори се састоје у заједничком испитивању спорних питања, размени мишљења о праву и чињеницама, као и узајамним компромисима у циљу проналажења прихватљивог решења. Тако схваћени преговори не могу да се сведу само на улагање протеста другој страни или на пуко спорење око неког питања. Као што је оценио Међународни суд правде у случају примене Конвенције о уклањању свих облика расне дискри-

⁸ Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p.10.

⁹ Видети: чл. 84 Бечке конвенције о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера из 1975. године; чл. 41 Бечке конвенције о сукцесији држава у односу на међународне уговоре од 1978. године и чл. 283 Конвенције о праву мора из 1982. године.

¹⁰ Тако, на пример, Генерални акт о мирном решавању спорова (ревидиран 1949. године) употребљава назив „дипломатија” као синоним за преговоре, док Повеља Организације америчких држава из 1948. године користи формулацију „кроз уобичајене дипломатске канале”; више о томе: Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p. 9.

минације „нема преговора без искреног настојања и покушаја бар једне стране да започне расправу са другом страном како би се спор решио”.¹¹

У теорији је спорно питање да ли су преговори обавезан начин решавања међународних спорова. Постоје писци који сматрају да стране сваког спора имају обавезу да преговарају на основу обичајног међународног права. Сагласно том мишљењу, одредбе конститутивних аката међународних организација које подсећају или позивају стране у спору на коришћење преговора представљају само неку врсту посебно свечане кодификације те обичајне обавезе.¹²

Став већине аутора је да у општем међународном праву не постоји обавеза на преговарање, већ да је то ствар слободне одлуке страна у спору. Једна страна, дакле, не може наметнути преговоре другој страни. Према важећем међународном праву стране су само дужне да спор решавају мирним средствима, али то никако не значи да морају прибећи преговорима.¹³ Другачија је ситуација када стране у спору унапред предвиде обавезу на преговоре. У овом случају преговори уговорним путем, тј. на основу сагласности страна постају обавезан начин решавања спорова.

Прихватање преговора као начина за мирно решавање спора подразумева једино обавезу страна да преговоре започну,¹⁴ али не и да се тим путем постигне споразум о коначном решењу спора. Овде је заправо реч о обавези понашања, а не о обавези резултата.¹⁵ Тај став потврђен је у међународној судској пракси. Стране у спору су „дужне да се понашају на начин да преговори имају неког смисла, што није случај ако једна од њих инсистира на свом ставу, а да не размишља да га промени”.¹⁶ Иако нису дужне да спор реше преговорима, стране су дужне да покушају решење путем преговора.¹⁷ У том погледу није довољан само формални покушај који би вођење преговора свео на констатовање да свака страна остаје код својих позиција и да никакав компромис није могућ.¹⁸

¹¹ International Court of Justice (даље: ICJ), Reports, 2011, p.157.

¹² N.Q. Dinh, P. Dailler, A. Pellet, op.cit, p. 828.

¹³ J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas, *Međunarodno pravo*, 3 dio, Zagreb, 2006, str. 5.

¹⁴ Б. Јанковић, З. Радивојевић, op.cit, стр. 434.

¹⁵ Ch. Rousseau, op.cit, p. 260.

¹⁶ ICJ, Reports, 1969, p. 48.

¹⁷ Видети саветодавно мишљење Сталног суда међународне правде о железничком саобраћају између Литваније и Пољске из 1931. године: *Cour permanente de justice internationale* (даље: CPJI), Série A/B, no 42, p. 116.

¹⁸ Б. Кривокапић, , op.cit, стр. 298.

Разликују се преговори на двостраној или вишестраној основи. Билатерални преговори као најпростији и најчешћи начин решавања спорова воде се само између две стране. Насупрот томе, мултилатерални преговори одвијају се између три или више страна од којих је свака непосредно уплетена у спор и има своје сопствене интересе и ставове. Они се могу водити на конгресима, конференцијама и другим међународним скуповима или у оквиру међународних организација. У последњем случају говори се о „колективним преговорима”¹⁹ чији је циљ да се у крилу организације изврши колективни притисак чланица ради прихватања или проналажења решења спора.

Преговори се могу предвидети као једино или само као једно од могућих средстава за мирно решавање спорова. Међународни уговори веома ретко предвиђају обавезу на преговоре као једини начин решавања спорова.²⁰ Много чешће се уговорима преговори предвиђају у комбинацији са другим дипломатским или судским средствима. Том приликом се странама у спору може препустити пуна слобода у избору појединих средстава или наметнути одређени редослед у њиховом коришћењу. У другом случају неки уговори обавезују стране да спор покушају да реше преговорима пре него што прибегну другим средствима. Обично се ради о комбинацији са арбитражом или Међународним судом правде при чему се приступање судским начинима условљава неуспехом у претходим преговорима.²¹

Наметање обавезе на преговарање пре обраћања арбитражи или међународним судовима покренуло је питање да ли се овај услов може сматрати правилом обичајног међународног права. Постоји чак мишљење да је претходно коришћење преговора процедурална претпоставка за судске начине решавања спорова на исти начин као и правило о исцрпљењу унутрашњих правних лекова. Највећи део доктрине, међутим, одбацује били какву аналогију између неуспешног окончања преговора и претходног исцрпљења правних средстава као услова допуштености обраћања међународном арбитражним и судским органима.²² По владајућем ставу обавеза на преговарање може да буде услов за приступање судском начину решавања спора само ако је предвиђена уговором. У недостатку такве уговорне одредбе према важећем међуна-

¹⁹ Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p. 14.

²⁰ V.Đ. Degan, op.cit, str. 710.

²¹ Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p. 11.

²² Ch. Rousseau, op.cit, p. 260.

родном праву преговори се могу одвијати паралелно са коришћењем судских средстава.²³

Међународно право не прописује процедуру нити обавезне фазе преговора. Препуштено је странама у спору да се договоре око тога како ће се процес преговарања одвијати и да ли ће и у којој мери бити у писменом или усменом облику. Преговори обично отпочињу саопштењем у коме спорна страна изјављује да постоји спор и позива другу страну да приступе његовом решавању на овај начин. Почетак преговора условљен је прихватањем те иницијативе од друге стране.²⁴ Ова страна може да одбије или игнорише предлог и тада нема никаквих преговора.

Већ само прихватање иницијативе представља постизање сагласности да спор постоји и да га треба решавати. Пре почетка преговора потребно је прецизирати предмет спора, односно оно о чему ће се преговарати, утврдити место, време почетка и трајање преговора, као и начин на који ће се преговарати. Спорне стране, такође, одлучују о степену јавности преговора. Они могу бити строго поверљиви и потпуно затворени или доступни јавности, али без саопштавања деликатних елемената. У сваком случају преговори се никада не одвијају у атмосфери потпуне јавности.²⁵

Спор се може окончати већ у овом, почетном стадијуму преговора, тј. приликом прихватања иницијативе, односно прве размене писаних докумената. Решавање спора може се наставити даљом разменом писама, уколико стране очекују да тим путем могу доћи до жељеног резултата. Могу стране, такође, убрзо, или после вишеструке размене писмених докумената, приступити организовању једног или више сусрета на највишем нивоу или дипломатских састанака.²⁶

Резултат преговора може бити или решење спора или констатација да је даље коришћење овог средства узалудно. Преговори се успешно завршавају усвајањем захтева супротне стране у спору или, пак, закључењем споразума. Уколико се преговори окончају неуспешно стране

²³ У пракси Међународног суда правде могу се, такође, наћи различити примери случајева у којима су се преговори и изношење спора на решавање пред Суд одвијали *pari passu* (видети случај *Aegean Sea Continental Shelf*, ICJ, Reports, 1980, p. 24). Овај Суд је сматрао да га чак ни активно преговарање у које су укључене обе стране не спречава да врши своју правосудну функцију према Статуту (видети случај *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, ICJ, Reports, 1984, p.440).

²⁴ *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, op.cit., pp. 10-11.

²⁵ Више о томе: Б. Кривокапић, op.cit, стр. 300-302.

²⁶ Б. Јанковић, З. Радивојевић, op.cit, стр. 434.

бирају неки други начин мирног решавања спорова.²⁷ Том приликом сви предлози које су стране изнеле током преговора у начелу их не обавезују.

Непосредни дипломатски преговори имају своје добре и лоше стране. Као њихова главна предност обично се наводи флексибилност која се огледа у могућности коришћења код свих врста спорова – политичких, правних или техничких. Уз то, преговори су потпуно у рукама страна у спору које их могу надзирати у свим фазама и водити их на начин који њима највише одговара. Исто тако, одсуство трећих субјеката и јавности оставља странама у спору могућност да буду до краја отворене у изношењу својих ставова и мотива и слободу да траже и прихвате компромисна решења. Томе треба додати да су преговори најбрже и најделотворније, а уједно и најчешће коришћено средство за решавање спорова од стране држава.²⁸

Основна слабост преговора огледа се у одсуству објективности пошто свака страна износи и брани своје сопствено виђење спора и оспорава туђе. Сем тога, техника преговарања је сувише једноставна, тако да је код сложенијих спорова немогуће до краја расветлити одређене чињенице.²⁹ Лоша страна преговора може да буде опасност да се стране у спору нагоде на рачун неког трећег због чега постигнуто решење у будућности може да постане извор неког новог спора. С друге стране, будући да се одвијају између самих страна у спору и без увида јавности, преговори се могу претворити у дипломатско ценкање и наметање воље јаче државе супротној страни путем различитих средстава притисака.³⁰ У том случају преговори неће значити коначни разрешење спора, већ само одлагање решења за неко касније време.

3. Дипломатски начини уз учешће трећег субјекта

3.1. Добре услуге и посредовање

Добре услуге и посредовање су начини мирног решавања спорова дипломатским путем чији је однос различито регулисан у позитивном међународном праву. У неким међународним уговорима они су

²⁷ Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p. 21.

²⁸ С. Аврамов, М. Крећа, op.cit, стр. 551; Б. Кривокапић, op.cit, стр. 302-303; Ch. Rousseau, op.cit, p. 259.

²⁹ С. Аврамов, op.cit, стр. 340.

³⁰ V.Đ. Degan, op.cit, str. 711; Б. Јанковић, З. Радивојевић, op.cit, стр. 434.

предвиђени као јединствено средство за решавање спорова у којима учествује трећи субјект.³¹ Насупрот томе, други међународни акти третирају добре услуге и посредовање као самосталне облике решавања међународних спорова.³² Коначно, постоје међународни инструменти који познају само посредовање као начин решавања спорова.³³

Разлике у схватању односа између добрих услуга и посредовања нису мимоишле ни доктрину међународног права. Извесни аутори, нарочито старији писци међународног права, уочавају јасну разлику између посредовања и добрих услуга. По њима, добре услуге би се сматрале скупом разних корака трећих субјеката у циљу омогућавања преговора између страна у спору, док би се посредовање састојало у непосредном вођењу преговора на бази посредничких предлога.³⁴ Други аутори, пак, тврде да се ова разлика током праксе изгубила тако да су се данас добре услуге потпуно утопиле у појам посредовања. Зато се треба говорити само о посредовању као јединственом средству решавања спорова уз учешће трећег.³⁵

На граници између ових супротстављених гледишта стоје писци чији је став компромисан. Они сматрају да добре услуге и посредовање, упркос међусобном преплитању и поклапању до кога често долази у пракси, постоје и даље у међународном праву као два самостална и различита облика мирног решавања спорова дипломатским путем. Разлика између њих није суштинске природе, већ се огледа само у интензитету и степену утицаја трећег субјекта у поступку решавања спора.³⁶ Стога је чини се најисправније добре услуге и посредовање посматрати као две у начелу различите, али у пракси међусобно повезане и испреплетене фазе јединственог поступка мирног решавања спорова дипломатским путем.

³¹ Тако Хашка конвенција о мирном решавању спорова од 1907. године у чл.2 и 3 добре услуге и посредовање помиње увек заједно не правећи никакву разлику између њих.

³² То је, рецимо, случај са чл. IX-XIV Међуамеричког уговора о мирном решавању спорова из 1948. године (Боготски пакт) и Декларацијом из Маниле о мирном решавању међународних спорова од 1982. године који их наводе као два посебна и различита дипломатска средства.

³³ Као пример се може навести Повеља УН која у чл. 33 изричито не помиње добре услуге међу средствима за мирно решавање спорова.

³⁴ Б. Јанковић, З. Радивојевић, *op.cit.*, стр. 435.

³⁵ J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas, *Međunarodno pravo*, 3 dio, Zagreb, 2006, str. 11.

³⁶ С. Аврамов, М. Крећа, *op.cit.*, стр.552; N.Q. Dinh, P. Dailler, A. Pellet, *op.cit.*, p. 833; Б. Кривокапић, *op.cit.*, стр. 317; Ch. Rousseau, *op.cit.*, p. 261.

Добре услуге (енгл. *good offices*; фр. *bons offices*) састоје се у настојању једног или више трећих субјеката који нису умешани у спор да доведу у везу спорне стране како би им омогућили да саме између себе пронађу решење спора. Из овога произилази да се добрим услугама прибегава када стране у спору немају никакав контакт или када неки односи између њих постоје, али нису у стању да се саме договоре о начину мирног решења спора коме ће прибећи.³⁷ У првом случају трећи субјект има само улогу преносиоца порука или канала преко кога ће спорне стране комуницирати. Кад је реч о другој ситуацији, интервенција трећег се састоји у покушају да се стране у спору наведу да започну и наставе непосредне преговоре или да се сагласе о неком другом дипломатском и судском средству за решавање спора.

Појам добрих услуга се у пракси понекад користи веома широко у смислу било које акције и интервенције трећег субјекта, па и у случају када спор уопште и не постоји.³⁸ С друге стране, добре услуге се могу појавити у различитим ситуацијама изван оквира мирног решавања спорова. Поменута Хашка конвенција из 1907. године предвиђа право страна изван спора да понуде вршење добрих услуга чак и у току непријатељства,³⁹ односно за време трајања оружаног сукоба.

Основно обележје добрих услуга је да трећи субјект сам не учествује у решењу спора.⁴⁰ Његова улога није да улази у суштину спора нити да се се изјашњава по питању његовог предмета. Субјект који врши добре услуге, дакле, не износи сопствене предлоге за решење спора нити доноси било какве одлуке од значаја за даљу процедуру. То значи да он нема активну улогу у решавању спора, већ се дејство добрих услуга своди само на наговарање и преношење предлога страна у спору.

Добре услуге као дипломатско средство уз учешће трећег одликује добровољност и правна допуштеност.⁴¹ Њихов факултативни карактер огледа се како у погледу субјекта који их врши, тако и у односу на саме стране у спору. Трећи субјект потпуно слободно одлучује о томе да ли ће спорним странама понудити своје добре услуге. То је његово дискреционо право, а не и правна обавеза. Изузетно, постоји могућност да се уговорним путем унапред установи дужност трећег да пружи своје

³⁷ В. Димитријевић, О. Рачић и др., *op.cit.*, стр. 247.

³⁸ С. Аврамов, *op.cit.*, стр. 340.

³⁹ Чл. 3 Хашке конвенције.

⁴⁰ С. Аврамов, М. Крећа, *op.cit.*, стр. 553.

⁴¹ Ch. Rousseau, *op.cit.*, p. 262.

добре услуге.⁴² Стране у спору, такође, добровољно пристају на добре услуге трећег. Њихова сагласност је *conditio sine qua non* за вршење добрих услуга. Оне се, дакле, не могу наметнути нити су спорне стране у обавези да их прихвате. Међутим, спорне стране могу уговором, на основу одлуке међународних организација или судском пресудом унапред да прихвате добре услуге трећег.

Са становишта међународног права нуђење добрих услуга смата се допуштеним средством за мирно решење спора. У том смислу Хашка конвенција од 1907. године изреком утврђује да право трећег да понуди добре услуге ниједна од страна у спору не сме да узме као акт који није пријатељски (енг. *unfriendly act*).⁴³

Из оваквог карактера јасно произилази да до добрих услуга може да дође било на позив једне или обе стране у спору или на основу иницијативе трећег субјекта. У улози онога који врши добре услуге најчешће се појављује једна или већи број држава, али и различите међународне организације или њихови органи (нпр. Генерална скупштина или Савет безбедности УН). Функција вршења добрих услуга може се поверити неким истакнутим појединцима, као што су политичари (рецимо, шефови држава или влада, министри, дипломатски представници), научници, јавни радници или часници међународних организација (нпр. генерални секретар УН).⁴⁴

Добре услуге престају на различите начине у зависности од сврхе и исхода коришћења овог дипломатског средства. Када је циљ добрих услуга да се стране у спору доведу за преговарачки сто, почетак непосредних преговора између њих истовремено означава завршетак ангажовања трећег субјекта. Међутим, постоји могућност да уз сагласност страна у спору овај субјект присуствује преговорима.⁴⁵ Уколико је сврха ангажовања трећег субјекта само преношење порука, добре услуге престају прекидом сваке комуникације између страна у спору.⁴⁶ То ипак не мора да значи коначан крај добрих услуга, јер се ангажовање трећег у улози курира може уз пристанак спорних страна обновити.

⁴² Тако Женевске конвенције из 1949. године о заштити жртава рата у чл. 11 предвиђају да ће у случају спора око тумачења њихових одредби силе заштитнице понудити своје добре услуге у циљу решења спора.

⁴³ Чл. 3 Хашке конвенције.

⁴⁴ Више о томе: Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., pp. 36-39.

⁴⁵ Чл. X Међуамеричког уговора о мирном решавању спорова из 1948. године.

⁴⁶ С. Аврамов, М. Крећа, op.cit, стр. 553.

Посредовање (медијација) представља помоћ странама у спору у облику предлога и савета учињених од стране трећег субјекта (посредник) ради приближавања њихових ставова, а у циљу постизања мирног решења спора. Задатак посредника се састоји у помирењу супротстављених захтева и ублажавању осећања озлојеђености које може да се јави код страна у спору.⁴⁷ Према Хашкој конвенцији из 1907. године сврха прибегавања посредовању је да се спречи прекид мирољубивих односа.⁴⁸ Отуда се сматра да посредовање има значајну превентивну функцију током трајања међународних спорова. Међутим, до посредовања може доћи и за време оружаног сукоба, док непријатељства још трају, а ради њиховог окончања.⁴⁹

Код посредовања учешће трећег субјекта много је израженије и креативније у поређењу са добрим услугама.⁵⁰ Његово активна улога подразумева пре свега изношење сопствених савета, предлога, сугестија или примедби странама у спору. Ако оне не прихвате првобитни предлог, посредник може да им понуди више алтернативних или сукцесивних предлога све док се не пронађе обострано прихватљиво решење.⁵¹ Уз то, посредник сам улази у предмет спора и непосредно учествује у преговорима.

Посредовање одликује факултативни и саветодавни карактер.⁵² Субјект који није уплетен у спор не може да буде натеран нити прунуђен да понуди или обавља улогу посредника. То је, дакле, његово право чије се вршење, према изричитој одредби поменуте Хашке конвенције, не сматра непријатељским актом.

Кад је реч о спорним странама, њихов пристанак је увек неопходан услов за посредовање. Обострана сагласност потребна је како за прибегавање коришћењу овог средства, тако и током читавог његовог трајања. Наиме, посредовање не може ни започети ако га макар једна страна одбије. У току обављања своје мисије посредник мора стално уживати поверење обе стране у спору. Чим једна страна ускрати свој пристанак његов задатак постаје немогућ.⁵³

⁴⁷ Чл. 4 Хашких конвенција о мирном решавању из 1899. и 1907. године.

⁴⁸ Чл. 8 Хашких конвенција.

⁴⁹ На пример, посредовање председника САД Рузвелта у руско-јапанском рату је довело до Портсмудског мира 1905. године (видети: Б. Јанковић, З. Радивојевић, *op.cit.*, стр. 435).

⁵⁰ Б. Кривокапић, *op.cit.*, стр. 322.

⁵¹ V.Đ. Degan, *op.cit.*, стр. 712.

⁵² Ch. Rousseau, *op.cit.*, р. 266.

⁵³ V.Đ. Degan, *op.cit.*, стр. 712.

Посредовање као дипломатски начин решавања спорова не сме да пређе саветодавни оквир. Сви предлози дати од посредника имају искључиво карактер савета, а никад обавезну снагу.⁵⁴ Будући да је улога посредника само саветодавна, а његове препоруке нису обавезујуће за стране у спору, коначно решење спора остаје искључиво у њиховој надлежности.

Посредовање може бити тражено или понуђено. До посредовања долази на захтев обе стране у спору или само једне од њих. Посредовање се изузетно може предвидати и као дужност на основу међународног уговора.⁵⁵ Понуда за посредовање може, пак, да потекне од једног или више трећих субјеката. У зависности од тога разликује се индивидуално и колективно посредовање.⁵⁶ Хашка конвенција предвиђа и врсту посебног (билатералног) посредовања код кога спорне стране именују по једну државу ван спора, за задатком да оне уместо стране у спору воде преговоре, док оне за то време не одржавају везе о спорном предмету. Предвиђен је и мандат од тридесет дана, уколико се другачије не утврди.⁵⁷

Као посредници могу се појавити треће државе, међународне организације или појединци који уживају поверење обе стране у спору. Постоји могућност да истовремено или сукцесивно посредује више субјеката или да посредовање буде преузето од стране неког колективног тела.⁵⁸ У новије време улогу посредника често преузимају универзалне и регионалне међународне организације.⁵⁹ Према Повељи Уједињених нација, Савет безбедности је надлежан да понуди и да

⁵⁴ Чл. 6 Хашке конвенције из 1907. године.

⁵⁵ Тако је чл. 8 Париског уговора о миру из 1856. године, у случају спора између Турске, с једне стране, и потписница овог уговора с друге стране, била предвиђена обавеза уговорница да пре него што прибегну сили, затраже посредовање осталих сила потписница.

⁵⁶ N.Q. Dinh, P. Dailler, A. Pellet, *op.cit.*, p. 834.

⁵⁷ Чл. 8 Хашке конвенције.

⁵⁸ Понекад су ради посредовања сазивани посебни конгреси или међународне конференције (на пример, конгреси у Минстеру и Оснабрику ради закључена Вестфалског мира 1648. или Берлински конгрес 1878. године).

⁵⁹ Већ је Друштво народа разрадило систем посредовања на тај начин што је ова међународна организација стављена у посредничку службу у случају међународног спора. Према чл. 11 Пакта сваки рат или претња ратом тиче се целог Друштва народа, и зато је оно „дужно предузети подесне мере за успешно одржање мира међу народима“. Истом одредбом предвиђено је пријатељско право сваког члана ове организације да Скупштини или Савету скрене пажњу на било коју околност која прети да поремети међународни мир. На основу чл. 15 Пакта у таквим ситуацијама је на иницијативу државе чланице посредовао Савет Друштва народа.

затражи посредовање у међународном спору. Посредничка мисија може се поверити и генералном секретару Уједињених нација. Са своје стране Генерална скупштина је 1950. године образовала сталну комисију којом се државе могу користити у случају да им ово средство може корисно послужити у решавању њихових спорова.⁶⁰ Функцију посредника у савременим условима често врше и регионалне организације (као нпр. Организација америчких држава, Афричка унија, Савет Европе, ОЕБС, Европска унија, Арапска лига, АСЕАН), али и неке међународне невладине организације (на пример, Међународни комитет Црвеног крста).⁶¹

Посредовање се може јавити самостално или у комбинацији са другим начинима решавања спорова. У овом последњем случају прибегавање посредовању је предуслов за коришћење других средстава. Најчешће се ради о комбинацији са арбитражом или међународним судовима, тако да обраћање овим телима није могуће пре него што је покушано посредовање.⁶² У сваком случају посредовање је окончано када једна од страна у спору или сам посредник саопшти да начини за решење које је предложио нису прихваћени.⁶³

3.2. Анкета

Као дипломатски начин решавања спорова уз учешће трећег субјекта анкета (истрага; енгл. *inquiry*; фр. *enquête*) се састоји у објективном утврђивању чињеничног стања на коме почива међународни спор. Потреба за анкетом постоји онда када између страна у спору не постоји сагласност око чињеница које су довеле до спора или су од значаја за његово решавање.⁶⁴ У том случају трећи субјект има задатак да на савестан и непристрасан начин испита и расветли спорне чињенице, као и да о њима спорним странама поднесе извештај.

У међународном праву анкета се може појавити у двострукој улози: као самостално дипломатско средство или само као део поступка код других начина решавања спорова. У првом случају она сама по себи непосредно доводи до окончања међународног спора.⁶⁵ У пракси се, међутим, ретко догађа да се само на основу извештаја трећег реши постојећи спор.

⁶⁰ Б. Јанковић, З. Радивојевић, *op.cit.*, стр. 436.

⁶¹ За примере видети: Б. Кривокапић, *op.cit.*, стр. 324-325.

⁶² Б. Кривокапић, *op.cit.*, стр. 328.

⁶³ Чл. 5 Хашке конвенције од 1907. године.

⁶⁴ J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas, *op.cit.*, стр. 14.

⁶⁵ Б. Кривокапић, *op.cit.*, стр. 304-305.

Тачно и истинито утврђивање чињеница се много чешће појављује као једна од претходних фаза у коначном решавању спорова на начин о коме су се стране већ споразумеле. Тада је анкета само део поступка и конститутивни елемент другог дипломатског или судског средства мирног решавања. Она у ствари представља предуслов за решење спора путем мирења, арбитраже или пред политичким и правосудним органима међународних организација.⁶⁶

Као посебно и самостално средство решавања међународних спорова анкета је установа новијег времена. Њено порекло везује се за Прву хашку мировну конференцију из 1899. године када је на предлог Русије усвојена Конвенција о мирном решавању спорова. Ова Конвенција имала је шест чланова који су се тицали анкетних комисија. Друга Хашка конференција одржана 1907. године посветила је анкети као начину решавања спорова значајно већу пажњу. У новој Конвенцији о мирном решавању спорова анкетне комисије регулисане су члановима од 9 до 36. У њима је веома детаљно уређен широк круг питања, почевши од закључења посебног уговора за сваки спор, преко начина именовања анкетних комисија, па све до различитих правила поступка по којем оне треба да раде. Ове одредбе Хашке конвенције од 1907. године представљају до сада најпотпунији пропис о међународној анкети.⁶⁷

После Другог светског рата ова установа нашла је своје место у систему Уједињених нација. Повеља УН изричито помиње анкету као један од мирних начина решавања спорова (чл.33) и овлашћује Савет безбедности (чл.36) и Генералну скупштину (чл.14) да странама у спору препоруче њено коришћење. Употреба анкете као превентивног средства предвиђена је и чл. 34 Повеље у циљу утврђивања чињеница чије би постојање могло да угрози међународни мир и безбедност.⁶⁸

⁶⁶ Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p. 24.

⁶⁷ Након завршетка Првог светског рата закључен је одређени број вишестраних и двостраних уговора који су предвиђали анкету као посебан поступак решавања спорова. Међу њима свакако најважније место има Пакт Друштва народа који у чл. 15, став 1 прописује да уколико је изнет спор који може да доведе до прекида односа између држава чланица генерални секретар предузима све неопходне мере ради анкете и његовог потпуног испитивања. У неколико случајева анкетне комисије користило и само Друштво народа (на пример, спорови у вези са Аландским стрвима, вилајетом Мосул и Манџуријским инцидентом).

⁶⁸ Уједињене нације су се у више наврата користиле овим средством у случајевима Грчке, Палестине, Индонезије, Кореје, Мађарске, Ирака и Ирана, Либана, Западне Сахаре, Либерије, Сомалије, Судана, Сијера Леонеа итд. Значај анкете за решавање, али и спречавање међународних спорова Генерална скупштина је наглашавала у више наврата својим резолуцијама. Тако је на њен позив, а на основу предлога држава

Анкетне комисије могу да образују други помоћни органи ОУН (на пример, Савет за људска права) али и специјализоване агенције или универзалне организације повезане са Уједињеним нацијама.⁶⁹ Посебне анкетне комисије данас користе многе регионалне организације, међу којима су Савет Европе, Европска уније, ОЕБС, Организација америчких држава и Афричка унија.⁷⁰ Установа анкете нашла је своју примену и у области међународног хуманитарног права. Допунски протокол уз Женевске конвенције о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године предвиђа оснивање међународне комисије за утврђивање чињеничног стања чији је задатак да истражи наводне тешке повреде Женевских конвенција и самог Протокола.⁷¹

Анкета може бити поверена појединцу или колегијалном органу. Слуцајеви инокосне анкете релативно су ретки у међународној пракси.⁷² У савременим условима анкета се скоро без изузетака поверава колективном органу који се обично назива комисија. Разликују се *ad hoc* и сталне анкетне комисије. Прва врста везана је за конкретан случај и

чланица, генерални секретар 1968. године саставио списак стручњака на правном и другим пољима којима би се државе у спору могле споразумно користити ради утврђивања чињеница. У том погледу важна је и Декларација о утврђивању чињеница (енгл. *fact-finding*) од стране Уједињених нација на пољу одржавања међународног мира и безбедности коју је 1991. године усвојила Генерална скупштина. Она се бави утврђивањем чињеница од стране три главна органа УН – Генералне скупштине, Савета безбедности и генералног секретара – у оквиру њихових одговорности за очување мира и безбедности. Посебна улога дата је секретару који, када постоји спор или ситуација, може по сопственој иницијативи или на захтев заинтересованих држава да именује појединце или установљава мисије за обављање анкете (више о томе: J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas, op.cit., str. 16-17).

⁶⁹ Тако Устав Међународне организације рада (чл. 24-30) предвиђа оснивање анкетних комисија ради утврђивања наведеног кршења обавеза из конвенција усвојених у оквиру ове организације. Поред ове специјализоване агенције, разне врсте анкета спроводиле су и Међународна организација за цивилно ваздухопловство, Међународна агенција за атомску енергију и Групација светске банке.

⁷⁰ Више о томе: Б. Кривокапић, op.cit, стр. 314-315.

⁷¹ У исто време, ова комисија овлашћена је да путем својих добрих услуга олакша поштовање наведених уговора о заштити жртава рата. Због овакве двоструке надлежности, комисија у извештају који подноси странама у сукобу даје не само свој налаз о чињеницама, већ и препоруке које сматра погодним за успостављање поштовања међународног хуманитарног права (чл. 90 Допунског протокола).

⁷² Тај задатак се углавном поверава неком непристрасном лицу из треће државе које ужива поверење обе стране у спору. Међутим, стране могу овластити инокосни орган међународне организације (на пример, шефа администрације УН или специјализоване агенције) да именује свог специјалног представника или извештача који ће спровести анкету.

има привремени карактер. Њен је задатак да испита чињенично стање у неком већ постојећем спору и функција јој се окончава подношењем извештаја спорним странама. Сталне анкетне комисије се, пак, формирају унапред ради испитивања чињеничног стања у неком спору који се евентуално може појавити у будућности⁷³.

Анкетне комисије се у сваком случају образују на основу посебног споразума закљученог између спорних страна. У новије време анкетне комисије могу да се формирају одлуком органа међународне организације. Споразумом страна у спору или одлуком међународне организације ближе се одређује састав анкетне комисије. Комисије које формирају државе обично су састављене од 3 или 5 чланова при чему поред подједнаког броја представника страна у спору у њихов састав улазе држављани трећих држава или представници неке међународне организације. Пракса је да свака страна именује по једног представника којима се додају још један или три неутрална члана о којима су се стране споразумеле.⁷⁴

Изузетак представљају анкетне комисије формиране на паритетној основи које су састављене од истог броја представника држава у спору. Такве мешовите комисије обично предвиђају билатерални уговори у случају граничних инцидента. У њиховом саставу, дакле, нема држављана трећих, непристрасних држава или организација.⁷⁵ Насупрот томе, органи међународних организација образују анкетне комисије у потпуно неутралном саставу, тј. искључиво од представника трећих страна изван спора.⁷⁶

Актом о установљењу анкетне комисије одређује се начин и време њеног конституисања, чињенице које треба да се утврде, као и обим овлашћења комисије. Поред тога, овим актом се могу прецизирати друга питања у вези са радом комисије, као што су њено седиште, однос са другим органима, статус чланова комисије, језик који ће се користити, рок за подношење извештаја и слично. Стране могу саме прописати поступак или препустити комисији да сама уреди начин свог поступања. У недостатку посебних правила о поступку могу се применити прописи садржани у Хашким конвенцијама из 1899. и 1907. године.

Стране су овлашћене да постављају заступнике (агенте) који их представљају пред комисијом. Оне су, такође, овлашћене да именују своје

⁷³ Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, op.cit., p. 27.

⁷⁴ Видети чл. 11-32 Хашке конвенције о мирном решавању спорова од 1907. године.

⁷⁵ V.Đ. Degan, op.cit, str. 715-716.

⁷⁶ Видети: Б. Кривокапић, op.cit, стр. 307.

саветнике и адвокате који ће изнети случај пред комисију и штитити њихове интересе.⁷⁷ Комисија има право да уз пристанак страна обави увиђај на месту који одреди и да тамо упути једног или више својих чланова.⁷⁸ Сваком увиђају треба да присуствују заступници и саветници страна или да бар буду обавештени и позвани.⁷⁹

Комисија је овлашћена да тражи од обе стране сва објашњења или информације које сматра потребним. Стране су дужне да предоче комисији сва средства неопходна за потпуно сагледавање и тачно утврђивање чињеница.

Усмена фаза поступка је обавезна и састоји се у саслушању сведока и вештака. Испитивањем сведока руководи председник комисије, док њени чланови могу да им постављају питања. Заступници и саветници не смеју да прекидају сведока док даје изјаву. Они, такође, не смеју постављати питања директно сведоку, већ то могу чинити само преко председника. Током или на крају усменог поступка заступници страна су овлашћени да поднесу у писаном облику комисији и другој страни изјаве, захтеве или сажетке чињеница које сматрају релевантним за утврђивање истине⁸⁰.

После спроведеног усменог поступка комисија се повлачи на одлучивање и израду извештаја. Седнице су затворене за јавност уз гаранцију тајности поступка. Извештај потписују сви чланови комисије. Уколико неки члан одбије да стави свој потпис то се само констатује, али се тиме не доводи у питање ваљаност самог извештаја. Извештај се чита на јавној седници у присуству заступника и саветника страна. Међутим, постоји могућност да се он не објави. Свака страна сноси своје трошкове поступка и половину трошкова комисије⁸¹.

Извештај комисије ограничен је на утврђивање чињеница и нема значај арбитражне пресуде. Он не обавезује стране у спору чак ни у погледу чињеница, осим ако се оне другачије не споразумеју. Странама је, дакле, препуштено да чињеницама дају значај какав желе и остављена слобода да саме изведу закључке из извештаја и наставе са тражењем решења спора на други начин⁸².

⁷⁷ Чл. 14 Хашке конвенције из 1907. године.

⁷⁸ Чл. 20 Хашке конвенције.

⁷⁹ Чл. 21 Хашке конвенције.

⁸⁰ Чл. 23-25 Хашке конвенције.

⁸¹ Чл. 30 Хашке конвенције.

⁸² Видети: Р. Етински, С. Ђајић, *op.cit.*, стр. 286.

3.3. Мирење

Мирење (концилијација) је поступак у коме се спор које су стране изнеле пред трећег свестрано испитује у циљу измирења њихових супротних ставова. Задатак овог дипломатског средства је да се спор размотри са чињеничне, правне и политичке стране,⁸³ да се прикупе сва потребна обавештења и да се на основу предлога и извештаја трећег субјекта стране наведу на узајамно прихватљиво решење спора.⁸⁴

Функција мирења може се поверити појединцу или колективном телу⁸⁵ које ужива поверење обе стране. Правило је да се мирење врши путем комисија састављених од већег броја стручњака или угледних личности које споразумно именују спорне стране. Комисија за мирење може бити *ad hoc* или стална у зависности од тога да ли је формирана само за већ постојећи спор или створена за будуће спорове.⁸⁶

Без обзира на то што се упушта у разматрање правне стране спора, комисија за мирење није у обавези да примењује право. За мирење није битно да предложено решење спора буде донето на основу постојећег права, нити да је строго у складу са међународним правом. Оно може, без посебног и изричитог пристанка страна у спору, уважавати начело правичности или разлоге политичког опортунитета. То не значи да комисија за мирење неће настојати да предложи правно утемељено решење спора, али је исто тако она овлашћена да у случају када у међународном праву не постоје одговарајућа правила, свој предлог заснује на правичности или разлозима политичке природе.⁸⁷

У поређењу са другим дипломатским средствима мирење је настало релативно касно и то почетком XX века.⁸⁸ Због тога су у њему садржани елементи неких до тада већ познатих начина решавања спорова, као

⁸³ В. Димитријевић, О. Рачић и др., *op.cit.*, стр. 247.

⁸⁴ Чл. 15, став 1 Генералног акта о мирном решавању међународних спорова од 1949. године.

⁸⁵ Б. Јанковић, З. Радивојевић, *op.cit.*, стр. 436.

⁸⁶ Б. Кривокапић, *op.cit.*, стр. 329.

⁸⁷ Веома ретко се догађа да стране у спору изричито пропишу да комисија за мирење мора наћи решење спора у складу са међународним правом. У том погледу пажњу заслужује одредба чл. 24 Конвенције о мирењу и арбитражи усвојене у оквиру ОЕБС-а 1992. године која предвиђа да се циљ мирења састоји у помагању странама у спору да нађу решење у складу са међународним правом. Више о томе: З. Радивојевић, Мирење и арбитража *ex aequo et bono*, Југословенска ревија за међународно право, 1996, бр. 1-2, стр. 352.

⁸⁸ Ch. Rousseau, *op.cit.*, p. 286.

што су посредовање или анкета. Сличности мирења са посредовањем огледају се у томе што трећи субјект у оба случаја настоји да својим саветима и предлозима наведе стране у спору да саме или заједно са њим пронађу обострано прихватљиво решење спора. Уз то, прелози трећег нису обавезујући и могу се сукцесивно износити странама⁸⁹ уколико претходни не би довео до успеха. Коначно, предлози решења спора не морају се заснивати на примени права, већ трећи предлаже оно решење које сматра прихватљивим за обе стране.⁹⁰

Па ипак, између мирења и посредовања постоји неколико битних разлика. Док се посредовање може нудити самоиницијативно и без посебног позива једне стране, поступак мирења покреће се само на захтев страна у спору. Код мирења улога трећег субјекта је знатно активнија у поређењу са обичним посредником, јер он има много више простора да нуди готова решења.⁹¹ При посредовању појављују се обично треће државе, тј. државни органи или представници међународних организација који учествују у решавању спорова на основу ауторитета власти. Насупрот томе, правило је да мирење спороводе комисије састављене од више лица изабраних првенствено на основу својих моралних и стручних квалитета. Међутим, и при посредовању и код мирења може бити ангажован и појединац. У том случају остаје следећа разлика: мирење је одређен поступак за разматрање фактичке и правне стране спора, док је посредовање низ савета и услуга које се чине спорним странама.⁹²

С друге стране, постоје одређене сличности између мирења и анкете. Основна се огледа у томе што испитивање чињеница као основни задатак анкете представља истовремено саставни део поступка мирења.⁹³ Међутим, мирење се не ограничава на утврђивање чињеница, већ иде даље и упушта се у правна и политичка питања везана за суштину спора. Оно се завршава извештајем у коме се не само констатује утврђено чињенично стање, већ се нуди решење које би помирило супротстављене ставове спорних страна. Отуда се суштинска разлика између анкете и мирења састоји у томе што анкетне комисије утврђују само чињенично стање, а мирење је поступак у коме се размата фактичка, правна и политичка страна спора и предлаже његово коначно решење.⁹⁴

⁸⁹ С. Аврамов, *op.cit*, стр. 341.

⁹⁰ V.Đ. Degan, *op.cit*, str. 716.

⁹¹ Б. Кривокапић, *op.cit*, стр. 330.

⁹² Б. Јанковић, З. Радивојевић, *op.cit*, стр. 436.

⁹³ С. Аврамов, М. Крећа, *op.cit*, стр. 560.

⁹⁴ Б.Јанковић, З.Радивојевић, *op.cit*, стр. 436.

Историјски посматрано, мирење је проистекло из праксе међународних анкетних комисија. Почетак мирења као средства за мирно решавање спорова обично се везује за Брајанове уговоре које су САД почеле да склапају од 1913. године. У тим двостраним уговорима било је предвиђено формирање сталних комисија са задатком да у року од годину дана поднесу извештај у коме ће не само утврдити чињенично стање, већ и предложити могуће решење спора.⁹⁵

Мирење је било нарочито заступљено у пракси између два светска рата. До почетка Другог светског рата закључено је више од 200 уговора о мирењу и основано преко сто комисија за мирење. У међуратном раздобљу нарочити значај у погледу мирења имао је Генерални акт о мирном решавању међународних спорова усвојен у Женеви 1928. године (ревидиран резолуцијом Генералне скупштине 1949. године). Према овом вишестраном уговору универзалног карактера сви спорови између држава уговорница који нису могли да буду решени дипломатским путем треба да буду подвргнути поступку пред сталним или посебним комисијама за мирење.⁹⁶

После Другог светског рата закључен је велики број међународних уговора који наводе мирење као начин решавања спорова. Оно је, између осталог, предвиђено као дипломатско средство решавања међународних спорова самом Повељом УН (чл.33). Одредбе о мирењу садржи низ универзалних међународних уговора из области људских права, као и конвенција којима се кодификују различити делови међународног права.⁹⁷

⁹⁵ J. Andrassy, B. Bakotić, M. Seršić, B. Vukas, op.cit., str. 18.

⁹⁶ Коришење самог поступка мирења различито је регулисано зависно од врсте спора. Мирење је у начелу метод решавања свих спорова, осим ако су стране прихватиле надлежност Међународног суда правде за спорове који се тичу права. Практично то значи да код правних спорова мирење представља факултативни начин решавања, јер се на захтев само једне стране спор може изнети пред Међународни суд. Уколико, пак, мирење коме су стране претходно на добровољној основи прибегле не успе, спорови правне природе се износе пред Међународни суд правде, осим ако се стране не споразумеју да их повере арбитражи. С друге стране, код политичких или неправних спорова мирење је обавезно и представља претходну фазу решавања, а тек у случају његовог неуспеха долази у обзир арбитража; више о томе: З. Радивојевић, op.cit., стр. 347.

⁹⁷ Као најважније могу се навести Конвенција о укидању свих облика дискриминације (1965.), Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966.), Бечка конвенција о уговорном праву (1969.), Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са универзалним међународним организацијама (1975.), Бечка конвенција о сукцесији држава у погледу међународних уговора (1978.), Конвенција о праву мора (1982.), Бечка конвенција о сукцесији држава у погледу државне имовине,

Међу овим уговорима релативно су ретки они који установљавају мирeње као самостални и једини начин решавања спорова. Знатно чешће мирeње се појављује у комбинацији са арбитражом или другим судским начинима решавања спорова, било као претходни поступак било алтернативно. У том погледу може се издвојити неколико основних типова уговора. За први је карактеристично да мирeње представља обавезну фазу решавања свих спорова која претходи арбитражи или суђењу. Други тип чине уговори у којима су ова средства предвиђена паралелно: мирeњем се решавају политички спорови, док се путем арбитраже или судског поступка решавају правни спорови. Најзад, постоје уговори који комбинују претходна два модела тако што поред мирeња као претходне фазе решавања свих спорова и арбитраже којој се прибегава у случају неуспеха мирeња, укључују могућност решавања спорова пред међународним судовима.⁹⁸

Комисије за мирeње образују се споразумом страна у спору. Обично су састављене од непарног броја чланова, најчешће од три или пет лица. Свака страна у спору именује по једног или два члана, а преостале бирају споразумно саме стране или именовани чланови. Уколико не могу да се сагласе око избора трећег или петог члана, који иначе врши функцију председника, превиђају се алтернативни начини именовања.⁹⁹ Стране у спору споразумом уређују и друга питања везана за рад комисије, као што су њено седиште, јавност рада, језик на коме се води поступак, трошкове и остала правила процедуре. Због различитих уговорних решења, данас се тешко може говорити о јединственом и једобразном режиму поступка мирeња. Па ипак, у пракси се као модел

архива и дуговова (1983.), Бечка конвенција о заштити озонског омотача (1985.) и Бечка конвенција о праву уговора међународних организација (1986.). На регионалном плану мирeње је предвиђено уговорима усвојеним у оквиру Савета Европе (Европска конвенција о мирном решавању спорова из 1957. године), Организације америчких држава (Амерички уговор о мирном решавању – тзв. Богота пакт од 1948. године), Афричке уније (Протокол некадашње Организације афричког јединства о комисији за посредовање, мирeње и арбитражу из 1964; измењена 1970. године) и ОЕБС-а (Конвенција о мирeњу и арбитражи од 1992. године).

⁹⁸ Више о томе: Ch. Rousseau, *op.cit.*, pp. 287-288.

⁹⁹ Тако, на пример, избор недостајућег члана комисије може се поверити шефу неке треће државе, међународном органу или неком међународном функционеру (генерални секретар УН, председник Међународног суда правде). Неким уговорима предвиђено је да се унапред састави листа измиритеља од квалификованих личности са које стране у спору могу бирати чланове комисије. У сваком случају чланови комисије нису званични представници страна у спору и не могу од њих тражити нити примати никаква упутства или савете.

за мирeње често користе правила о анкети и арбитражи садржана у Хашким конвенцијама о мирном решавању спорова.¹⁰⁰

Поступак пред комисијом се покреће тако што стране заједнички износе спор формулишући захтеве о којима треба да одлучи комисија или то чини једнострано свака од њих понаособ. Стране у поступку именују своје заступнике (агенте), адвокате и саветнике. Поступак се обично састоји од писмене и усмене фазе. Поступак је често неформалан и може да остане затворен за јавност у свим фазама. Комисија одлучује већином гласова својих чланова, а чланови који остану у мањини не могу издвојити своје мишљење. Поступак се завршава усвајањем и подношењем извештаја који садржи предлог решења спора.¹⁰¹ Врло често се унапред предвиђа рок у коме комисија за мирeње мора да изрази извештај и понуди свој коначни предлог.¹⁰²

За мирeње је карактеристично претходно необавезивање страна на предложено решење. Правило је, дакле, да се стране у спору унапред не обавезују на усвајање предлога за решење спора. Извештај комисије за мирeње нема карактер арбитражне пресуде, већ је како у погледу чињеница, тако и у односу на правна питања само препорука стављена странама на располагање у циљу олакшавања споразумног решења спора.¹⁰³

Наведена линија разликовања између мирeња и арбитраже понекад се губи у пракси. Наиме, у неким мултилатералним уговорима мирeње се до те мере приближава арбитражи да их је тешко одвојити на основу критеријума обавезности решења спора. У том погледу може се разликовати неколико основних типова уговорних решења.

За први је карактеристично да се стране уговорнице унапред обавезују да ће извештај комисије за мирeње сматрати коначним, чак и обавезним за евентуалне будуће спорове.¹⁰⁴ Према другом типу уговора извештај

¹⁰⁰ Ch. Rousseau, *op.cit.*, p. 290.

¹⁰¹ Видети: United Nations, Draft Rules for Conciliation of Disputes between States, November 28, 1990, *International Legal Materials*, 1991, Vol. XXX, pp. 229-233.

¹⁰² У ранијој пракси био је уобичајен рок од шест месеци, док новији уговори прописују једногодишњи рок. Постоји могућност да стране у спору споразумно продуже овај рок због сложености и значаја спорног питања. Видети: *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, *op.cit.*, p. 52.

¹⁰³ Видети ст. 6 Анекса Бечке конвенције о уговорном праву од 1969. године.

¹⁰⁴ Такве одредбе, рецимо, садрже Мировни уговори са Италијом од 1947. године (чл. 83), Београдска конвенција о режиму пловидбе на Дунаву од 1948. године (чл. 45) и Конвенција о међународној одговорности за штету проузроковану космичким објектима од 1971. године (чл. XIX).

комисије за мирeње није обавезан, већ стране у спору имају само дужност да препоруке размотре у доброј вери или да им оне послуже као основа за будуће преговоре.¹⁰⁵ Код трећег типа уговорних одредаба стране у спору се унапред не обавезују да прихвате извештај комисије за мирeње, него потпуно слободно одлучују да ли ће га поштовати или одбацити.¹⁰⁶

Случајеви када спорне стране имају само дужност да извештај размотре савесно или накнадно изјаве да ће се придржавати датих препорука могу се изван сваке сумње подвести под појама мирeња. Све док за њих не постоји обавеза да поштују и изврше извештај комисије, налазимо се у присуству мирeња као типично дипломатског средства решавања спорова. Насупрот томе, случај када стране у спору унапред прихвате извештај комисије као коначан и обавезан треба искључити из појма мирeња и дати му други назив.¹⁰⁷ До извесних разлика између теоретичара долази приликом ближе квалификације овог средства које је суштински различито од мирeња, будући да га неки сматрају арбитражом,¹⁰⁸ док други тврде да је овде реч о једној квази-судској процедури.¹⁰⁹ Но, без обзира на могуће варијанте средстава за решавање међународних спорова, свима њима је заједнички циљ да се мирним путем дође до њиховог решења.¹¹⁰

¹⁰⁵ Обавезу ове врсте предвиђа Бечка конвенција о заштити озонског омотача од 1985. године чији чл.15, ст. 5 гласи: „Комисија ће донети коначну одлуку у форми препоруке коју ће стране размотрити у доброј вери”; за текст: *International Legal Materials*, 1987, Vol. XXVI, p. 1592.

¹⁰⁶ У својству примера може се навести Бечка конвенција о представљању држава у њиховим односима са међународним организацијама универзалног карактера од 1975. године која у чл. 85 предвиђа: „Препоруке у извештају комисије неће бити обавезне за стране у спору, осим ако их све стране у спору нису прихватиле. Ипак, свака страна у спору може једнострано да изјави да ће се, што се ње тиче, придржавати препорука у извештају”; за текст: *United Nations, Juridical Yearbook*, 1975, p. 87. Ближе о овим случајевима : *Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States*, op.cit., pp. 102-103.

¹⁰⁷ Више о томе: З. Радивојевић, op.cit., стр. 355.

¹⁰⁸ J.P. Cot, *La conciliation internationale*, Paris, 1968, p. 11.

¹⁰⁹ Ch. Rousseau, op.cit., p. 294.

¹¹⁰ Б. Јанковић, З. Радивојевић, op.cit, стр. 437.

Литература

Andrassy, J., Bakotić, B., Seršić, M., Vukas, B., *Međunarodno pravo*, 3 dio, Zagreb, 2006;

Degan, V. Đ., *Međunarodno pravo*, Zagreb, 2011;

Dinh, N. Q., Dailler, P., Pellet, A., *Droit international public*, Paris, 2002;

Favre, A., *Principes du droit des gens*, Paris 1974;

Handbook on the Peaceful Settlement of Disputes Between States, United Nations, New York, 1992;

Rousseau, Ch., *Droit international public, Les rapports conflictuelles*, Tome V, Paris 1983;

Shaw, M., *International Law*, Cambridge 1997;

Аврамов, С., Крећа, М., *Међународно јавно право*, Београд, 2001;

Аврамов, С., *Међународно јавно право*, Београд, 1980;

Димитријевић, В., Рачић, О., Ђерић, В., Папић, Т., Петровић, В., Обрадовић, С., *Основи међународног јавног права*, Београд, 2005;

Етински, Р., Ђајић, С., *Међународно јавно право*, Нови Сад, 2012;

Јанковић, Б., Радивојевић, З., *Међународно јавно право*, Ниш, 2019;

Кривокапић, Б., *Мир и рат у међународним односима и праву*, Београд, 2017;

Рачић, О., *Pacific Settlement of Disputes (Diplomatic, Judicial, Political e.t.c.), The Principle of Peaceful Settlement of Disputes vs. Free Choice of Means*, Thessaloniki, 1992, pp. 167-173.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

DIPLOMATIC SETTLEMENT OF INTERNATIONAL DISPUTES

Summary

Although International Law obliges all subjects to settle their disputes peacefully, it does not prescribe the duty of settling a dispute in a specific way. Thus, international law subjects have full freedom to choose the instruments for resolving international disputes. It practically means that every subject who is a party in a dispute has the right to freely choose the dispute resolution method and cannot be forced to resolve the dispute by adhering to a specific method.

In international positive law and practice, there is a well-established classification into diplomatic and judicial dispute resolution methods. This classification is based on the legal sources that are used as the grounds for dispute resolution, as well as on the final outcome of the dispute resolution procedure. Diplomatic dispute settlement methods do not exclusively rely on the application of international law; they often pursue a solution that will be acceptable to the disputing parties. Another distinctive feature of diplomatic methods is the non-mandatory nature of agreed solutions, which implies that diplomatic resolution methods result in a non-binding decision that has the character of a proposal, recommendation or advice. Diplomatic dispute settlement methods include negotiation, good offices (facilitation) and mediation, inquiry and conciliation. In judicial resolution methods, a dispute is typically resolved by applying positive international law and the parties must comply with the judicial decision by which the dispute has been resolved. Thus, their ultimate result is a legally binding decision. The judicial resolution methods include arbitration and adjudication (judicial proceedings) before international courts.

Diplomatic methods of resolving international disputes may be further divided into two groups, depending on whether the disputing parties seek to resolve the dispute themselves, or whether the dispute resolution involves the participation and assistance of a third party. The first group includes direct diplomatic negotiations, while the second one includes good offices and mediation, inquiry and conciliation. Theoretically speaking, there is a clear distinction between these forms of diplomatic settlement methods but, in practice, they are often mutually correlated, concurrent, complementary and successive.

Keywords: *international dispute, diplomatic dispute settlement methods, direct negotiation, good offices (facilitation), mediation, inquiry, fact-finding, conciliation.*

НЕКА ПИТАЊА ДВОСТЕПЕНОСТИ УПРАВНОГ СУДОВАЊА²

Апстракт: Учланку се разматрају нека питања двостепености управног судства и указује на дилеме и отворена питања преко којих се прелази под неизбежним притиском увођења жалбе. Аутор сматра да ову „операцију” треба учинити постепено и опрезно као и да је неопходно редизајнирати целокупан управни спор, а посебно у делу правних лекова. Брзоплетост може оставити последице на неефикасност и недолтворност управног судовања, које појмове треба теоријски али и егзактно разликовати.

Кључне речи: управни спор, жалба, двостепеност управног спора, судска контрола управе, управно судство, организација управног судства.

1. Увод

Судска контрола управе спроводи се ради заштите права грађана, али и заштите јавног интереса и објективног правног поретка. Њоме се остварује начело законитости управе и владавина права. Организација управног судства може бити једностепена, двостепена или тростепена, централизована и децентрализована. Управни судови могу бити судови опште надлежности³ или специјализовани, могу се сматрати делом

¹ peca@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

³ Иванчевић сматра да се модел у којем управу контролишу редовни судови може назвати и белгијским, јер је такав модел увела Белгија 1831. Velimir Ivančević, Odlučivanje u upravnim sporovima nakon ustavne reforme. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 39(1), 1989: 6. Белгија и Италија које су кренуле тим путем после су одустале и прихватиле контролу управе путем посебних управних судова, тако да се данас говори о разликовању континентално еуропског и англосаксонског модела. Ana Pavlovska-Daneva, Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and

управног система (француски или романски модел) или делом судске власти (германски модел).⁴

Циљ управног судовања је унапређење заштите права и правних интереса странака али и његове ефикасности. Иако се субјективни и објективни циљ управног спора остварују истовремено, елементи субјективне заштите права и правних интереса странака (тужиоца и туженог) су врло наглашени.⁵

Једностепена организација управног спора је ретка (Аустрија)⁶ и на мети је критике јер се сматра да не пружа потребну заштиту тужиоца у управном спору. Тужилац је странка која је незадовољна исходом управног поступка одлучила да покрене и води управни спор пред надлежним судом. Међутим, поставља се питање ефикасне и делотворне управно судске заштите у случају двостепеног управног спора, који би за странку значио четворостепени поступак. Друго, да ли је жалба једини могући делотворан правни лек и да ли се жалбом обезбеђује ефикасна судска заштита поводом одређене управне ствари.

Упркос овој реалној опасности да двостепеност или тростепеност у управном спору могу довести до четворостепености или чак петостепености одлучивања у вези са управном ствари, имајући у виду „ширу слику”, општи је и чини се „неизбежан” тренд увођења жалбе као редовног правног лека, односно другог или чак трећег степена у организацији али и у функционисању управног судовања.

Управно судска заштита у већини европских држава успостављена је као двостепена (Италија, Финска, Пољска)⁷ или чак тростепена (Фран-

Citizens: Macedonian Experience. *Paper prepared for seminar on Administrative Justice and Inter-Ministerial Communication within Public Administration*. Trieste, Italy: Venice Commission. Trieste, 14–18 March 2005.

⁴ Славољуб Поповић, *О управном спору*, Београд, 1955.

⁵ Ivan Koprić, *Europski standardi i modernizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb, 2014, 1-21; Đorđije Blažić, *Upravno-sudski postupci Crne Gore*, Podgorica, FDES, 2010, 159.

⁶ У Аустрији још од 1876. о законитости управног акта и о ћутању управе у првом и последњем степену одлучује Управни суд у Бечу.

⁷ Двостепено управно судство у Италији је организовано тако да у првом степену одлучују регионални управни трибунали, а повом жалбе на одлуку трибунала одлучује Државни савет. Сличан систем има и Финска са осам регионалних управних судова или Пољска са 14 регионалних судова. У другом и посљедњем степену одлучује Врховни суд Финске, односно Врховни управни суд Пољске. Детаљније: Dario Đerđa, Zoran Pičuljan, *Nastanak i temeljni instituti novog zakona o upravnim sporovima, Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb, 2014, 107.

цуска, Немачка)⁸ било да се ради о систему специјализованог управног судства, било о систему судова опште надлежности (англосаксонски систем) који решавају управне спорове (Мађарска, Словачка, Холандија, Румунија и Данска).⁹

2. Нека отворена питања

Питање двостепености је најпре организационо питање али њега треба посматрати и функционално јер двостепеност није само себи сврха. Двостепеност се спроводе сложени судски поступци, остварују одређени циљеви, троше одређена средства, ангажују високо стручни судски кадрови, па се оправдано постављају питања функционалности таквог система. Што се тиче организационог аспекта, двостепеност се организација усложњава и компликује, што је праћено додатним институционалним и кадровским захтевима. Што се тиче функционалног аспекта постоје два функционална циља. Први је правна заштита странака (тужиоца али и туженог – управе) и пуно остваривање концепта правне државе. То је и у сагласности са Уставом Србије, који прокламује да „свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу” (чл. 36). Други функционални циљ двостепености је потенцијална и претпостављена ефикасност али и делотворност управног судства.

Међутим, питање је да ли је двостепеност у функцији ефикасности управног суда. Свакако са двостепеносту треба уредити и додатно подесити и неке друге параметре у управно судском поступку а два су главна: усмена расправа и решавање у пуној јурисдикцији. Наиме, постоји интенција да спор пуне јурисдикције и одржавање усмене расправе у управно судском поступку постане правило а не изузетак. То је правац и за усаглашавања Закона о управним споровима и са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, која про-

⁸ Тростепени модел управног судства постоји у Франcusкој са 37 првостепених управних судова (*tribunaux administratifs*). У другом степену одлучују осам жалбених управних судова (*cours administratives d'appel*), а на врху је Državni savet (*Conseil d'Etat*). Тростепени модел успостављен је и у Немачкој где свака федерална јединица има један или више првостепених управних судова. О жалбама против њихових одлука одлучује Високи управни суд. Ако се у спору ради о примени неког савезног закона, жалба се упућује Савезном управном суду. Dario Đerđa, Zoran Pičuljan, *op.cit.*, 2014, 107.

⁹ Đerđa Dario. Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 45 (1), 2008, 80–82.

кламује као основна начела: обавезну усмену расправу, суђење у разумном року и обавезну судску пресуду.¹⁰

У погледу организације управног судства, посебно су значајна два стандарда из Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, који се тичу: права на правично суђење и права на делотворни правни лек. Предходно и последње питање је да ли тај „делотворан” правни лек мора нужно бити управно судска жалба. Ови су ЕУ стандарди релевантни и за организацију управног судства, које би, у складу са овим, требало да буде двостепено. Међутим, да ли „двостепеност” управног спора подразумева једино управно судску жалбу или можда и неко „друго правно средство”.

Развијајући ову тему, отварају се неколико питања. Прво питање је шта значи двостепено управно судство и да ли се под тим нужно подразумева управно судска жалба или можда употреба и неког другог делотворног правног средства, као што је то случај у Србији (ЗУС) захтев за (ванредно) преиспитивање судске одлуке.

Законска допуштеност жалбе на одлуке првостепених управних судова значајна је из више разлога: због корекције незаконитог рада првостепених управних судова; заштите права и правних интереса странака и имплементације европских стандарда али не и због усклађивање са важећим уставом у Србији који предвиђа могућност и другог правног средства (чл. 36).

Актуелна реформа управног спора у Србији показује тенденцију увођење двостепеног управног спора посредством жалбе и то у чистом моделу специјализованог двостепеног управног суда. Сада се поново кроз реформу управног спора враћамо на жалбу као једини лек који обезбеђује двостепеност. Да ли ће се увођењем жалбе добити ефикасност рада управног суда али и делотворније решавање управних ствари.

Треба подсетити да је један од главних аргумената за „једностепеност” управног судства, односно изузимање управно судске жалбе са широким лепезом разлога, био баш ефикасност управног судовања јер би поступак по жалби додатно продужио управни спор који ионако исувише дуго траје и створио би четворостепеност у одлучивању у управ-

¹⁰ Сматрамо да би се побољшао квалитет и ефикасност али и делотворност управног судства, законом треба посебно утврдити у којим случајевима ће суд донети пресуду у спору пуне јурисдикције на основу претходног саслушања и да се одреде временски стандарди за одлучивање у управном судском поступку (принцип суђења у разумном року).

ним стварима (ЗУС из 1977). Решење је код нас пронађено у захтеву за преиспитивање, који обухвата скоро све жалбене разлоге. Према важећем ЗУС-у (2009) против правноснажне одлуке Управног суда странка и надлежни јавни тужилац могу Врховном касационом суду да поднесу захтев за преиспитивање одлуке у законом прописаним условима. Такође, постоји могућност подношења жалбе Уставном суду.

Не треба заборавити да заштита права странака губи смисао ако спор траје дуго. Формално увођење жалбене двостепености са циљем да се пружи процесна и материјална ефикасност може се у пракси претворити у своју супротност. Развлачење и одуговлачење спора са уметањем жалбене процедуре може доношење пресуде у управном спору, учинити „немогућом мисијом”, посебно ако се има у виду реалност где судови не решавају, по правилу, са пуном јурисдикцијом, већ предмете враћају управи и то више пута.

Да ли ће жалбена двостепеност довести и до квалитетнијег правосуђа, остаје да се види али до тада и још важније пре свега, треба погледати светлу и тамну страну управносудске праксе „жалбеног” двостепеног модела управног спора. У Србији заправо већ имамо двостепеност али у једном мешовитом и комбинованоаном смислу које обухвата првостепени специјализовани управни суд и другостепени - највиши редовни суд у држави (Врховни суд)¹¹ која се активира подношењем захтева за преиспитивање судске одлуке (чл. 49-55, ЗУС РС).

Друго, проширење предмета управног спора (управни акти, радње и управни уговори) проузроковаће повећање броја предмета код управних судова. То је један од разлога за увођење још једне инстанце контроле путем другостепеног Управног суда, како би се обезбедила контрола законитости и заштита странака у спору.¹² То отвара и питање да ли ће се жалба допустити код свих ових аката и радњи управе. Проширење позитивне енумерације одлучивања управног суда, свакако додатно оптерећује управно судство и одражава се на њену ефикасност. Ефикасност управних судова у том смислу може се обезбедити повећањем броја судова и кадрова у њима. Само на тај начин може да се спречи преоптерећеност управног судства, обезбеди решавање управних спорова у разумном року и ефикасна заштита права грађана.

¹¹ Управни суд је у Републици Србији успостављен као суд посебне надлежности, са седиштем у Београду и три одељења изван седишта суда у Крагујевцу, Нишу и Новом Саду.

¹² Dario Đerđa, Zoran Pičuljan, *op.cit.*, 2014, 106-118.

Сагласни смо са идејом да треба основати већи број управних судова, али и бити опрезан у погледу увођења жалбене двостепености, с обзиром на процесну повезаност управног спора са управним поступком. Увођењем (опште или редовне) управно судске жалбе дошли би у ситуацију да се о правима и обавезама грађана у управним стварима решава у четири степена, што сигурно не може бити ефикасна правна заштита.

Двостепени управни поступак који се одвија по правилима сличним судском поступку доводи у питање потребу увођења двостепеност управног спора, ако се посматра са аспекта економичности и ефикасности заштите права грађана. Ако је управни поступак сличан судском, с правом на жалбу у сваком случају, двостепени управни спор довео би до могућности одлучивања у истом случају на четири инстанце, две у систему јавне управе, а две у систему управних судова. То доводи до предугог трајања поступака, продубљује стања конфликта, неекономичности решавања случајева и сл.¹³

С друге стране, двостепеност управног поступка не може да буде аргумент за једностепеност управног спора, али и обрнуто.¹⁴ Реч је о различитим поступцима, како у погледу органа који у њима одлучују, односно обима и предмета правне заштите, тако и циљева који се у њима остварују. Сматрамо да треба задржати као принцип да се о правима и обавезама грађана у управним стварима решава у три степена а четворостепеност треба допустити само изузетно и то онда ако је то у интересу странке и ефикасног судовања.

Следеће питање је како формулисати жалбене разлоге. Управно судска жалба се разликује у европским државама. У Италији, Белгији, Португалу, Естонији, Бугарској, Енглеској и Ирској, право на изјављивање жалбе је широко прихваћено, па се свака првостепена пресуда управног суда може оспоравати жалбом.¹⁵

¹³ Ivan Koprić, *op.cit.*, 2014, 1-21.

¹⁴ Постоји став да двоступени управни спор, од којег се практично „не може одустати”, ће након неког времена довести до искључења другог степена у управном поступку у значајном броју управних подручја и управних ствари. Ово што се сматра да ће двостепени управни спор обезбедити довољну правну заштиту. Ово се сматра трендом модернизације јавне управе. Ivan Koprić, *op.cit.*, 2014, 1-21.

¹⁵ ЗУС Хрватске (Zakon о управним sporovima Republike Hrvatske, „Narodne novine”, бр. 20/2010) је прописао и разлоге због којих се првостепена пресуда може побити жалбом. Тако се жалба може изјавити због битне повреде правила судског поступка, због погрешно или непотпуно утврђенога чињеничног стања у спору те због погрешне примјене материјалног права (чл. 66). Тим разлозима су обухваћени сви случајеви незаконитости до којих може доћи у управном спору према узору на правила парничног поступка.

Овај принцип „отворених врата” доприноси темељнијем преиспитивању рада управе. Међутим, да не би успорио управно судовање, законодавац при регулисању допуштености жалбе уводи разне моделе „филтера”, који „нису добри” за странке јер им ускраћују право широког коришћења жалбе али јесу за управно судство јер доприносе његовој ефикасности, а што индиректно доприноси и странци.¹⁶

Неке европске државе не допуштају као жалбене разлоге оне, који су већ били истакнути у првостепеном поступку (Литванија) а код других (Грчка) жалба је искључена у предметима мањег значаја у којима је првостепени управни суд касторно решио спор.¹⁷ Код трећих жалба је ограничено допуштена (Хрватска,¹⁸ Македонија¹⁹).

Право на жалбу у Хрватској није неограничено. Жалба се може поднети Високом управном суду само у случају да је првостепени управни суд поништио управни акт, односно пресудом сам одлучио о праву, обавези или правном интересу странке – решио управну ствар (чл. 66/2.),²⁰ што се веома ретко дешава у пракси, као и у случају да је суд сам решио управну ствар у случају „ћутања управе”.²¹ Намеће се утисак да селек-

¹⁶ Уколико би се странкама оставила могућност улагања жалбе на првостепене судске одлуке по било ком основу, дошло би до злоупотребе жалбе и не би било могуће обезбедити ефикасност.

¹⁷ Dario Đerđa, Ante Galić, *Žalba u upravnom sporu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 51 (2), 2014, 339-362.

¹⁸ Законом о управним споровима 2010 (ступио на снагу 2012) у Хрватској је уведено право на жалбу, као редован правни лек, против пресуда али и решења првостепених управних судова. Иако важи правило о недопуштености жалбе против решења (разлог је ефикасност спора) посебна жалба против решења допуштена је само у случају прекида управног спора, обуставе управног спора и издавања привремених мера (чл. 67/1. ЗУС-а). Inga Vezmar Barlek, *Drugostupanjski upravni spor, Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb, 2014, 179-191.

¹⁹ Република Северна Македонија (Закон за управни спорови, *Службен весник на РМ*, бр. 96/2019) је донела ЗУС 2019. чији је *vacatio legis* био годину дана, којим је предвиђена жалба као редован лек. Међутим, она није дозвољена против пресуде којом се управни акт поништава или оглашава ништавим и предмет враћа јавном органу на поновно поступање, као и против пресуде којом је суд наложио јавном органу да донесе појединачни акт који није донесен у утврђеном року („ћутање управе”). Б. Давитковски, А. Павловска-Данева, *Административно право – втор дел (процесно право)*, Скопје, 2019, https://www.ukim.edu.mk/e-izdanija/PRF/Administrativno_pravo_II.pdf

²⁰ Он то не може учинити ако је тужени орган решио управну ствар на основу дискреционе оцене односно ако природа ствари то не допушта (чл. 58/1.). Првостепени управни судови користе овај нејасни стандард и враћају предмете туженим органима, чиме не доприносе ефикасној правној заштити. Ivan Koprić, *op. cit.*, 2014, 1-21.

²¹ Dario Đerđa, Zoran Pičuljan, *op. cit.*, 2014, 106-118.

тивост жалбених разлога жалбу као редовно правно средство чини ванредним у пракси. Ствари се усложњавају ако се користи и захтев за ванредно преиспитивање законитости правоснажне пресуде (чл. 78. ЗУС РХР) јер тада имамо тростепени управни спор. Овако богата законска процесна „понуда” не доводи до ефикасне управно судске заштите али је можда чини делотворном јер „за свакога има понешто”.

3. Управно судска жалба у Југославији

У социјалистичкој Југославији мењао се правни режим жалбе. Према ЗУС-у из 1952. жалба је била допуштена против пресуде Врховног суда републике, Врховном суду ФНРЈ, али само ако се „на правни однос има непосредно применити савезни пропис” (чл. 18/2.) и против неких његових решења о одбацивању тужбе. У управном спору се тада није могао изјавити захтев за заштиту законитости (чл. 60.). Изменом ЗУС-а из 1965. промењен је режим жалбе и других правних лекова, тако што „против одлуке републичког врховног управног суда ... није допуштена жалба, ако посебним савезним законом у одређеним стварима није предвиђено да се жалба може изјавити” (чл. 19).

Дакле, није постојала начелна допуштеност жалбе али је тадашњи законодавац конструисао нове ванредне правне лекове: заштита повреде Уставом утврђеног права самоуправљања или другог основног права или слободе грађана (чл. 20.) и захтев за заштиту законитости (чл. 21.), који је могао да изјави јавни тужилац, против одлуке републичког врховног суда донете у управном спору, Врховном суду Југославије ако је сматрао да је том одлуком учињена тежа повреда савезног закона.

У ЗУС-у из 1977. жалба у управном спору није прописана као опште допуштени редовни правни лек. Она је била допуштена против одлуке у управном спору само ако је „то предвиђено законом у одређеним стварима” (чл. 19/1.). Постојала су два деволутивна ванредна правна лека: захтев за ванредно преиспитивање правоснажне судске одлуке и захтев за заштиту законитости. Први, захтев за ванредно преиспитивање судске одлуке (чл. 20.) могао се изјавити против одлуке суда у републици, Савезном суду, али само због повреде савезног закона, другог савезног прописа или општег акта. Други, захтев за заштиту законитости (чл. 21.) могли су изјавити јавни тужиоци највишем суду у републици или Савезном суду ако су сматрали да је судском одлуком повређен закон, други пропис или општи акт.

4. Једностепено или двостепено управно судовање у Србији

Данашња организација управног судства у Србији резултат је дугог развоја, током кога је претрпела бројне промене.²² Она подразумева модел „једноступеног“ система управних судова који имају општу надлежност у погледу свог предмета али само у формалном смислу, односно ако се полази од става да једино управно судска жалба обезбеђује достепеност спора (тзв. редовна или жалбена двостепеност).

Актуелна реформа управног спора поставља „двостепеност“ као један од својих циљева. Сматрамо да томе треба приступити опрезно и комплексно. Основна дилема је да ли би „првостепено“ специјализовано управно судство требало „надоградити“ са другостепеном специјализованом управно судском инстанцом у решавању управних спорова или не или само изузетно или задржати мешовити (комбиновани) систем специјализованог првоступеног управног судства и другоступеног редовног Врховног суда.

Устав Републике Србије из 2006. захтевао је новелирање ЗУС-а што је резултирало доношењем Закона о управним споровима 2009. године.²³ Устав из 2006. године прописује као једно од људских права и слобода и „право на једнаку заштиту права и на правно средство“ које значи да „свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу“ (чл. 36). Важећи ЗУС (2009) је с разлогом изоставио жалбу као правно средство у управном спору, која је, са мањим или већим успехом, постојала у свим законима посвећеним управном спору још од 1921. године (чл. 7, ст. 2). Пресуде које доноси Управни суд имају карактер правоснажности, тако да се могу нападати само ванредним правним средствима (захтевом за преиспитивање судске одлуке и тужбом за понављање поступка). Врховни касациони суд је надлежан за одлучивање по ванредним правним средствима.

Према томе, у Србији само привидно и формално постоји једностепеност управно судског поступка, које значи „менталну“ правоснажност донетих одлука, односно одсуство жалбе. Суштински двостепеност је одржана али не преко управно судске жалбе као редовног правног средства већ преко ванредних правних средстава, чиме је још више

²² Marko Davinić, *Pravna sredstva u upravnom sporu, „150 godina upravnog spora u Srbiji 1869-2019“*, Zbornik radova. Upravni sud Republike Srbije. Beograd, 2019, 227.

²³ Vuk Cucić, *Strazburški standardi u upravnom sporu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 57 (2), 2009, 247-272.

појачана селективност у преиспитивању судских одлука али и појачана одговорност управног суда. Наиме, иако судска жалба није предвиђена као правно средство, ЗУС РС предвиђа два ванредна правна средства. Тиме ЗУС није у колизији са Уставом јер иако нема жалбе постоји „друго правно средство” за заштиту права. На тај начин, ЗУС није оставио незадовољну странку без правне заштите јер нуди захтев за преиспитивање судске одлуке и понављање поступка, са широким лезом разлога, који замењује жалбу и у целини чини управни спор ефикасном и делотворном судском процедуром. Посебно је питање, шта је делотворније и ефикасније по питању правне заштите, жалба или захтев за преиспитивање? Оно што управни спор чини неефикасним и спорим поступком није законски пакет правних лекова већ неефикасност самих судија тог суда.

Актуелну реформу управног спора у Србији прати аргументација да се мора обезбедити „логична” двостепеност управног судовања са увођењем жалбе.²⁴ Приликом доношења ЗУС-а у Србији (2009) овај аргумент је био у другом плану. Идеја је била да се обезбеди ефикасност управног судовања јер кроз „ванредно” преиспитивање судске одлуке постижемо исту али ванредну правну заштиту, као и са жалбом, чак можда и са ширим кругом разлога. Тако, захтев за преиспитивање се може поднети: 1) када је то законом предвиђено; 2) у случајевима када је суд одлучивао у пуној јурисдикцији; 3) у стварима у којима је у управном поступку била искључена жалба. Захтев може да се поднесе због повреде закона, другог прописа или општег акта или повреде правила поступка која је могла бити од утицаја на решење ствари (чл. 49, ЗУС).

5. Уместо закључка

Ширење предмета управно судске контроле, инсистирање на одржавању усмене контрадикторне расправе (приближавање управног спора парници), увођење двостепеног управног спора поводом жалбе и друге мере за осигурање приступа суду доводе до веће оптерећености управног суда, продужења времена до доношења правоснажне судске одлуке и до неефикасности управних судова а тиме и до неблагоприятне управно судске заштите грађана од управних аката и целокупног управног деловања.²⁵

²⁴ Зоран Томић, Белешке о југословенском управном спору (*de lege ferenda*), *Управа у условима транзиције, Зборник радова*, књига 2, 1995, 179.

²⁵ Ivan Koprić, *op. cit.*, 2014, 1-21.

Наравно да двостепеност управног поступка не може да буде аргумент за једноступеност управног спора, јер су у питању различити поступци, како у погледу органа који у њима одлучују, тако и у погледу унутрашње логике и циљева којима се они руководе. Међутим, са аспекта странке и њених циљева заштите права и правних интереса, управни поступак и управни спор су комплементарни поступци, који се морају кумулативно посматрати када се анализира њихова ефикасност и делотворност. Друго, треба имати и у виду да двостепеност не обезбеђује само жалба јер постоје и „друга правна средства” (захтев за преиспитивање судске одлуке) који обезбеђују двостепеност управног спора.

Европска упоредна решења двостепеног и тростепеног управног судства, која подразумевају жалбу, показују да оно прати територијално велике управне системе (Француска, Немачка и др), који имају регионално дислоцирано првостепено управно судство, а што није случај са Србијом и Аустријом. У релативно малом управном простору жалба треба да прати мали број разлога (принцип селективности) и она треба да буде у функцији делотворности заштите странке (Хрватска).

У Србији тренутно постоји ванредна двостепеност (захтев за преиспитивање судске одлуке) у управном спору, која је по својој природи мешовита јер организационо спаја у првом степену специјализовани управни суд а у другом највиши редовни суд (Врховни суд). Међутим, и у оним земљама где постоји редовна двостепеност (жалба) њена могућност употребе је понегде толико изфилтрирана (Хрватска, Македонија) да је могућност њене употребе толико сужена и ограничена, да је *de facto* то „ванредна” двостепеност. Та тзв. редовно - ванредна двостепеност коју пружа жалба је по својим разлозима део већ постојећег ванредног правног лека – захтева за ванредно преиспитивање, чијом употребом странка улази у тростепену процедуру у управном спору, а у ширем смислу то је петостепени поступак од покретања управног поступка.

Да ли ико може говорити о ефикасности управно судске заштите и о жалби као делотворном правном леку ако се сагледа ова шира процесна слика. Генерално сигурно не али ако се посматра овако изфилтрирана жалба, која се с обзиром на мали број разлога веома ретко користи, сматрамо да се оваква селективна жалба у крајњој линији може сматрати можда не ефикасним али делотворним правним леком јер пружа правну заштиту странкама онда када је немају наћи „на другом месту” (Хрватска).

Делотворност и ефикасност су два различита принципа који могу доћи и у колизију. У том случају се поставља и питање чему дати предност.

Сматрамо да ако се увођењу жалбе не можемо „одупрети”, онда захтев за преиспитивање треба да оде из ЗУС-а, чиме би у понуди имали само два правна средства: жалбу и понављање управно судског поступка (спора). Остаје нам да проценимо из „новог угла” евентуално уведене жалбе, односно жалбених разлога за које се законодавац буде определио, шта нам ваља чинити са ванредним лековима, како би управно судска заштита била рафинирана, прозрачна и заокружена.²⁶

Литература

- Blažič, Đorđije (2010) *Upravno-sudski postupci Crne Gore*, Podgorica, FDES.
- Vezmar Barlek, Inga (2014) Drugostupanjski upravni spor, *Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb.
- Davinić, Marko (2019) Pravna sredstva u upravnom sporu, “150 godina upravnog spora u Srbiji 1869-2019”, *Zbornik radova*. Upravni sud Republike Srbije. Beograd.
- Давитковски, Борче; Шумановска-Спасовска, Ивана; Давитковска, Елена (2019) Спор пуне јурисдикције у управно-судском поступку – правило или изузетак, *Зборник радова „Право и вриједности”*, Источно Сарајево.
- Давитковски, Борче; Павловска-Данева, Ана (2019) *Административно право – втор дел (процесно право)*, Скопје, https://www.ukim.edu.mk/e-izdanija/PRF/Administrativno_pravo_II.pdf
- Димитријевић, Предраг; Вучковић, Јелена (2021) Управно-судска жалба у уставно-правној традицији на простору србије и de lege ferenda, *Српска политичка мисао* бр. 2. год. 28. vol. 72.
- Đerđa, Dario (2008) Pravci reforme institucionalnog ustroja upravnog sudstva u Republici Hrvatskoj. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 45 (1).
- Đerđa, Dario; Pičuljan, Zoran (2014) Nastanak i temeljni instituti novog zakona o upravnim sporovima, *Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb.
- Đerđa, Dario; Galić, Ante (2014) Žalba u upravnom sporu, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu* 51 (2).
- Закон о управним споровима „Сл. гласник РС”, бр. 111/2009.
- Закон о управним споровима Републике Хрватске, „*Narodne novine*”, бр. 20/2010.

²⁶ Зоран Томић, *op. cit.*, 179.

Ivančević, Velimir (1989) Odlučivanje u upravnim sporovima nakon ustavne reforme. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 39(1).

Koprić, Ivan (2014) Europski standardi i modernizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj, *Europeizacija upravnog sudovanja u Hrvatskoj*, Institut za javnu upravu Zagreb.

Pavlovska-Daneva, Ana (2005) Alternatives to Litigation Between Administrative Authorities and Citizens: Macedonian Experience. *Paper prepared for seminar on Administrative Justice and Inter-Ministerial Communication within Public Administration*. Trieste, Italy: Venice Commission. Trieste, 14–18 March.

Поповић, Славољуб (1955) *О управном спору*, Београд.

Радошевић, Ратко (2014) Организација управног судства, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3.

Томић, Зоран (1995) Белешке о југословенском управном спору (de lege ferenda), *Управа у условима транзиције*, Зборник радова (2).

Čučić, Vuk (2009) Strazburški standardi u upravnom sporu, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 57 (2).

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SOME ISSUES IN THE TWO-TIER ADMINISTRATIVE JUSTICE SYSTEM

Summary

The article discusses the issues pertaining to the two-tier administrative justice system which raise a number of dilemmas and open issues that are insufficiently considered under the inevitable impact of introducing an administrative appeal. The author considers that this “operation” should be approached cautiously and incrementally as there is a need to redesign the entire administrative dispute procedure, particularly in the part regulating the legal remedies. Haste and recklessness may have lasting consequences on the inefficiency and ineffectiveness of administrative justice, the two terms which should be precisely distinguished both in theory and in practice.

Keywords: *administrative dispute, appeal, two-tier administrative dispute procedure, judicial control of administration, administrative judiciary, organization of administrative justice system.*

ПРАЊЕ НОВЦА У ПРАВУ СРБИЈЕ И МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ²

Апстракт: У структури националног, али и интернационалног криминалитета данас преовладава криминалитет управљен на штету имовине других физичких и правних лица (па чак и читавих држава), при чему појединци, групе и читаве организације поступају у вршењу своје криминалне активности вођени намером прибављања противправне имовинске користи. Но, то није довољно, па тако прибављени новац и друге имовинске користи ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију и право порекло оваког новца или користи. Стога су не само поједине државе, већ и читава међународна заједница увиделе опасност од оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовинске користи стечене вршењем кривичних дела. Тако међународно право, као и кривично право Србије предвиђају кривичну одговорност за прање новца као кривично дело запређено строгим казнама чији је циљ спречавање и сузбијање оваквих друштвено опасних делатности.

Кључне речи: кривично дело, новац, имовина, прикривање порекла, стављање у оптицај, казна, међународни стандарди.

1. Увод

Савремено друштво карактерише велика динамичност у структури националног, али и интернационалног криминалитета, где преовладавају имовинска кривична дела, која су примарно управљена на

¹jovas@prafak.ni.ac.rs

²Рад је настао као резултат истраживања на пројекту који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу: „Одговорност у правном и друштвеном контексту” у периоду 2021-2025. године.

штету имовине, имовинских права и интереса других физичких и правних лица (па чак и читавих држава). При томе појединици, групе, па и организације поступају у вршењу своје криминалне активности руковођени примарно имовинским интересом - намером прибављања противправне имовинске користи или незаконитог профита, добити, а тиме и моћи. Но, то није довољно, нити је примарни циљ криминалаца. Логично је да прибављена противправна имовинска корист, ако остаје скривена, у сфери илегалне активности, нема значаја за учиниоце таквих кривичних дела.

Стога су они принуђени да тако прибављену „прљаву”, незаконито стечену имовину и друге облике имовинске користи „оперу”, да им прибаве законит основ стицања, да их пласирају у легалне привредне, новчане, банкарске, берзанске, финансијске и друге сличне токове. То значи да криминалном активношћу прибављени новац и друге врсте имовинске користи ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију право порекло оваквог „прљавог”, илегално прибављеног новца или друге користи и тако избегну кривично гоњење и кажњавање. Увидевши опасност оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовинске користи стечене вршењем кривичних дела, међународно, али и национално право бројних држава предвиђају кривичну одговорност и кажњивост учинилаца за кривично дело „прања новца”.

Да би се разне противправне делатности појединаца и група у оквиру транснационалног, организованог, прекограничног криминалитета спречиле, сузбиле и смањиле на друштвено прихватљив ниво, на међународном плану се приступило нормирању права и обавеза појединих држава у предузимању адекватних мера, средстава и поступака ради спречавања и сузбијања прања новца. Тако је донето више међународноправних аката којима су прецизиране недозвољене делатности и поједини облици и видови испољавања прања новца, као и мере, органи и поступања у националним законодавствима у правцу стварања погодне правне основе за спречавање и сузбијање ове негативне друштвене појаве. На тај начин је у међународном и европском кривичном праву прање новца добило статус самосталног кривичног дела.

2. Прање новца у универзалним међународним документима

Схвативши реалну опасност организованог криминалитета интернационалног карактера који не познаје политичке, државне и идеолошке

границе међу народима и државама, међународна заједница је развила стратегију за борбу против најопаснијих облика савременог криминалитета – трговине опојним дрогама, нуклеарним супстанцама, људима, женама и децом, органима за пресађивање, оружјем итд. са чиме је у тесној вези и прање новца. Више универзалних међународних документа³ који су донети у оквиру и под окриљем Организације Уједињених нација прописују прање новца, његово појам, садржину, елементе и карактеристике што представља међународне стандарде за успостављање кривичне одговорности и кажњивости за ово кривично дело у националним законодавствима појединих држава. Тако се сузбијањем прања новца баве следећа међународна документа универзалног значаја⁴: а) Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, б) Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала и в) Конвенција Уједињених нација против корупције.

Први међународни документ универзалног значаја који уводи појам „прања новца” јесте Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци,⁵ усвојена у Бечу 19. децембра 1988.године (Бечка конвенција). Ова је Конвенција донета са циљем да се унапреди сарадња међу државама тако да могу ефикасније да се боре против разних аспеката незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци који има међународну димензију (члан 2.). У извршавању ових обавеза стране потписнице су обавезне да предузимају неопходне законске и административне мере, у складу са основним нормама својих правних система. Члан 3. Конвенције под називом: „Прекршаји и санкције” одређује систем кривичних дела које поједине државе треба да унесу у своје национално законодавство, те да им обезбеде систем кажњавања. То су, на првом месту, предвиђена различита противправна поступања појединаца и група са опојним дрогама и психотропним супстанцама у смислу њихове неовлашћене производње, прераде и стављања у промет.

Међу овим кривичним делима се у тачки б.наводи и кривично дело прања новца.⁶ Тако се под прањем новца подразумева: а) конверзија или трансфер својине, уз знање да је таква својина стечена на основу једног или више прекршаја у вези са опојним дрогама или психотроп-

³ V.Đ. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka, 2005. godine, str.197-203.

⁴ B. Petrović, D. Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010. godine, str.98-101.

⁵ Службени лист СФРЈ – Међународни уговори број 14/1990.

⁶ Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, Ниш, 2011. године, стр. 97-99.

ним супстанцама или на основу учешћа у таквом прекршају или прекршајима, за сврхе скривања или прикривања незаконитог порекла својине или помагања неком лицу које је умешано у учињење таквог или таквих прекршаја да би избегло законске последице својих дела, б) скривање или прикривање праве природе, извора, места, располагања, кретања права у вези са својином, или над својином, уз знање да је таква својина стечена на основу једног или више прекршаја утврђених у складу са Конвенцијом или учешћем у једном или више таквих прекршаја и в) стицање, поседовање или коришћење својине, са знањем, у време пријема, да је таква својина стечена на основу једног или више прекршаја утврђених у складу са Конвенцијом или учешћем у таквом прекршају или прекршајима.⁷

Такође је кажњиво и учествовање, удруживање или завера, ради учињења, покушаја да се учини и помагање, подстицање, олакшавање и саветовање о учињењу било ког од прекршаја, утврђених у Конвенцији, укључујући и прање новца. То значи да се кажњивају: а) покушај ових кривичних дела и б) саучесништво у њиховом извршењу у било ком облику испољавања.

Други универзални међународни документ који поставља стандарде за спречавање и сузбијање прања новца јесте Конвенција УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима (Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом и Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом) који допуњују ову конвенцију.⁸

Члан 6. Палермо Конвенције под називом: „Криминализација прања добити стечене кроз криминал” даје појам прања новца као кривичног дела које је учињено са намером (са умишљајем). Тако је прање новца одређено као: а) претварање или пренос имовине знајући да се до те имовине дошло путем криминала, а у циљу сакривања и прикривања незаконитог порекла имовине, или помагања лицу умешаном у извршење предикатног кривичног дела како би избегло законске последице свог чињења, б) скривање или прикривање праве природе, извора, локације, располагања, кретања или власништва или права на имовину, знајући да је таква имовина стечена кроз криминал, в) прибављање, поседовање или коришћење имовине знајући, у тренутку пријема исте да је таква имовина добит од криминала и г) учествовање, повезивање

⁷ Д. Јовашевић, В. Икановић, Међународно кривично право, Бања Лука, 2015. године, стр. 101-103.

⁸ Службени лист СРЈ – Међународни уговори број 6/2001.

или удруживање ради извршења, покушаја извршења и помагања, подстицања, омогућавања и давања савета у погледу извршења било којег кривичног дела установљеног у складу са Конвенцијом.

За разумевање садржине овог кривичног дела од значаја су одредбе члана 2. Конвенције које дефинишу поједине појмове и институте као што су: а) „тежак злочин” - кривично дело за које је прописана казна лишења слободе у трајању од најмање четири године или тежа казна, б) „имовина” - ствари сваке врсте, било материјалне или нематеријалне, покретне или непокретне, процењиве или непроцењиве, као и правна документа или инструменти којима се доказује право, или интерес у односу на такве ствари, в) „добит од криминала” - имовина која је проистекла или је остварена, директно или индиректно, извршењем кривичног дела и г) „предикатно кривично дело” - дело чијим извршењем је остварена добит која може да буде предмет кривичног дела како је дефинисано у члану 6. Конвенције.

Последњи универзални међународни акт који уређује област спречавања и сузбијања прања новца јесте Конвенција УН против корупције.⁹ Овај докуменат у трећој глави под називом: „Инкриминисање и спровођење закона”, у члану 23. дефинише појам и садржину „прања средстава која су стечена извршењем кривичног дела”.

Тако „прање средстава стечених извршењем кривичног дела” представља кривично дело које постоји ако је учињена намерно (са умишљајем): а) конверзија или трансфер имовине, уз знање да је та имовина стечена извршењем кривичног дела, у циљу сакривања незаконитог порекла те имовине или помагања неком лицу које је умешано у извршење предметног кривичног дела да избегне законске последице тог дела, б) сакривање или прикривање праве природе, извора, места, располагања, кретања или власништва или права у односу на имовину, уз знање да је та имовина стечена извршењем кривичног дела и в) стицање, поседовање или коришћење имовине, уз знање, приликом примања те имовине, да је стечена извршењем кривичног дела.

Но, ова Конвенција као међународни стандард и обавезу за поједине државе поставља обавезу да као кажњиво дело предвиде и различите облике или видове испољавања саучесништва, односно започињања извршења саме радње извршења: а) учешће, удруживање или завера да се учини, б) покушај чињења, в) помагање, олакшавање и г) наговарање (подстрекавање) на извршење било ког кривичног дела прања

⁹Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори број 12/2005.

средстава. Дакле, кажњиви су сви облици саучесништва, односно сам покушај, започињања ових радњи.¹⁰

За разумевање садржине овог кривичног дела од значаја је члан 2. Конвенције који садржи бројне интерпретативне дефиниције као што су: а) „имовина” - добра свих врста, било материјална или нематеријална, покретна или непокретна, физичка или нефизичка, те правне документе или инструменте којима се доказују право власништва или интерес у тим добрима, б) „средства стечена извршењем кривичног дела” - имовина која потиче или је стечена, посредно или непосредно, извршењем кривичног дела и в) „предметно кривично дело” - кривично дело чије извршење ствара средства која могу постати предмет кривичног дела прања новца.

Конвенција УН против корупције у члану 26. поставља основе за прописивање кривичне одговорности правних лица за кривично дело прања новца, а не само за разна кривична дела корупције којима се прибављен новац (средства) која су предмет „прања” (члан 26.). Та одговорност правних лица може бити различита: а) кривична, б) грађанско-правна или в) управна (административна) одговорност.

Интересантно је решење садржано у одредби члана 27. Конвенције под називом: „Учешће и покушај”. На овај начин се успоставља обавеза за све државе уговорнице да усвоје законске и друге мере како би се утврдила кривична одговорност за учешће лица у било ком својству као саучесника, помагача или подстрекача у кривичном делу прања новца у складу са овом Конвенцијом, односно за покушај извршења овог кривичног дела.

3. Прање новца у регионалним међународним документима

Поред конвенција Организације Уједињених нација које се баве проблематиком спречавања и сузбијања прања новца, и низ регионалних докумената донетих у оквиру Савета Европе такође предвиђа прање новца¹¹ као тешко противправно дело физичких и правних лица, те систем мера за његово спречавање (превенцију) и сузбијање (репресију). То су следеће конвенције:¹² а) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом из 1990.

¹⁰ J. Пантелић ет ал., Типологије прања новца - студије случаја прања новца, Београд, 2015. године, стр. 89-107.

¹¹ H. Ascensio, E. Decaux, A. Pellet, Droit international penal, Paris, 2000. године, стр. 206-207.

¹² B. Pavišić, Kazneno pravo Vijeća Evrope, Zagreb, 2006. године, стр. 354-357.

године (Страсбуршка конвенција) и б) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма из 2005. године (Варшавска конвенција).¹³

Конвенција о прању, тражењу, заплени и конфискацији прихода стечених криминалом (Страсбуршка конвенција)¹⁴ из 1990. године представља први региоанлни акт донет у оквиру Савета Европе који институционализује примену превентивних и репресивних мера у циљу супротстављању прању новца у оквиру националних правних система. Члан 6. Конвенције одређује појам кривичног дела прања новца. То је свака умишљано предузета радња: а) конверзије или трансфера имовине, уз знање да таква имовина представља приход од криминала, с циљем прикривања или нетачног приказивања незаконитог порекла имовине или помагања неком лицу које је укључено у чињење предикатног кривичног дела да избегне законске последице својих дела, б) прикривање или нетачно приказивање праве природе, извора, места, употребе, кретања, права или својине у односу на имовину, знајући да та имовина представља приход стечен чињењем кривичног дела, в) стицање, поседовање или коришћење имовине, са знањем, у време пријема, да таква имовина представља приход од кривичног дела и г) учествовање, удруживање или завера ради чињења, покушај чињења и помагање, подстицање, олакшавање и саветовање у циљу чињења било ког одкривичних дела предвиђених у Конвенцији.

И ова Конвенција у првој глави, у члану 1. даје дефиниције одређених појмова и института од значаја за разумевање садржине прања новца као што су: а) „приход” - економска корист од кривичних дела која се састоји од било које имовине, б) „имовина” - имовина било каквог описа, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, као и правна документа или инструменти којима се доказује власништво или интерес у односу на такву имовину, в) „средства” - имовина која се користи или за коју постоји намера да се користи, на било који начин, у целини или делимично, за чињење кривичног дела или кривичних дела и г) „предикатно кривично дело” - кривично дело које је имало за последицу стицање прихода који могу постати предмет кривичног дела прања новца.

Други европски регионални међународни докуменат од значаја за сузбијање прања новца представља Конвенција Савета Европе о прању,

¹³ В. Гилмор, Прљави новац, Београд, 2006. године, стр. 11.

¹⁴ Службени лист СРЈ - Међународни уговори број 7/2002 и 18/2005.

тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма из 2005. године (Варшава).¹⁵ Члан 9. Конвенције одређује, појам, садржину и карактеристике кривичног дела прања новца. Тако се ово кривично дело састоји у умишљајној (намерној) делатности:¹⁶ а) конверзије или трансфера имовине, уз знање да та имовина представља приход од кривичног дела, у сврху сакривања или прикривања незаконитог порекла имовине или помагање било ком лицу које је умешано у извршење кривичног дела у стицају да избегне законске последице својих радњи, б) сакривања или прикривања праве природе, извора, локације, располагања, кретања, имовинских права или права власништва над имовином, уз знање да та имовина представља приход стечен од кривичног дела и в) у зависности од уставних начела и основних поставки њеног правног система, стицање, поседовање или коришћење имовине, уз знање, у тренутку примања те имовине, да она представља приход стечен кривичним делом. Такође као кривично дело прања новца сматра се и учествовање, удруживање или завера у циљу извршења, покушаја извршења и помагање, подстицање, олакшавање и помагање саветима у извршењу овог дела.

За разумевање садржине кривичног дела прања новца су од значаја одредбе члана 1. Конвенције где су дате дефиниције следећих појмова: а) „приход” - економска корист, проистекла или стечена, непосредно или посредно, од кривичних дела која се састоји од било које имовине, б) „имовина” - имовина сваког описа, материјална или нематеријална, покретна или непокретна, као и правни документи или инструменти којима се доказује својина или интерес у односу на такву имовину, в) „средства” - имовина која се користи или се планира њено коришћење на било који начин, у целини или делимично, за извршење једног или више кривичних дела и г) „предикатно кривично дело” - кривично дело путем кога је стечен приход који може постати предмет кривичног дела прање новца.

С обзиром на природу, карактер и значај кривичног дела прања новца и чињеницу да се оно често врши у различитим облицима привредних делатности уопште или у појединим областима, сегментима привредног пословања у земљи или иностранству, то је Конвенција у члану 10. под називом: „Корпоративна одговорност” предвидела могућност да за ово дело одговарају, поред физичких лица, и правна лица. За одговорност правних лица потребно је да конкретно кривично дело учини

¹⁵ Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори број 19/2009.

¹⁶ С. Тасева, Перење пари, Скопје, 2003. године, стр. 106-125.

физичко лице ради користи правног лица, ако физичко лице делује појединачно или као део органа правног лица, који има руководећу позицију у правном лицу, на основу:¹⁷ а) права да заступа правно лице, б) овлашћења да доноси одлуке у име правног лица, в) овлашћења да врши контролу унутар правног лица или г) за учешће таквих физичких лица у својству саучесника или онога ко је подстакао на извршење наведених кривичних дела. Такође, правно лице може да буде сматрано одговорним за кривично дело прања новца у случају када одсуство надзора или контроле од физичког лица омогући извршење кривичног дела у корист тог правног лица изврши њему подређено физичко лице. Но, и тада одговорност правног лица не искључује кривичне поступке против физичких лица која су учиниоци, која подстичу на извршење или су саучесници у извршењу ових кривичних дела.¹⁸

Сви наведени међународноправни акти представљају правни основ за прописивање инкриминисаних понашања у вези са прањем новца у националном кривичном законодавству, те кривичних санкција за њихове учиниоце.

4. Прање новца у правном систему Србије

Прање новца – одговорност и кажњивост - у позитивном праву Србије уређују два законска прописа. То су: а) Кривични законик (КЗ)¹⁹ и б) Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма.²⁰

Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма из 2017. године у члану 2. одређује појам прања новца. Тако се прањем новца сматрају следеће делатности:²¹ а) конверзија или пренос имовине стечене извршењем кривичног дела, б) прикривање или нетачно приказивање праве природе, порекла, места налажења, кретања, располагања, власништва или права у вези са имовином која је стечена извршењем

¹⁷ V.C. Wingaert, G.C. Stessens, International criminal law: a collection of international and european instruments, Hague, 1996. godine, str. 118-121.

¹⁸ У иностраној правој литератури у последње време све чешће се говори о „европском казненом праву” или “европском правосудном казненом простору” чију основу чине међународни извори донети у оквиру и под окриљем Савета Европе и Европске уније (В. Павишић, Kazneno pravo Vijeća Evrope, Zagreb, 2006. godine, str. 14-15).

¹⁹ Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.

²⁰ Службени гласник Републике Србије број 113/2017, 91/2019 и 153/2020.

²¹ Н. Теофиловић, М. Јелачић, Спречавање, откривање и доказивање кривичних дела корупције и прања новца, Београд, 2006. године, стр. 13-14.

кривичног дела и в) стицање, држање или коришћење имовине стечене извршењем кривичног дела.

Овај Закон је отишао корак даље, па је у члану 3. одредио садржину појмова који су инкорпорисани у садржину кривичног дела прања новца (сходно одредбама материјалног кривичног права). Тако је према овим решењима објекта напада кривичног дела прања новца одређен као:²² а) имовина - ствари, новац, права, хартије од вредности и друге исправе у било ком облику, којима се може утврдити право својине и друга права, б) новац - готов новац (домаћи и страни), средства на рачунима (динарска и девизна) и електронски новац и в) физички преносива средства плаћања - готов новац, чекови, менице и друга физички преносива средства плаћања, платива на доносиоца.

Као радње извршења прања новца, Закон је изричито одредио следеће делатности:²³ а) трансакција - пријем, давање, замена, чување, располагање или друго поступање са имовином код обвезника, б) готовинска трансакција - физички пријем или давање готовог новца и в) пренос новчаних средстава - било која трансакција која се најмање једним делом извршава електронским путем од стране пружаоца платних услуга у име платиоца, са циљем да та новчана средства буду доступна примаоцу плаћања код пружаоца платних услуга, без обзира на то да ли су платилац или прималац плаћања исто лице и да ли су платиоцев пружалац платних услуга и пружалац платних услуга примаоца плаћања исто лице. При томе се као пружалац платних услуга може јавити: банка, институција електронског новца, платна институција, Народна банка Србије, Управа за трезор или други органи јавне власти у Републици Србији, у складу са својим надлежностима које су утврђене законом, као и јавни поштански оператор са седиштем у Републици Србији, ако је основан у складу са законом којим се уређују поштанске услуге.²⁴

У циљу спречавања и откривања извршених, покушаних или планираних дела прања новца Закон је (члан 5.) предвидео низ превентивних радњи и мера које се предузимају пре, у току и након вршења трансакције или успостављања пословног односа. Те радње и мере обухва-

²² А. Bjelopoljaк, *Pranje novca – sumnjive transakcije i off shore zone*, Kakanj, 2012. godine, str. 118-131.

²³ В. Masnjak, *Ž. Kaselj, Sprječavanje pranja novca*, Zagreb, 1998. godine, str. 78-93.

²⁴ *Ž.R. Klasens, Sprječavanje pranja novca*, Beograd, 2006. godine, str. 109-124.

тају следеће делатности као што су:²⁵ а) познавање странке и праћење њеног пословања, б) достављање информација, података и документације Управи за спречавање прања новца, в) одређивање овлашћеног лица задуженог за извршавање обавеза из закона и његовог заменика, као и обезбеђивање услова за њихов рад, г) редовно стручно образовање, оспособљавање и усавршавање запослених лица, д) обезбеђивање редовне унутрашње контроле извршавања обавеза из овог закона, као и интерне ревизије ако је то у складу са обимом и природом пословања обвезника, ђ) израда списка показатеља (индикатора) за препознавање лица и трансакција за које постоје основи сумње да се ради о прању новца, е) вођење евиденција, заштита и чување података из тих евиденција, ж) спровођење мера из овог закона у пословним јединицама и подређеним друштвима правног лица у већинском власништву обвезника у страним државама и з) извршавање других законом прописаних радњи и мера.²⁶

У обављању превентивних активности у борби против различитих облика и видова испољавања прања новца²⁷ нарочито је наглашена улога Управе за спречавање прања новца, поред Пореске управе, Управе царина, те редовних органа кривичног правосуђа (полиције, јавног тужилаштва и судова опште и посебне надлежности). Управа за спречавање прања новца (члан 72.) образује се као орган управе у саставу министарства финансија која обавља финансијско-информационе послове као што су: прикупљање, обрада, анализирање и прослеђивање надлежним органима информација, података и документације коју је прибавило у обављању својих надлежности и врши друге послове који се односе на спречавање и откривање прања новца.²⁸

Темељ свих делатности надлежних органа у спречавању или сузбијању прања новца у Србији представља Стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма за период 2020-2024.године коју је 2020. године донела Влада Републике Србије. У њеној се основи налази схватање да прање новца представља процес прикривања имовине стечене криминалним активностима којим се криминалцима омогућава

²⁵ J. Brlić, I. Maros, S. Blečić, Propisane obaveze u sustavu sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma, Zagreb, 2012. godine, str. 67-96.

²⁶ S. Cindori, Sustav sprječavanja pranja novca, Zagreb, 2010. godine, str. 117-128.

²⁷ Š. Pavlović, Komentar Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma, Zagreb, 2018. godine, str. 89-104.

²⁸ S. Šćepanović, Komentar Zakona o sprječavanju pranja novca i finansiranja terorizma, Podgorica, 2020. godine, str. 115-129.

да такву имовину користе у регуларном привредном пословању. Корупција и организовани криминал, као што су трговина наркотицима, оружјем и људима, стварају велике количине нелегалне имовине, и прање такве имовине може нарушити привреду и угрозити интегритет финансијског система. Стога је логично и оправдано да је Република Србија посвећена изградњи делотворног система борбе против прања новца кроз примену система мера које предвиђа Радна група за финансијску акцију (ФАТФ) као међудржавно тело које на међународном нивоу поставља стандарде у овој области.

Прва национална стратегија из ове области у Србији је донета за период 2008-2013. године са циљем да се ефикасно успостави сложени и свеобухватан систем за борбу против прања новца и финансирања тероризма. Потом следи друга национална стратегија (која је донета децембра 2014. године) и која је представљала само логичан наставак претходне са циљем унапређења делотворности система у овој области. Трећа (садашња) стратегија за борбу против прања новца и финансирања тероризма за период 2020-2024. године има за циљ да разради систем за борбу против прања новца (и финансирања тероризма) у Републици Србији ради успешног суочавања са ризицима који су утврђени 2018. године у Процени ризика од прања новца и ради усвајања мера које ће бити у складу са стандардима ФАТФ и које ће успешно доприносити постављеним циљевима у борби против прања новца.

5. Прање новца као кривично дело

5.1. Појам и елементи кривичног дела

На бази наведених међународних и европских стандарда у области сузбијања финансијског криминалитета²⁹ Кривични законик Србије³⁰ (после новеле из 2016. године)³¹ у двадесетдругој глави под називом: „Кривична дела против привреде”³², у члану 245. прописује кривично дело: „Прање новца”.³³

²⁹ P. Novoselec, *Uvod u gospodarsko kazneno pravo*, Zagreb, 2009. godine, str. 56-81.

³⁰ Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

³¹ Службени гласник Републике Србије број 94/2016.

³² Lj. Selinšek, *Gospodarsko kazneno pravo*, Ljubljana, 2006. godine, str. 78-101.

³³ Ово кривично дело се у ранијем Казненом закону Хрватске из 1997. године (Narodne novine Republike Hrvatske broj 110/97, 27/98, 129/2000, 51/2001, 105/2004, 84/2005,

Ово се кривично дело, на сличан начин као и у Закону о спречавању прања новца и финансирања тероризма, састоји у конверзији или преносу имовине за коју се зна да потиче од криминалне делатности у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, у прикривању или лажном приказивању чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности или у стицању, држању или коришћењу имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности.³⁴

У теорији³⁵ се сматра да се у основи ове инкриминације налази немоћ државе да благовремено и ефикасно открије раније већ извршено кривично дело (једно или више) којим је прибављена противправна имовинска корист. Ово је дело Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма у члану 3. став 36. одредио као претходно („предикатно“) кривично дело, односно дело из кога је проистекла имовина која је предмет кривичног дела прања новца, без обзира на то да ли је оно извршено на територији Републике Србије или у иностранству, од стране ког лица, односно да ли је откривено или не.

Објект заштите код кривичног дела прања новца представља: а) финансијски систем и б) законитост у стицању, прибављању и располагању имовином.³⁶

С друге стране, објект напада је одређен као: а) новац и б) имовина, под условом да су прибављени криминалном делатношћу (вршењем кривичних дела, било самог учиниоца или другог лица, али не и вршењем других противправних делатности као што су: привредни преступи или прекршаји). Новац (члан 112, тачка 23. КЗ) је метални и папирни новац или новац израђен од неког другог материјала који је на основу закона у оптицају у Србији или у страној држави. Појам имовине Кривични законик одређује уз појам имовинске користи при дефинисању законских израза (члан 112, тачка 36. КЗ). Тако имовинска корист обухвата добро сваке врсте, материјално или нематеријално, покретно или непокретно, процењиво или непроцењиво и исправа у било ком облику којим се доказује право или интерес у односу на такво добро. Поред

71/2006 и 110/2907) називало у члану 279. – „Прикривање протузаконито добијеног новца“. Казнени закон Хрватске из 2011.године (Narodne novine Republike Hrvatske број 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019 и 84/2021) ово кривично дело у члану 265. назива: „Прање новца“.

³⁴ В. Павишић, В. Грозданић, Р. Веић, Коментар Казненог закона, Загреб, 2007. године, стр. 629.

³⁵ М. Ђорђевић, Ђ. Ђорђевић, Кривично право, Београд, 2020. године, стр. 173.

³⁶ М. Бабић, И. Марковић, Кривично право, Посебни део, оп.цит., стр. 221.

тога, имовином се сматра и приход или друга корист остварена, непосредно или посредно, из кривичног дела, као и добро у које је она претворена или са којим је помешана.³⁷

Појам новца и имовине, у смислу објекта напада код овог кривичног дела, одређује и Закон о спречавању прања новца и финансирања тероризма (члан 3.). Према овом законском решењу објекат напада чини: а) имовина - ствари, новац, права, хартије од вредности и друге исправе у било ком облику, којима се може утврдити право својине и друга права, б) новац - готов новац (домаћи и страни), средства на рачунима (динарска и девизна) и електронски новац и в) физички преносива средства плаћања - готов новац, чекови, менице и друга физички преносива средства плаћања, платива на доносиоца.

За постојање овог дела је битно да се ради о имовини или новцу који потичу „из криминалне делатности”. При одређивању овог кривичног дела у редакцији Законика из 2005. године стајало да се ради о „имовини која потиче од кривичног дела”.

Радња извршења дела из члана 245. КЗ се састоји из више алтернативно, законом предвиђених делатности. То су, иначе, радње које предвиђа и Закон о спречавању прања новца и финансирању тероризма Србије, као и наведени универзални и регионални међународни документи (Бечка, Стразбуршка или Варшавска конвенција).

Као радње извршења овог кривичног дела јављају се следеће, законом алтернативно прописане делатности као што су:³⁸

а) конверзија (замена, трампа, размена, претварање једног облика у други облик) или пренос (теретни или бестеретни, добротини) незаконито стечене имовине, што је учиниоцу познато, у намери да се прикрије (прећути, несаопшти уопште или у одређеном времену, на одређеном месту) или лажно, неистинито прикаже њено незаконито порекло, без обзира да ли је ова намера у конкретном случају заиста и остварена,

б) прикривање (прећуткивање) или лажно (неистинито у потпуности или делимично) приказивање чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности.³⁹ Овде се радња извршења предузима у односу на чињенице (податке) о „пореклу или извору” незако-

³⁷ Lj. Lazarević, B. Vučković, V. Vučković, Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004. godine, str. 667-669.

³⁸ K. Turković et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013. godine, str. 338.

³⁹ Ђ. Ђорђевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2014. године, стр. 125.

нито стечене имовине, а не на саму ту имовину. Прећуткивање, несаопштавање је неуписивање правих података у пратећој документацији уз имовину или неупознавање (непосредно или посредно, на било који начин) другог, овлашћеног лица са подацима о пореклу имовине, чиме се онемогућава надлежним органима да уопште или благовремено дођу до сазнања о незаконитом пореклу имовине. Лажно, неистинито приказивање у целисти или делимично чињеница о незаконитој имовини која потиче од криминалне делатности је саопштавање, усмено или писмено, довођење надлежних органа у ситуацију да уопште или благовремено дођу до сазнања о незаконитом пореклу имовине чиме јој се даје „легалан основ стицања” и

в) стицање, држање или коришћење имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности⁴⁰. Стицање (прибављање, набављање) је свака делатност којом се непосредно или посредно долази у посед, у државину незаконито стечене имовине. Држање је само поседовање овакве имовине, њена (непосредна или посредна) државинска, фактичка власт, притежање, на одређеном простору за одређено време од стране учиниоца дела. Коришћење незаконите имовине је њена употреба, стављање у промет, у оптицај на било који начин, најчешће за плаћање робе или услуга. Битно је за постојање ове радње извршења да учинилац у време долажења у посед (у тренутку пријема) новца/имовине поседује свест, знање о њиховом незаконитом пореклу, односно да се ради о имовини која потиче од криминалне делатности.

За постојање овог кривичног дела је битно испуњење још два конститутивна елемента. То су:⁴¹ а) да учинилац дела радњу извршења предузима са знањем (са свешћу) да се ради о новцу или имовини који потичу од криминалне делатности (без обзира да ли он зна правну квалификацију конкретног кривичног дела, да ли је он или неко друго лице учинилац таквог „претходног” кривичног дела, да ли зна његовог учиниоца и где је дело учињено - у Србији или у иностранству) и б) да на страни учиниоца дела у време предузимања радње извршења постоји намера да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине која потиче од криминалне делатности, без обзира да ли је ова намера у конкретном случају заиста и остварена.

Извршилац дела може да буде свако лице (како лице које је преузело

⁴⁰ В. Petrović, D. Jovašević, A.Ferhatović, Krivično право 2, Sarajevo, 2016. godine, str. 119-121.

⁴¹ З. Стојановић, Н. Делић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2013. године, стр. 178-179.

криминалну делатност којом су новац или имовина као објект напада „прања” прибављени, тако и свако друго лице), као и одговорно лице у правном лицу.

У погледу кривице потребан је директни умишљај који квалификују: а) свест, знање учиниоца да новац и имовина потичу од криминалне делатности и б) намера учиниоца да прикрије (прећути) или лажно (у целисти или делимично, неистинито, супротно објективној стварности) прикаже „незаконито порекло” имовине.

За ово је дело кумулативно прописана казна затвора у трајању од шест месеци до пет година и новчана казна. Уз казну се учиниоцу дела обавезно изриче и мера безбедности одузимања предмета (члан 87. КЗ) – новца и имовине који потичу од криминалне делатности (став 7.).

5.2. Облици испољавања кривичног дела

Кривично дело из члана 245. КЗ, посед основног облика, има још и: а) лакши (привилеговани), б) посебни (специјални) и в) два (квалификована) облика испољавања.

Лакши облик овог дела, за који Законик прописује блаже кажњавање, одређен је блажим обликом кривице – нехатом на страни учиниоца у време предузимања радње извршења.

Наиме, лакши облик дела⁴² (став 5.) постоји ако је радњу извршења предузело лице које није знало да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу, али је то могло (према субјективним околностима личности самог учиниоца) и било дужно (према објективним околностима учињеног дела) да зна. Облик кривице у виду несвесног нехата представља привилегујућу околност за коју закон прописује блаже кажњавање – казну затвора до три године.

Посебан (специјални) облик кривичног дела прања новца – *delicta propria* (став 6.) карактеришу два елемента. То су:⁴³

а) својство учиниоца дела - одговорно лице у правном лицу. Одговорним лицем у правном лицу у смислу члана 112. тачка 5. КЗ сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, као и лице коме је фактички поверено обављање тих послова и

⁴² S. Cindori, Sustav sprječavanja pranja novca, Zagreb, 2010. godine, str. 141-153.

⁴³ B. Petrović, D. Jovašević, Krivično/Kazneno pravo II, Posebni deo, Sarajevo, 2005. godine, str. 82-83

б) облик кривице учиниоца - свесни или несвесни нехат. У овом облику дело постоји ако је учинилац знао или могао и био дужан да зна да новац или имовина представљају приход остварен криминалном делатношћу.

За ово дело се учинилац кажњава управо оном врстом и мером казне која је прописана за облик кривичног дела прања новца које је својом радњом учинило одговорно лице у правном лицу.

На крају, кривично дело прања новца из члана 245. има и два тежа, квалификована облика испољавања, за која је прописано поштрено кажњавање.

Први тежи облик дела (став 2.) постоји ако је радња извршења предузета у односу на новац и имовину чија вредност прелази износ од милион и петсто хиљада динара. Вредност објекта напада у односу на који се предузима радња извршења кривичног дела у било ком облику испољавања представља квалификаторну околност.⁴⁴ Ова висина имовине или новца се, као фактичко питање, утврђује према тржишним условима у време предузимања радње извршења у сваком конкретном случају. За ово је дело кумулативно прописана казна затвора у трајању од једне до десет година и новчана казна.

Други тежи облик дела⁴⁵ (став 4.), за који је кумулативно прописана казна затвора у трајању од две до дванаест година и новчана казна, постоји ако је радња извршења у било ком облику/виду испољавања предузета у групи (групно, скупно, од стране више лица). Групу, у смислу члана 112. тачка 22. КЗ, чине најмање три лица која су повезана ради трајног или повремениог вршења кривичних дела, која не мора да има дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или развијену структуру.

6. Закључак

У структури националног, али организованог транснационалног криминалитета преовладава криминалитет управљен на штету имовине других физичких и правних лица (па чак и читавих држава), при чему појединици, групе и читаве организације поступају у вршењу своје криминалне делатности вођени намером (циљем, сврхом) прибављања противправне имовинске користи. Но, то није довољно, па тако прибављени

⁴⁴ Д. Јовашевић, Љ. Митровић, В. Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Бања Лука, 2021. године, стр. 488-490.

⁴⁵ Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2017. године, стр. 227.

„прљави” новац или другу имовину ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања). С друге стране, учиниоци оваквих криминалних дела имају потребу да прикрију право порекло оваквог новца или имовине која потиче од криминалне делатности.

Стога се на међународном и националном нивоу увидела опасност од оваквих криминалних делатности појединаца и група које имају за циљ прање и прикривање новца и друге имовине који потичу од криминалне делатности (вршења кривичних дела). Тако међународно кривично право, као и поједина национална законодавства предвиђају кривичну одговорност за прање новца као кривично дело забрањено строгим казнама чији је циљ спречавање и сузбијање оваквих друштвено опасних делатности.

Циљ учинилаца кривичних дела, заправо, није непосредно прибављање противправне имовинске користи, јер ако она остане скривена, односно у сфери илегалне активности, тада корист нема значаја за учиниоце претходних кривичних дела. Стога су они принуђени да свој или туђи „прљаво, незаконито, илегално” прибављени новац или имовину „оперу”, да им прибаве легалан основ стицања, да их пласирају у легалне привредне, новчане, банкарске, берзанске, финансијске, трговачке и друге сличне токове. То значи да криминалном активношћу прибављени новац и другу имовину ова лица покушавају да легализују, односно да их ставе у легални промет, оптицај (да им прибаве легални основ стицања).

С друге стране, учиниоци претходних („предикатних”) кривичних дела којима су прибављени новац или имовина на незаконит начин имају потребу да прикрију право порекло оваквог „прљавог”, илегално прибављеног новца или користи и тако избегну кривични прогон и кажњавање. Да би се разне недозвољене, противправне делатности појединаца и група предупредиле, спречиле, сузбиле и смањиле на друштвено прихватљив ниво, на међународном нивоу се приступило нормирању права и обавеза држава у предузимању одговарајућих мера, средстава и поступака у циљу спречавања и сузбијања прања новца.

Тако је донето више универзалних и регионалних међународних докумената међу којима се истичу: 1) универзални документи где спадају: а) Конвенција УН против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци, б) Конвенција УН против транснационалног организованог криминала и в) Конвенција УН против корупције и 2)

регионални документи Савета Европе: а) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом (1990.) и б) Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и о финансирању тероризма (2005.), као и више директива Европске уније. Овим су међународним документима прецизиране недозвољене делатности и поједини облици и видови испољавања прања новца, као и мере, органи и поступање у националним законодавствима у правцу стварања погодне правне основе за спречавање и сузбијање ове негативне друштвене појаве.

У Републици Србији је доношењем Закона о спречавању прања новца и финансирања тероризма (из 2009. и касније 2017. године), као и Кривичног законика из 2005. године (у групи привредних кривичних дела) прописано кривично дело прања новца у основном, лакшем, посебном и тежим облицима испољавања за чије учиниоце (физичко и одговорно лице у правном лицу) су кумулативно прописане: казна затвора, новчана казна и мера безбедности одузимања новца и имовине који су прибављени криминалном делатношћу. Иначе, ово кривично дело се састоји у конверзији или преносу имовине за коју се зна да потиче од криминалне делатности у намери да се прикрије или лажно прикаже незаконито порекло имовине, у прикривању или лажном приказивању чињеница о имовини за коју се зна да потиче од криминалне делатности или у стицању, држању или коришћењу имовине за коју се зна у тренутку пријема да потиче од криминалне делатности. У темељу ових законских решења се налази Стратегија Владе Републике Србије за борбу против прања новца и финансирања тероризма (чија је трећа верзија почев од 2008. године у примени).

Литература

- Ascensio, H., Decaux, E., Pellet, A., Droit international penal, Paris, 2000.
- Babić, M., Marković, I., Krivično pravo, Posebni deo, Banja Luka, 2008.
- Bjelopoljak, A., Pranje novca – sumnjive transakcije i off shore zone, Kakanj, 2012.
- Brlić, J., Maros, I., Blečić, S., Propisane obaveze u sustavu sprječavanja pranja novca i financiranja terorizma, Zagreb, 2012.
- Гилмор, В., Прљави новац, Београд, 2006.
- Degan, V.Đ., Pavišić, B., Međunarodno kazneno pravo, Rijeka, 2005.

- Ђорђевић, Ђ., Кривично право, Посебни део, Београд, 2014.
- Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ., Кривично право, Београд, 2020.
- Јовашевић, Д., Међународно кривично право, Ниш, 2011.
- Јовашевић, Д., Икановић, В., Међународно кривично право, Бања Лука, 2015.
- Јовашевић, Д., Кривично право, Посебни део, Београд, 2017.
- Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В., Коментар Кривичног законика Републике Српске, Бања Лука, 2021.
- Klasens, Ž.R., Sprječavanje pranja novca, Beograd, 2006.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V., Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore, Cetinje, 2004.
- Masnjak, B., Kaselj, Ž., Sprječavanje pranja novca, Zagreb, 1998.
- Narodne novine Republike Hrvatske broj 110/97, 27/98, 129/2000, 51/2001, 105/2004, 84/2005, 71/2006 i 110/2007.
- Narodne novine Republike Hrvatske broj 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017, 118/2018, 126/2019 i 84/2021.
- Novoselec, P., Uvod u gospodarsko kazнено право, Zagreb, 2009.
- Pavišić, B., Kazнено право Vijeća Evrope, Zagreb, 2006.
- Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007.
- Pavlović, Š., Komentar Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma, Zagreb, 2018.
- Пантелић, Ј., ет ал., Типологије прања новца - студије случаја прања новца, Београд, 2015.
- Petrović, B., Jovašević, D., Krivično право II, Kazнено право, Posebni deo, Sarajevo, 2005.
- Petrović, B., Jovašević, D., Međunarodno krivično право, Sarajevo, 2010.
- Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A., Krivično право 2, Sarajevo, 2016.
- Selinšek, Lj., Gospodarsko kazенско право, Ljubljana, 2006.
- Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 и 35/2019.
- Службени гласник Републике Србије број 94/2016.

- Службени гласник Републике Србије број 113/2017, 91/2019 и 153/2020.
- Службени гласник Републике Србије – Међународни уговори број 19/2009.
- Службени лист Србије и Црне Горе – Међународни уговори број 12/2005.
- Службени лист СРЈ – Међународни уговори број 6/2001.
- Службени лист СРЈ - Међународни уговори број 7/2002 и 18/2005.
- Службени лист СФРЈ –Међународни уговори број 14/1990.
- Стојановић, З., Делић, Н., Кривично право, Посебни део, Београд, 2013.
- Тасева, С., Перење пари, Скопје, 2003.
- Теофиловић, Н., Јелачић, М., Спречавање, откривање и доказивање кривичних дела корупције и прања новца, Београд, 2006.
- Turković, K., et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013.
- Cindori, S., Sustav sprječavanja pranja novca, Zagreb, 2010.
- Šćepanović, S., Komentar Zakona o sprječavanju pranja novca i financiranja terorizma, Podgorica, 2020.
- Wingaert, V.C., Stessens, G.C., International criminal law: a collection of international and european instruments, Hague, 1996.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

MONEY LAUNDERING IN SERBIAN LAW AND INTERNATIONAL STANDARDS

Summary

In the contemporary structure of both national and international crime, the prevalent criminal offences are crimes against the property of natural persons and legal entities, and even against the property of states. When committing these criminal offences, individuals, groups and entire organizations act with intent to obtain illegal material gain. Yet, as it does not seem to suffice their needs, these offenders attempt to „legalize” the money and other financial gains obtained in an illegal manner by putting them into legal circulation (transactional flows), and thus create the legal ground for acquisition and further use of proceeds obtained by committing criminal activities. On the other hand, the perpetrators of these criminal offences need to conceal the true origin of the illicitly obtained money or other financial gain. Both individual states and the entire international community have realized the social danger of these money laundering activities committed by individuals, groups or organisations whose ultimate goal is to conceal the true origin of illicitly obtained money and other financial gains. The criminal offence of money laundering is envisaged both in the international law and in the national legislation. For the purpose of preventing and suppressing these socially dangerous criminal activities, the criminal law of the Republic of Serbia prescribes the criminal liability and severe forms of punishment for the commission of the criminal offence of money laundering.

Keywords: *property crimes, money laundering, concealing the origin of illicit gain, legal circulation (flows), punishment, international standards.*

ГРАЂЕВИНСКА ДОКУМЕНТАЦИЈА – РЕГУЛАТИВА И ПРОЦЕДУРЕ ДОНОШЕЊА²

Апстракт: У овом раду, анализирамо прописе који регулишу изградњу објеката у Србији. Указујемо на документе просторног и урбанистичког планирања, на основу којих инвеститори формирају своју грађевинску документацију. Техничка и друга документација која омогућава реализацију грађевинског пројекта, израђује се на основу просторних и урбанистичких планова и докумената за њихово спровођење. Планским документима дефинишу се просторни и урбанистички планови у Републици Србији, регионима и јединицама локалне самоуправе. Програмима имплементације омогућава се спровођење планских докумената. Урбанистичко-техничка документација прецизира спровођење планских докумената. Саставни део просторног и урбанистичког планирања чине и Стратегија одрживог урбаног развоја Републике Србије и Национална архитектонска стратегија.

Кључне речи: грађевинска документација, регулатива, просторно и урбанистичко планирање.

1. Уводне напомене

Изградња грађевинских објеката јесте сложен, често скуп и дуготрајан процес, који је регулисан бројним прописима. У домаћем законодавству детаљно је регулисана ова област.³ Проблем уједначеног тумачења и

¹ljubica@prafak.ni.ac.rs

²Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

³Део регулативе у грађевинарству код нас чине: Закон о планирању и изградњи, Службени гласник РС, бр. бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - одлука УС, 50/2013 - одлука УС, 98/2013 - одлука УС, 132/2014,

примене грађевинских прописа у Србији, задњих година, покушава се решити увођењем Централне евиденције обједињених процедура (у наставку и ЦЕОП). У овом раду, спомињемо релевантне законе и подзаконска акта који регулишу изградњу објеката у Србији, пре свега, изградњу стамбених и пословних објеката. О регелуativi изградње специфичних грађевинских објеката (војних, рударских и других) у овом раду неће бити речи. Закон о планирању и изградњи из 2009. године детаљно регулише питања везана за реализацију грађевинских пројеката. Овај закон је прошао одређене измене и допуне у настојању да се његова прецизност и имплементација побољшају. *Законом о планирању и изградњи* (у наставку и ЗОПИ) прописани су: услови и начин уређења простора, уређивање и коришћење *грађевинског земљишта* и *изградња објеката*; *вршење надзора* и друга питања у вези са овим.⁴ Носилац грађевинских пројеката јесте *инвеститор*, лице за чије потребе

145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 - др. закон, 9/2020 и 52/2021); Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља, *Службени гласник РС*, бр. 18/2020; Закон о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015; Закон о проценитељима вредности непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 108/2016, 113/2017; Закон о државном премеу и катастру, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009...9/2020; Закон о стандардизацији, *Службени гласник РС*, бр. 36/2009 и 46/2015; Закон о порезу на доходак грађана, *Службени гласник РС*, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн., 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 - усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 - усклађени дин. изн., 153/2020, 156/2020 - усклађени дин. изн., 6/2021 - усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 132/2021 - усклађени дин. изн. и 10/2022 - усклађени дин. изн.; Закон о порезу на добит правних лица, *Службени гласник РС*, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 - др. закон, 142/2014, 91/2015 - аутентично тумачење, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021; Правилник о условима и нормативима за пројектовање стамбених зграда и станова, *Службени гласник РС*, бр. 58/2012; Правилник о класификацији објеката, *Службени гласник РС*, бр. 22/2015; Правилник о садржини, начину и поступку израде и начину вршења контроле техничке документације према класи и намени објеката, *Службени гласник РС*, бр. 73/2019; Правилник о поступку спровођења обједињене процедуре електронским путем, *Службени гласник РС*, бр. 68/2019; Уредба о локацијским условима, *Службени гласник РС*, бр. 35/2015, 114/2015 и 117/2017) и други.

⁴Члан 1. ЗОПИ. Надзор над извршавањем одредаба овог закона и прописа донетих на основу њега, врши министарство надлежно за послове урбанизма и грађевинарства (Члан 172. ЗОПИ).

се гради објекат и на чије име гласи грађевинска дозвола.⁵ Инвеститор обезбеђује земљиште и финансијска средства за изградњу, ангажује лица за израду пројеката и друге документације (неопходне за добијање дозвола, прикључака на инфраструктурне мреже) и обављање других активности које прате процес градње. За потребе изградње и употребу објеката обавља се *промет различитих непокретности*⁶ од грађевинског земљишта, зграде и посебних делова зграде. *Уговор о промету непокретности* закључује се у облику јавнобележнички потврђене (солемилизоване) исправе. Надлежан је јавни бележник на чијем се подручју налази непокретност која је предмет уговора. У Србији *страна физичка и правна лица*, која обављају делатност у нашој земљи, могу под условима узајамности,⁷ стицати право својине на непокретностима које су им неопходне за обављање њихове делатности, а страном физичко лице које не обавља делатност у Србији може, под условима узајамности, стицати право својине на стану и стамбеној згради као и држављани РС.⁸ Оваква законска решења омогућавају и страним лицима да буду грађевински инвеститори код нас. У недостатку сопствених средстава, инвеститор може пронаћи финансијера,⁹ са којим закључује уговор у коме се дефинишу њихова права и обавезе. Уколико инвеститор није уједно и извођач радова, он ће закључити уговор о грађењу¹⁰ са изабра-

⁵ Члан 2. тачка 21. ЗОПИ.

⁶ Видети: од члана 1. до 4. Закона о промету непокретности, *Службени гласник РС*, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015.

⁷ О праву странаца да стичу непокретности у РС, видети: <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/3579/pravo-stranaca-da-sticu-nepokretn> Прегледано, 14.4.2022.

⁸ Видети: Члан 82а. Закона о основама својинскоправних односа, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005 - др. Закон.

⁹ *Финансијер* јесте лице које по основу закљученог и овереног уговора са инвеститором финансира, односно суфинансира изградњу, доградњу, реконструкцију, адаптацију, санацију или извођење других грађевинских односно инвестиционих радова и на основу тог уговора стиче одређена права и обавезе које су овим законом прописане за инвеститора у складу са тим уговором, осим стицања права својине на објекту који је предмет изградње (Члан 2. тачка 43. ЗОПИ).

¹⁰ *Уговор о грађењу* је уговор о делу којим се *извођач* обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту, или да на таквом земљишту, односно на већ постојећем објекту изврши какве друге грађевинске радове, а *наручилац* се обавезује да му за то исплати одређену цену. Уговор о грађењу мора бити закључен у *писаној форми*. (Члан 630. тачке 1 и 2. Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 - Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020). У наставку текста и 300.

ним извођачем радова, који може бити правно лице или предузетник.¹¹ Цена грађевинских радова може бити коригована у складу са степеном повећања цена елемената грађевинских радова и поштовања уговорених рокова градње, постоји могућност и раскида уговора о грађењу.¹²

Остваривање права на изградњу објеката повезано је са државном политиком просторног и урбанистичког планирања. Бројним планским документима дефинишу се просторни и урбанистички планови на нивоу Републике Србије, региона и јединица локалне самоуправе, а доносе се и посебни документи (програми имплементације) за спровођење планских докумената. Урбанистичко-техничка документација прецизира спровођење планских докумената, као што су: урбанистички пројекти, пројекат препарцелације и парцелације. Саставни део просторног и урбанистичког планирања у Србији чине и Стратегија одрживог урбаног развоја РС и Национална архитектонска стратегија. У складу са планским документима и документима за њихово спровођење на одређеној територији, инвеститор обезбеђује бројну техничку и другу документацију приликом реализације свог грађевинског пројекта. У овом раду указујемо на документацију, која прати реализацију грађевинских пројеката у Србији. Сложеност грађевинских пројеката повезана је и са усклађивањем активности различитих учесника, које инвеститор ангажује на пројекту, а сваки од њих има своје циљеве и очекивања.¹³

2. Просторно и урбанистичко планирање

Документи просторног и урбанистичког планирања су: 1) плански документи (просторни и урбанистички планови); 2) документи за спровођење просторних планова (програм имплементације Просторног плана РС и програм имплементације регионалног просторног плана); 3) урбанистичко-технички документи за спровођење планских докумената (урбанистички пројекат, пројекат препарцелације и парцелације, елаборат геодетских радова за исправку граница суседних парцела и спајање две суседне парцеле истог власника); 4) Стратегија одрживог урбаног развоја РС; 5) Национална архитектонска стратегија.¹⁴ План-

¹¹ Члан 150. ЗОПИ.

¹² Видети: Од члана 636. до 639. ЗОПИ.

¹³ John Murdoch and Will Hughes, *Construction Contracts Law and management*. Routledge, <https://engineeringbookspdf.com/construction-contracts-law-and-management-fourth-edition-pdf-free-download/1659/>. 2008. 11-15. Преузето 1.6.2022.

¹⁴ Члан 10. ЗОПИ.

ски документи се израђују за период од највише 25 година.¹⁵ На основу усвојеног планског документа издају се јавне исправе (информације о локацији, локацијски услови) које пружају информације инвеститорима о могућностима градње на одређеној парцели, као и услове за израду пројеката. *Информација о локацији* садржи податке о могућностима и ограничењима градње на катастарској парцели, односно на више катастарских парцела, на основу планског документа. Ову информацију издаје орган надлежан за издавање локацијских услова, у року од осам дана од дана подношења захтева, уз одређену накнаду. *Локацијски услови* садрже све урбанистичке, техничке и друге услове и податке потребне за израду идејног пројекта, пројекта за грађевинску дозволу и пројекта за извођење, и издају се за катастарску парцелу која испуњава услове за грађевинску парцелу.¹⁶

2.1. Плански документи су просторни и урбанистички планови¹⁷

2.1.1. Просторни планови су:

Просторни план Републике Србије¹⁸, доноси га Народна скупштина РС на предлог Владе (то је основни плански документ просторног планирања у РС са којим морају бити у складу остали плански документи); *Регионални просторни план* доноси Влада или скупштина аутономне покрајине или скупштина града (израђује се за веће просторне целине административног, функционалног, географског или статистичког карактера); *Просторни план јединице локалне самоуправе* доноси скупштина јединице локалне самоуправе (одређује смернице за развој делатности и намену површина, као и услове за одрживи и равномерни развој на територији јединице локалне самоуправе); *Просторни план подручја посебне намене* доноси Влада или скупштина аутономне покрајине (за подручја са природним, културно-историјским и другим вредностима; подручја са могућом експлоатацијом минералних силовина; са туристичким потенцијалима; и слично).

¹⁵ Члан 11. ЗОПИ.

¹⁶ Члан 53. и 53а. ЗОПИ.

¹⁷ Детаљније о планским документима, видети: од члана 11. до 51. ЗОПИ.

¹⁸ Просторни план РС садржи нарочито: основе за израду плана; оцену постојећег стања; циљеве и принципе просторног развоја; принципе и пропозиције заштите, уређења и развоја природе и природних система; просторни развој и дистрибуцију становништва; мреже насеља и јавних служби; просторни развој саобраћаја и инфраструктурних система од значаја за РС; концепцију просторног развоја привреде; мере заштите животне средине; и друго. (Видети: Члан 15. ЗОПИ)

2.1.2. Урбанистички планови су:

Генерални урбанистички план доноси скупштина јединице локалне самоуправе (доноси се за град, као стратешки развојни план са општим елементима просторног развоја);¹⁹ *План генералне регулације*²⁰ (обавезно се доноси за насељено место које је седиште јединице локалне самоуправе, може се донети и за друга насељена места на територији општине, односно града, када је то предвиђено просторним планом јединице локалне самоуправе), ово је основни план регулације који се директно спроводи (изузетно кроз план детаљне регулације)²¹ применом правила уређења и грађења на обухвату планског документа; *План детаљне регулације*²² (доноси се за делове насељеног места, уређење неформалних насеља, зоне урбане обнове, инфраструктурне коридоре и објекте и подручја за која је обавеза његове израде одређена планским документом). Када се урбанистичким планом намена земљишта мења, тако да нова намена захтева битно другачију парцелацију, план детаљне регулације може садржати и план парцелације. Планом

¹⁹ Генерални урбанистички план садржи: границе плана и обухват грађевинског подручја; генерална урбанистичка решења са наменама површина које су планиране у грађевинском подручју; генералне правце и коридоре за саобраћајну, енергетску, водопривредну, комуналну и другу инфраструктуру; поделу на целине за даљу планску разраду плановима генералне регулације за цело грађевинско подручје; друге елементе који су значајни за даљу планску разраду урбанистичког плана. (Члан 24. ЗОПИ)

²⁰ План генералне регулације садржи нарочито: границе плана и обухват грађевинског подручја; поделу простора на посебне целине и зоне; претежну намену земљишта по зонама и целинама; регулационе и грађевинске линије; потребне нивелационе коте раскрсница улица и површина јавне намене; попис парцела и опис локација за јавне површине, садржаје и објекте; коридоре и капацитете за саобраћајну, енергетску, комуналну и другу инфраструктуру; мере заштите културно-историјских споменика и заштићених природних целина; правила уређења и правила грађења за целокупни обухват планског документа; друге елементе значајне за спровођење плана. (Видети: Члан 25. ЗОПИ)

²¹ Изузетно, спровођење плана генералне регулације може се предвидети кроз израду плана детаљне регулације, у случају када није могуће на целом обухвату плана генералне регулације одредити регулацију, односно правила уређења и грађења. (Видети: Члан 26. став 2. и 3. ЗОПИ)

²² План детаљне регулације садржи нарочито: границе плана и обухват грађевинског подручја; детаљну намену земљишта; регулационе линије улица и јавних површина; нивелационе коте улица и јавних површина (нивелациони план); попис парцела и опис локација за јавне површине, садржаје и објекте; коридоре и капацитете за саобраћајну, енергетску, комуналну и другу инфраструктуру; мере заштите културно-историјских споменика и заштићених природних целина; правила уређења и грађења по целинама и зонама; друге елементе значајне за спровођење плана детаљне регулације. (Видети: Члан 28. ЗОПИ)

детаљне регулације могу се утврдити посебна правила парцелације/препарцелације и за грађевинске парцеле које су дефинисане планом парцелације, који је саставни део плана детаљне регулације. Саставни делови просторног плана подручја посебне намене, просторног плана јединице локалне самоуправе и урбанистичких планова су: правила уређења; правила грађења; графички део.²³ Документи просторног и урбанистичког планирања морају бити усклађени, тако да документ ужег подручја мора бити у складу са документом ширег подручја.²⁴

*Правила уређења*²⁵ садржана су у просторном плану подручја посебне намене, просторном плану јединице локалне самоуправе и урбанистичким плановима. Ова правила прецизирају: концепцију уређења карактеристичних грађевинских зона; урбанистичке и друге услове за уређење и изградњу површина и објеката јавне намене и мреже саобраћајне и друге инфраструктуре, као и услове за њихово прикључење; степен комуналне опремљености грађевинског земљишта по целинама или зонама из планског документа, који је потребан за издавање локацијске и грађевинске дозволе; услове и мере заштите природних и културних добара и заштите природног и културног наслеђа, животне средине и живота и здравља људи; услове којима се површине и објекти јавне намене чине приступачним особама са инвалидитетом; мере енергетске ефикасности изградње; друге елементе значајне за спровођење планског документа.

*Правила грађења*²⁶ у просторном плану подручја посебне намене, просторног плана јединице локалне самоуправе и плановима генералне и детаљне регулације садрже нарочито: врсту и намену објеката који се могу градити у појединачним зонама, односно класу и намену објеката чија је изградња забрањена у тим зонама; услове за парцелацију, препарцелацију и формирање грађевинске парцеле, као и минималну и максималну површину грађевинске парцеле; положај објеката у односу на регулацију и у односу на границе грађевинске парцеле; највећи дозвољени индекс заузетости или изграђености грађевинске парцеле; највећу дозвољену висину или спратност објеката; услове за изградњу других објеката на истој грађевинској парцели; услове и начин обезбеђивања приступа парцели и простора за паркирање возила. Правила грађења, у зависности од врсте планског документа, могу да садрже и

²³ Члан 29. ЗОПИ.

²⁴ Видети: Члан 33. ЗОПИ.

²⁵ Видети: Члан 30. ЗОПИ.

²⁶ Видети: Члан 31. ЗОПИ.

друге услове архитектонског обликовања, материјализације, завршне обраде, колорита и друго.

*Графичким делом планског документа*²⁷ приказују се решења у складу са садржином плана. Графички део просторног плана израђује се на топографским картама, а могу се користити, у зависности од расположивости и потребног нивоа детаљности и сателитски снимци, карте из постојећих географских информационих система, ажурне геореференциране ортофото подлоге и оверени катастарско-топографски планови. Графички део урбанистичког плана израђује се по правилу на овереном катастарско-топографском, односно овереном топографском плану, односно овереном катастарском плану. Графички део планског документа израђује се у дигиталном облику, а за потребе јавног увида презентује се и у аналогном облику. Сви плански документи који се доносе у складу са ЗОПИ евидентирају се у Централном регистру планских докумената²⁸, који води орган надлежан за послове државног премера и катастра. Сви плански документи, евидентирани у Регистру, доступни су заинтересованим лицима и у електронском облику, путем интернета, без накнаде.

2.2. Документи за спровођење планских докумената

*Документи за спровођење просторних планова су: програм имплементације Просторног плана РС (доноси га Влада, којим утврђује мере и активности за спровођење Просторног плана РС за период од пет година); програм имплементације регионалног просторног плана (утврђује мере и активности за спровођење регионалног просторног плана за период од пет година)*²⁹. Последњу Уредбу о утврђивању Програма имплементације Просторног плана РС (у наставку и ППРС) Влада је донела за период од 2016. до 2020. године.³⁰ Програм имплементације ППРС 2016–2020, садржи: разраду планских решења ППРС 2010–2020. за период од 2016. до 2020. године, показатеље просторног развоја, везу са стратешким приоритетима европских интеграција, разраду ППРС 2010–2020. осталим планским документима у периоду од 2016. до 2020. године, као и смернице за реализацију информационог система. Како се у овом Про-

²⁷ Видети: Члан 32. ЗОПИ.

²⁸ <https://www.rgz.gov.rs/registri-rgz-a/centralni-registar-planskih-dokumenata/servisi>
Прегледано: 24.11.2022.

²⁹ Члан 58. ЗОПИ.

³⁰ Уредба о утврђивању Програма имплементације Просторног плана Републике Србије за период од 2016. до 2020. године, *Службени гласник РС*, бр. 104/2016.

граму наводи, „урађен је поштујући одредбе закона који упућују на активну сарадњу и координацију свих актера (надлежни органи, организације и институције) од којих зависи остварење планских решења и стратешких приоритета и пројеката који би требало да буду у целини или делимично остварени, односно припремљена њихова реализација у периоду до 2020. године”.³¹ У Програму имплементације ППРС 2016-2020 се наводи да је у оквиру територијалне покривености планским документима, донето 9 регионалних просторних планова (за 8 њих су донети или је у току израда програма њихове имплементације), донето је или је у току израда 79 просторних планова подручја посебне намене и да су донети просторни планови за све јединице локалне самоуправе.³²

2.3. Урбанистичко-технички документи за спровођење планских докумената

*Урбанистичко-технички документи за спровођење планских докумената су: урбанистички пројекат*³³ (израђује се, за једну или више катастарских парцела, када је то предвиђено планским документом или на захтев инвеститора, за потребе урбанистичко-архитектонског обликовања површина јавне намене и урбанистичко-архитектонске разраде локација);³⁴ *пројекат препарцелације*³⁵ (овим пројектом се више катастарских парцела образује једна или више грађевинских парцела)³⁶ и *парцелације* (парцелацијом се на једној катастарској парцели може образовати већи број грађевинских парцела);³⁷ *елaborат геодетских*

³¹ <http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/uredba/2016/104/1>, Прегледано: 28.11.2022.

³² Извор: https://www.mgsi.gov.rs/sites/default/files/PI%20PPRS_prez.pdf, Прегледано: 28.11.2022.

³³ Урбанистички пројекат може израдити привредно друштво, друго правно лице или предузетник, који су уписани у одговарајући регистар за израду урбанистичких планова и израду техничке документације. (Члан 62. ЗОПИ) Орган јединице локалне самоуправе надлежан за послове урбанизма потврђује усклађеност урбанистичког пројекта са планским документом, законом и подзаконским актима. (Члан 63. ЗОПИ)

³⁴ Детаљније о овоме, видети: Члан 60. и 61. ЗОПИ.

³⁵ Пројекат препарцелације, односно парцелације израђује овлашћено привредно друштво, односно друго правно лице или предузетник које је уписано у одговарајући регистар. Ове пројекте потврђује орган јединице локалне самоуправе надлежан за послове урбанизма. (Члан 65. став 3 и 4. ЗОПИ)

³⁶ Видети: Члан 65. став 1. ЗОПИ.

³⁷ Видети: Члан 65. став 2. ЗОПИ.

*радова*³⁸ за исправку граница суседних парцела и спајање две суседне парцеле истог власника.³⁹ *Препарцелацију и парцелацију* спроводи надлежни орган за послове државног премера и катастра, доношењем решења о формирању катастарске/их парцеле/а.⁴⁰ Подносилац захтева за спровођење препарцелације/парцелације, подноси доказ о решеним имовинско-правним односима за све катастарске парцеле и пројекат препарцелације, односно парцелације потврђен од стране органа надлежног за послове урбанизма јединице локалне самоуправе, чији саставни део је пројекат геодетског обележавања. Уколико се катастарска парцела налази у јавној својини и тај део треба припојити суседној катастарској парцели како би се формирала грађевинска парцела, у том случају у циљу препарцелације, јавна катастарска парцела се отуђује у складу са Законом о јавној својини.⁴¹

Пре израде *елабората геодетских радова*, власник катастарске парцеле решава имовинско правне односе. Уколико је суседна катастарска парцела у јавној својини, сагласност за исправку границе даје надлежни правобранилац. Власник парцеле, након израде елабората геодетских радова, подноси захтев за исправку граница парцеле органу надлежном за послове државног премера и катастра, уз који подноси и доказ о решеним имовинско правним односима. Правило је да катастарска парцела у јавној својини, која се припаја суседној парцели, не испуњава услове за посебну грађевинску парцелу, као и да је мање површине од парцеле којој се припаја. Трошкове исправке граница парцеле сноси власник, односно закупац катастарске парцеле. Ово право имају и лица чији је положај уређен Законом о претварању права коришћења у право

³⁸ Елаборат геодетских радова израђује се у складу са Законом о државном премеру и катастру, *Службени гласник РС*, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 - одлука УС, 96/2015, 47/2017 - аутентично тумачење, 113/2017 - др. закон, 27/2018 - др. закон, 41/2018 - др. закон и 9/2020 - др. закон).

³⁹ Исправка граница суседних катастарских парцела, спајање суседних катастарских парцела истог власника, спајање суседних парцела на којима је исто лице власник или дугорочни закупац на основу ранијих прописа, као и образовање већег броја грађевинских парцела према планираној или постојећој изграђености односно планираној или постојећој намени грађевинске парцеле, врши се на основу елабората геодетских радова. (Члан 68. став 1. ЗОПИ)

⁴⁰ Шире о овоме видети: Члан 66. и 67. ЗОПИ.

⁴¹ Закон о јавној својини, *Службени гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016 - др. закон, 108/2016, 113/2017, 95/2018 и 153/2020.

својине на грађевинском земљишту уз накнаду⁴², тако што се уписује право коришћења на новоформираним парцелама.⁴³

2.4. Стратегија одрживог урбаног развоја Републике Србије

Стратегију одрживог урбаног развоја Републике Србије до 2030. године, донела је Влада 2019. године.⁴⁴ Приликом израде ове стратегије кренуло се од уочених проблема у урбаном развоју Србије, као што су: бесправна изградња, лоше стање техничке и социјалне инфраструктуре, недо-вољан подстицај развоју запуштених локација, као и потреба за дигитализацијом у управљању развојем територије. Циљ који се жели постићи овом стратегијом јесте уређење градског простора, решавања проблема урбаног развоја и постицање потенцијала које урбана насеља носе као генератори развојних активности. Комплексност градског простора захтева посебан приступ усмеравању развојних трендова и активности у градским подручјима. Иницијатива за израду Стратегије потекла је из Меморандума о разумевању између Министарства грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре РС и Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH у име Владе Немачке, потписаног 25. јану-ара 2017. године у Београду у оквиру пројекта „Унапређење управљања земљиштем на локалном нивоу у Републици Србији”.⁴⁵

2.5. Национална архитектонска стратегија

Национална архитектонска стратегија представља основни документ архитектонске политике у РС, којим се утврђује стратешки правац деловања релевантних актера у циљу развоја културе грађења, уна-пређења архитектонске праксе и професије, као и подизања свести о значају квалитета архитектуре и грађене средине за квалитет живота грађана. Културолошке димензије архитектуре, као и њене друге специ-фичне карактеристике које упућују на улогу и значај архитектуре у развоју економије и друштва у целини, препознати су у бројним међу-народним документима и националним политикама и документима ЕУ

⁴² Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду, *Службени гласник РС*, бр. 64/2015 и 9/2020).

⁴³ Видети: Члан 68. ЗОПИ.

⁴⁴ Стратегија одрживог урбаног развоја Републике Србије до 2030. године, *Службени гласник РС*, бр. 47/2019.

⁴⁵ Детаљније о политици урбаног развоја у РС, видети: <https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/strategija/2019/47/1/reg> Прегледано: 27.11.2022.

као национални приоритети и темељ културе, идентитета и живота грађана, а професија архитекте схваћена је као професија која утиче на јавни интерес, због чега је посебно регулисана. Разлози за доношење ове стратегије јесу: формулисање јавне политике у области архитектуре (до сада није било уређено ниједним посебним документом), мада се релевантне одреднице могу пронаћи у ратификованим међународним конвенцијама, разним секторским стратегијама и законима, а пре свега у Закону о планирању и изградњи, као кровном закону који уређује питања архитектонске праксе и професије, као и општа начела за коришћење и уређење простора.⁴⁶

3. Доношење подзаконских аката за имплементацију ЗОПИ

Влада и надлежни министар, подзаконским актима, ближе прописују услове и начин примене ЗОПИ.⁴⁷ Тако *Влада*, у зависности од класе и намене објекта, прописује: који се услови за пројектовање и прикључење обавезно прибављају од ималаца јавних овлашћења у поступку издавања локацијских услова, као и поступак издавања ових услова; ближе уређује услове, начин и поступак отуђења и размене непокретности у јавној својини; ближе прописује начин, услове и поступак за улагање неизграђеног грађевинског земљишта у јавној својини ради остваривања јавно-приватног партнерства, односно уношења као оснивачког улога у јавна предузећа и привредна друштва и закључивања уговора о заједничкој изградњи једног или више објеката са физичким или правним лицем; ближе прописује рад републичке комисије за комасацију и поступак комасације; ближе прописује критеријуме за израду докумената просторног и урбанистичког планирања; прецизира начин и рокове размене докумената и поднесака у поступцима припреме и праћења израде планских докумената.

Министар надлежан за послове грађевинарства⁴⁸ ближе прописује: енергетска својства зграда и енергетске захтеве; техничке захтеве за

⁴⁶ Извод из радне верзије нацрта Националне архитектонске стратегије. Извор: https://www.mgsi.gov.rs/sites/default/files/%D0%9AA%20NACIONALNOJ%20ARHITE%D0%9ATONS%D0%9AOJ%20STRATEGIJI_Sa%C5%BEetak%20iz%20radne%20verzije%20Nacrta%20Nacionalne%20arhitektonske%20strategije.pdf Прегледано: 27.11.2022.

⁴⁷ Детаљније о овоме, видети: Члан 201. ЗОПИ.

⁴⁸ Министарство грађевинарства, саобраћаја и инфраструктуре има посебан Сектор за просторно планирање и урбанизам. Видети: <https://www.mgsi.gov.rs/cir/sektori/sektor-za-prostorno-planiranje-urbanizam-i-stanovanje-0> Прегледано: 28.11.2022.

објекте; захтеве за употребу, уградњу и перформансе које морају да имају грађевински производи; техничке прописе чији су саставни део стандарди који дефинишу обавезне техничке мере и услове пројектовања, планирања и изградње, којим се осигурава несметано кретање и приступ особама са инвалидитетом, деци и старим особама; предмет и поступак спровођења обједињене процедуре, вођење и садржину регистра обједињених процедура и централне евиденције; садржину, начин и поступак израде докумената просторног и урбанистичког планирања; услове и критеријуме за су/финансирање израде планских докумената; начин и поступак избора чланова комисије за стручну контролу планских докумената, комисије за контролу усклађености планских докумената, комисије за планове јединице локалне самоуправе и комисије за стручну контролу урбанистичког пројекта; садржину и начин вођења и одржавања централног регистра планских докумената; садржину, поступак и начин доношења програма уређивања грађевинског земљишта; класификацију објеката према намени; поступак израде и начин вршења контроле техничке документације према класи и намени објеката; садржину и начин издавања грађевинске дозволе; услове које треба да испуне правна лица и предузетници за обављање послова израде техничке документације, односно грађења објеката; вођење стручног надзора изградње; вршење техничког прегледа и издавање употребне дозволе; општа правила за парцелацију, регулацију и изградњу; поступак измене и допуне планских докумената, као и скраћеног поступка; и друго.

4. Техничка и друга документација која омогућава реализацију грађевинског пројекта

Will Hughes реализацију инвестиционог пројекта дели на следеће фазе: почетна (inception stage), претходна студија оправданости (preliminary feasibility study) и студија оправданости (feasibility stage), израда идејних решења (scheme design), израда грађевинских пројеката (detail design), уговарање (contracting), изградња (construction), пријем и употреба објекта (commissioning).⁴⁹ Свака фаза изградње објеката⁵⁰ праћена

⁴⁹ Преузето: Бранислав Ивковић, Жељко Поповић, Зоран Стојадиновић, *Управљање пројектима у грађевинарству*, Београд: CFP Apostrof. 2021. 31.

⁵⁰ *Изградња објекта* јесте скуп радњи који обухвата: претходне радове, израду и контролу техничке документације, припремне радове за грађење, грађење објекта и стручни надзор у току грађења објекта (Члан 2. тачка 30. ЗОПИ). *Грађење* јесте извођење грађевинских и грађевинско-занатских радова, уградња грађевинских производа, постројења и опреме (Члан 2. тачка 31. ЗОПИ).

је поштовањем прописаних процедура и подношењем одговарајуће документације. Ниједан грађевински пројекат није без ризика: ризиком се може управљати, минимизирати га, поделити, пренети или прихватити али се не може занемарити.⁵¹ *Техничка документација* јесте скуп пројеката који се израђују ради: утврђивања концепта објекта, рада услова, начина изградње објекта и одржавања објекта.⁵² *Услови за пројектовање, односно прикључење* јесу услови које издају *имаоци јавних овлашћења* (државни органи, органи аутономне покрајине и локалне самоуправе, посебне организације и друга лица која врше јавна овлашћења) у *обједињеној процедури* у поступку издавања *локацијских услова*, у складу са *планским документом*, којим се дефинишу прецизни услови под којим се објекат, чија је изградња предвиђена планским документом, може реализовати и представљају саставни део локацијских услова.⁵³ Грађење се може вршити само на грађевинском земљишту, у складу са планским документом.⁵⁴ *Грађевинско земљиште* може бити у свим облицима својине. Право својине на грађевинском земљишту у јавној својини има Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе.⁵⁵ Грађевинско земљиште је у *промету* а када је у јавној својини то се врши под посебним условима.⁵⁶ Власник грађевинског земљишта у јавној својини може грађевинско земљиште дати у *закуп* ради изградње објекта за који се издаје привремена грађевинска дозвола.⁵⁷ Инвеститор има трошкове од момента одлучивања о градњи објекта и он преузима ризик реализације пројекта. До окончања грађевинског пројекта могу настати околности које је инвеститор могао очекивати, али и оне на које није рачунао.⁵⁸

⁵¹ Pinar Irlayici Cakmak and Ecem Tezel. A Guide for Risk Management in Construction Projects: Present Knowledge and Future Directions. *Risk Management in Construction Projects*, DOI: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.84361> https://mts.intechopen.com/storage/books/8808/authors_book/authors_book.pdf. 2019. Преузето 28.5.2022.

⁵² Члан 2. тачка 29. ЗОПИ.

⁵³ Члан 2. тачке 42. и 42а. ЗОПИ.

⁵⁴ *Грађевинско земљиште* је земљиште које је одређено законом или планским документом за изградњу и коришћење објекта, као и земљиште на којем су изграђени објекти у складу са законом (Члан. 82. ЗОПИ). Грађевинско земљиште се користи према намени одређеној планским документом. *Планским документом* се може променити намена пољопривредног и шумског земљишта у грађевинско земљиште (Члан 88. ЗОПИ).

⁵⁵ Члан. 84. ЗОПИ.

⁵⁶ Члан 85. ЗОПИ.

⁵⁷ Члан 86. ЗОПИ.

⁵⁸ Љубица Николић, *Инвестиције у грађевинарству у ванредним ситуацијама – користи*

Грађење објекта врши се на основу *грађевинске дозволе* и техничке документације, под условима и на начин утврђен ЗОПИ.⁵⁹ *Техничка документација*⁶⁰ обухвата: генерални пројекат; идејно решење; идејни пројекат; пројекат за грађевинску дозволу; пројекат за извођење; пројекат изведеног објекта. За израду техничке документације инвеститор може ангажовати правно лице или предузетника који: има радно ангажоване лиценциране инжењере, односно лиценциране архитекте уписане у регистар лиценцираних инжењера, архитеката и просторних планера; и уписан је у регистар за израду техничке документације који води министарство надлежно за послове планирања и изградње.⁶¹

Пројекат за грађевинску дозволу подлеже техничкој контроли⁶² коју, по избору и трошак инвеститора, може вршити привредно друштво, друго правно лице или предузетник (или више њих за посебне стручне области), која су уписана у АПР-у и која поседују решење о испуњености услова за пројектовање за ту врсту објеката. Техничку контролу пројекта за грађевинску дозволу не може вршити одговорни пројектант који је израдио тај пројекат, или је запослен у привредном друштву које је израдило тај пројекат или предузећу које је инвеститор. *Техничка контрола пројекта за грађевинску дозволу* обухвата проверу: усклађености са свим условима и правилима садржаним у локацијским условима; законом и другим прописима; техничким нормативима, стандардима и нормама квалитета; као и усклађености свих делова техничке документације; усклађености пројекта са резултатима претходних истраживања; оцену одговарајућих подлога за темељење објеката; проверу исправности и тачности техничко-технолошких решења објекта и решења грађења објеката; стабилности и безбедности; рационалности пројектованих грађевинских производа; утицаја на животну средину и суседне објекте.

*Грађевинска дозвола*⁶³ се издаје на захтев инвеститора који садржи: податке о инвеститору, који може бити физичко или правно лице; податке о објекту (намена објекта, површина, предрачунска вредност

и ризици, Зборник радова Правног факултета у Нишу, ISSN 0350-8501, бр. 94. 2022. стр. 20.

⁵⁹ Члан 110. ЗОПИ.

⁶⁰ Члан 116. ЗОПИ.

⁶¹ Члан 126. ЗОПИ.

⁶² Члан 129. ЗОПИ.

⁶³ Поступак издавања грађевинске дозволе регулисан је Правилником о садржи и начину издавања грађевинске дозволе, *Службени гласник РС*, бр. 93/2011 и 103/2013 - одлука УС.

и др.); ознаку локације на којој ће се градити (катастарска парцела); као и податке о техничкој и другој документацији која се прилаже уз захтев. Поступак издавања грађевинске дозволе, када је то поверено локалној самоуправи,⁶⁴ одвија се на следићи начин: 1) Служба за катастар непокретности, у року од 8 дана од пријема захтева, издаје *информације о локацији* на основу захтева инвеститора, поднете копије плана предметне парцеле и плаћене административне таксе. 2) Градска управа за урбанизам (обједињена процедура) *издаје локацијске услове*, на основу достављеног идејног решења и геодетског снимка катастарске парцеле и плаћене таксе. Надлежни орган је дужан да у року од пет радних дана од дана прибављања свих потребних услова и других података од имаоца јавних овлашћења изда локацијске услове.⁶⁵ 3) Градска управа за урбанизам (обједињена процедура) *издаје грађевинску дозволу* инвеститору. Уз захтев за издавање грађевинске дозволе прилаже се: идејни или главни пројекат⁶⁶; правноснажно решење о локацијској дозволи; доказ о праву својине, односно праву закупа на грађевинском земљишту (сагласност сувласника ако се гради на земљишту које је у власништву више лица); Уговор између инвеститора и финансијера (ако је закључен); услови за пројектовање и прикључење објекта на дистрибутивне системе; доказ о плаћању накнаде за уређивање грађевинског земљишта и уплати административне таксе, као и друга документа у зависности од врсте објекта и конкретних услова изградње. Грађевинска дозвола се издаје решењем, у року од осам дана од дана подношења уредног захтева за издавање грађевинске дозволе.⁶⁷ Надлежни орган који је издао решење о грађевинској дозволи за изградњу, уручује то решење инвеститору као и инспекцији која врши надзор над изградњом објекта.⁶⁸ Грађевинска дозвола има рок важења она, рецимо, може пре-

⁶⁴ Грађевинску дозволу за изградњу објекта издаје министарство надлежно за послове грађевинарства или то поверава аутономној покрајини, као и јединицама локалне самоуправе. Видети: Члан 133. и 134. ЗОПИ.

⁶⁵ Члан 56. став 1. ЗОПИ.

⁶⁶ Ако је уз захтев приложен идејни пројекат, надлежни орган утврђује да ли је пројекат урађен у складу са правилима грађења садржаним у локацијској дозволи. Исправност осталих делова идејног пројекта надлежни орган не утврђује, већ за исправност одговара одговорни пројектант. Ако је уз захтев приложен главни пројекат, надлежни орган утврђује да ли је пројекат урађен у складу са правилима грађења садржаним у локацијској дозволи. Исправност осталих делова главног пројекта надлежни орган не утврђује, већ за исправност одговара одговорни пројектант и вршилац техничке контроле. Члан 8. став 2. и 3. Правилника о садржини и начину издавања грађевинске дозволе.

⁶⁷ Члан 9. Правилника о садржини и начину издавања грађевинске дозволе.

⁶⁸ Видети: Члан 11. Правилника о садржини и начину издавања грађевинске дозволе.

стати да важи ако се не пријаве радови у року од три године од дана правноснажности решења којим је издата грађевинска дозвола или ако се у року од пет година од дана правноснажности овог решења не изда употребна дозвола.⁶⁹

Инвеститор подноси *пријаву радова* (за цео објекат или део објекта) органу који је издао грађевинску дозволу пре почетка извођења радова.⁷⁰ Уз пријаву радова подноси се доказ о регулисању обавеза у погледу доприноса за уређивање грађевинског земљишта, решење о кућном броју, доказ о плаћеној административној такси, као и други докази одређени прописом којим се ближе уређује поступак спровођења обједињене процедуре. Одмах по пријему уредне пријаве, орган који је издао грађевинску дозволу, по службеној дужности, доставља органу надлежном за послове државног премера и катастра правноснажно решење о грађевинској дозволи, потврду о пријави радова и извод из пројекта са графичким прилозима и спецификацијом посебних делова, у циљу уписа предбележбе објекта у изградњи.

Инвеститор обезбеђује *стручни надзор у току грађења објекта*, за који је издата грађевинска дозвола⁷¹, који обухвата: контролу да ли се грађење врши према грађевинској дозволи и техничкој документацији по којој је издата грађевинска дозвола; проверу квалитета извођења свих радова и примену прописа, стандарда и техничких норматива; оверу количина изведених радова; проверу доказа о квалитету грађевинских производа, опреме и постројења који се уграђују; давање упутстава извођачу радова; сарадњу са пројектантом око детаља технолошких и организационих решења и друго. Стручни надзор може вршити лице које испуњава законске услове за одговорног пројектанта или одговорног извођача радова, које није запослено код извођача радова на том објекту, нити врше инспекцијски надзор и не ради на пословима издавања грађевинске дозволе.

Подобност објекта за употребу утврђује се *техничким прегледом*⁷² изграђеног објекта. Овим прегледом контролише се усклађеност изведених радова са грађевинском дозволом и техничком документацијом на основу које је објекат грађен, као и са техничким прописима и стан-

⁶⁹ Детаљније о овоме видети: Члан 140. ЗОПИ.

⁷⁰ Члан 148. ЗОПИ.

⁷¹ Члан 153. ЗОПИ.

⁷² Технички преглед изграђеног објекта и надлежна комисија која то врши, регулисани су: Чланом 154. и 155. ЗОПИ.

дардима који се односе на поједине врсте радова, односно грађевинских производа, опреме и постројења. Технички преглед објекта врши *комисија*, коју формира и плаћа инвеститор, или коју формира привредно друштво/предузетник коме инвеститор повери вршење тих послова а које је за то надлежно. Комисија за технички преглед у свом извештају утврђује да ли је објекат подобан за употребу и предлаже (или не) издавање употребне дозволе.

Објекат који је изграђен на основу грађивенске дозволе, може се користити након што инвеститор прибави *употребну дозволу*, подношењем захтева и пратеће документације (извештај техничке комисије; пројекат изведеног објекта; односно, пројекат за извођење и изјава стручног надзора, извођача радова и инвеститора да није одступљено од пројекта за извођење и друге у зависности од врсте објеката) органу који је издао грађевинску дозволу.⁷³ Издавање употребне дозволе врши се у року од пет радних дана, од дана када инвеститор поднесе захтев за издавање употребне дозволе. *Захтев за издавање употребне дозволе* осим инвеститора, на кога гласи грађевинска дозвола, може поднети и финансијер или лица на које је у катастру непокретности извршена предбележба стицања објекта или дела објекта у изградњи.⁷⁴ У року од пет радних дана, по правноснажности употребне дозволе, орган који је издао дозволу, по службеној дужности, доставља органу надлежном за послове државног премера и катастра употребну дозволу, елаборат геодетских радова за изведени објекат и посебне делове објекта, као и елаборат геодетских радова за подземне инсталације. Орган надлежан за послове државног премера и катастра врши *упис права својине на објекту*, односно посебним деловима објекта, и о томе обавештава инвеститора и надлежни орган управе, у року од седам дана од достављања употребне дозволе.

5. Обједињена процедура поступака за издавање аката у вези са изградњом и коришћењем објеката

Остваривање права на изградњу и коришћење објеката, код нас се остварује у оквиру *обједињене процедуре* од 2016. године, када је по први пут успостављена јединствена, централна, јавна, електронска база података у којој су обједињени подаци о току сваког појединачног предмета, документација која је приложена и прибављена у поступцима које спроводе надлежни органи по захтевима у вези са изградњом,

⁷³ Издавање употребне дозволе регулисано је: Чланом 158. и 158а. ЗОПИ.

⁷⁴ Видети: Члан 158. став 7. ЗОПИ.

доградњом и реконструкцијом објеката, укључујући одлуке и друга акта надлежних органа која настају у том поступку.⁷⁵ *Централна евиденција обједињених процедура (ЦЕОП)* јесте систем, правно уређен код нас 2014. године⁷⁶, који омогућава да се комплетна документација која је потребна за изградњу објеката подноси и издаје online у електронској форми. Портал је уведен крајем 2015. године, а ажуриран новом верзијом софтвера 2020. године. Од 1.1.2016. године сви захтеви у поступку обједињене процедуре подносе се искључиво е-путем, преко Централног информационог система АПР-а.

Министарство грађевинарства, надлежни орган аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе, дужни су да одреде посебну организациону целину у свом саставу, која спроводи *обједињену процедуру за*: издавање локацијских услова; издавање грађевинске дозволе; пријаву радова; издавање употребне дозволе; за прибављање услова за пројектовање, односно прикључење објеката на инфраструктурну мрежу; за прибављање докумената које издају имаоци јавних овлашћења, а услов су за изградњу објеката, односно за издавање локацијских услова, грађевинске дозволе и употребне дозволе из њихове надлежности, као и обезбеђење услова за прикључење на инфраструктурну мрежу и за упис права својине на изграђеном објекту и за утврђивање кућног броја.⁷⁷ Министар надлежан за послове грађевинарства ближе прописује начин и поступак спровођења обједињене процедуре. Размена докумената и поднесака у обједињеној процедури обавља се *електронским путем*, осим за документе и поднеске који садрже тајне податке у складу са прописима којима се уређује тајност података. Сва акта, која у вези са обједињеном процедуром доносе надлежни органи и имаоци јавних овлашћења, као и поднесци и документи који се достављају у обједињеној процедури, укључујући и техничку документацију, достављају се у *форми електронског документа*. Ако се у обједињеној процедури доставља акт/документ који је претходно изворно сачињен у папирној форми, доставља се примерак тог акта, односно документа који је дигитализован и оверен у складу са законом којим се уређује електронско пословање. Дигитализацију документа за потребе

⁷⁵ Извор: <https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o-evidenciji.2385.html> Прегледано, 16.4.2022.

⁷⁶ Обједињена процедура, као нов поступак који омогућава ефикасније издавање дозвола и прибављање сагласности неопходних у поступку изградње, доградње и реконструкције објеката прописана је Законом о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи („Службени гласник РС”, бр. 132/2014).

⁷⁷ Члан 8. ЗОПИ.

спровођења обједињене процедуре, поред лица утврђених законом који уређује електронско пословање, може извршити и лице са лиценцом одговорног пројектанта, уписано у одговарајући струковни регистар или адвокат уписан у именик адвоката, ако то лице својим квалификованим е-потписом истовремено потписује и поднесак у обједињеној процедури уз који се тај акт, односно документ, доставља. Провера да ли је поднесак потписан и валидован е-потписом, као и поднесака и докумената који се достављају у обједињеној процедури, укључујући и техничку документацију, врши се аутоматски приликом подношења захтева, размене докумената и поднесака кроз централну евиденцију обједињене процедуре. Изузетно, лице регистровано за коришћење услуга е-управе поднесак може поднети и преко портала е-Управа, у складу са законом којим се уређује електронска управа. Изузетно, треће лице које тражи да му се у обједињеној процедури призна својство странке у поступку, односно ако на одлуке донете у том поступку изјављује правне лекове, није дужно да користи е-документе, нити да се надлежном органу обраћа е-путем. *Агенција за привредне регистре* води јединствену, централну, јавну, е-базу података, у којој су обједињени подаци из свих регистара обједињених процедура у РС, као и акта садржана у тим регистрима, преко регистратора централне евиденције и обезбеђује доступност тих података и аката у складу са законом, као и приступ актима које надлежни органи објављују.

6. Закључак

Централна евиденција обједињених процедура (ЦЕОП) јесте систем, који омогућава да се комплетна документација која је потребна за изградњу објеката подноси и издаје online у е-форми. Од 1.1.2016. године код нас сви захтеви у поступку обједињене процедуре подносе се искључиво е-путем. Процедура издавања грађевинских дозвола, као и припрема и предаја документације која томе претходи, значајно је поједностављена и стандардизована у целој Србији, што је олакшало реализацију грађинских пројеката на различитим локацијама. Предности ЦЕОП-а се, пре свега, огледају у поједностављивању и стандардизацији процедуре обезбеђивања грађевинске документације. Е-комуникација, заменила је одласке и чекања на шалтерима надлежних органа. Папирологија је иста, по истим захтевима, у свим локалним самоуправама и прецизиран је садржај пројектне документације и докумената које издају надлежни органи. Све ово је омогућило да се усклади одлучивање и тумачење прописа надлежних органа по зах-

тевима грађевинских инвеститора. Још једна предност ЦЕОП система јесте online подношење и доступност свих поднесака, одлука и документације. Све што је предато надлежном органу доступно је online, као и све одлуке и дозволе тих органа, а подносилац захтева има увид у којој фази одлучивања је његов предмет. Све пратеће надокнаде које инвеститор има везане за систем ЦЕОП, може платити е-путем, чиме је скраћено време и доказивање уплата. И управо ово одсуство директне комуникације са лицима у надлежним државним органима и институцијама понекад ствара проблем подносиоцима различитих захтева. У ЦЕОП-у не постоји могућност да подносилац захтева контактира лице које одлучује по његовом захтеву а понекад се јави потреба за додатним објашњењем специфичних ситуација.⁷⁸ Уместо тога, клијенти се упућују да техничку и оперативну дилему и проблем реше путем е-поште и доступних телефона.⁷⁹

Литература

Бранислав Ивковић, Жељко Поповић, Зоран Стојадиновић, Управљање пројектима у грађевинарству, Београд: СФР Аpostrof. 2021. 31;

Закон о државном премеру и катастру, Службени гласник РС, бр. 72/2009...9/2020;

Закон о изменама и допунама Закона о планирању и изградњи („Службени гласник РС“, бр. 132/2014);

Закон о јавној својини, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016 - др. закон, 108/2016, 113/2017, 95/2018 и 153/2020;

Закон о облигационим односима, Службени лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/9, Службени лист СРЈ, бр. 31/93, Службени лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља, Службени гласник РС, бр. 18/2020;

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

⁷⁸ О проблемима са којима се корисници ЦЕОП система сусрећу, видети: <https://kljucuruke.com/ceop-sta-je-bolje-a-sta-losije/> Прегледано, 16.4.2022. и <http://gradjevinskedozvole.rs/pitanja-i-odgovori.php?ShowAll=1&IDoblast=1543> Прегледано, 17.4.2022.

⁷⁹ За техничку и оперативну подршку корисничког система доступна је адреса е-поште: СЕОР-APR@apr.gov.rs, као и бројеви телефона: 011 635 97 99, 011 635 98 35. Извор: <https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o- evidenciji.2385.html> Прегледано, 17.4.2022.

Закон о планирању и изградњи, Службени гласник РС, бр. бр. 72/2009, 81/2009 - испр., 64/2010 - одлука УС, 24/2011, 121/2012, 42/2013 - одлука УС, 50/2013 - одлука УС, 98/2013 - одлука УС, 132/2014, 145/2014, 83/2018, 31/2019, 37/2019 - др. закон, 9/2020 и 52/2021);

Закон о порезу на добит правних лица, Службени гласник РС, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 - др. закон, 142/2014, 91/2015 - аутентично тумачење, 112/2015, 113/2017, 95/2018, 86/2019, 153/2020 и 118/2021;

Закон о порезу на доходак грађана, Службени гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн., 7/2017 - усклађени дин. изн., 113/2017, 7/2018 - усклађени дин. изн., 95/2018, 4/2019 - усклађени дин. изн., 86/2019, 5/2020 - усклађени дин. изн., 153/2020, 156/2020 - усклађени дин. изн., 6/2021 - усклађени дин. изн., 44/2021, 118/2021, 132/2021 - усклађени дин. изн. и 10/2022 - усклађени дин. изн.;

Закон о претварању права коришћења у право својине на грађевинском земљишту уз накнаду, Службени гласник РС, бр. 64/2015 и 9/2020)

Закон о промету непокретности, Службени гласник РС, бр. 93/2014, 121/2014 и 6/2015;

Закон о проценитељима вредности непокретности, Службени гласник РС, бр. 108/2016, 113/2017;

Закон о стандардизацији, Службени гласник РС, бр. 36/2009 и 46/2015;

Извор: https://www.mgsi.gov.rs/sites/default/files/PI%20PPRS_prez.pdf
Прегледано: 28.11.2022;

Љубица Николић, Инвестиције у грађевинарству у ванредним ситуацијама – користи и ризици, Зборник радова Правног факултета у Нишу, ISSN 0350-8501, бр. 94. 2022. стр. 20;

Правилник о класификацији објеката, Службени гласник РС, бр. 22/2015;

Правилник о поступку спровођења обједињене процедуре електронским путем, Службени гласник РС, бр. 68/2019;

Правилник о садржини и начину издавања грађевинске дозволе, Службени гласник РС, бр. 93/2011 и 103/2013 - одлука УС;

Правилник о садржини, начину и поступку израде и начину вршења контроле техничке документације према класи и намени објеката, Службени гласник РС, бр. 73/2019;

Правилник о условима и нормативима за пројектовање стамбених зграда и станова, Службени гласник РС, бр.58/2012;

Радна верзије нацрта Националне архитектонске стратегије. Извор: https://www.mgsi.gov.rs/sites/default/files/%D0%9AA%20NACIONALNOJ%20ARHITE%D0%9ATONS%D0%9AOJ%20STRATEGIJI_Sa%C5%BEetak%20iz%20radne%20verzije%20Nacrta%20Nacionalne%20arhitektonske%20strategije.pdf, Прегледано: 27.11.2022.;

Стратегија одрживог урбаног развоја Републике Србије до 2030. године, Службени гласник РС, бр. 47/2019.;

Уредба о локацијским условима, Службени гласник РС, бр. 35/2015, 114/2015 и 117/2017) и други;

Уредба о утврђивању Програма имплементације Просторног плана Републике Србије за период од 2016. до 2020. године, Службени гласник РС, бр. 104/2016;

John Murdoch and Will Hughes, Construction Contracts Law and management. Routledge, <https://engineeringbookspdf.com/construction-contracts-law-and-management-fourth-edition-pdf-free-download/1659/>. 2008. 11-15. Преузето 1.6.2022.;

Pinar Irlayici Cakmak and Ecem Tezel. A Guide for Risk Management in Construction Projects: Present Knowledge and Future Directions. Risk Management in Construction Projects, DOI: <http://dx.doi.org/10.5772/intechopen.84361> https://mts.intechopen.com/storage/books/8808/authors_book/authors_book.pdf. 2019. Преузето 28.5.2022.,

<http://gradjevinskedozvole.rs/pitanja-i-odgovori.php?ShowAll=1&IDoblast=1543>, Прегледано, 17.4.2022.;

<http://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/uredba/2016/104/1> Прегледано: 28.11.2022.;

<https://kljucuruke.com/ceop-sta-je-bolje-a-sta-losije/>, Прегледано, 16.4.2022.,

<https://www.apr.gov.rs/registri/gradjevinske-dozvole/o-evidenciji.2385.html>, Прегледано, 17.4.2022.;

<https://www.mgsi.gov.rs/cir/sektori/sektor-za-prostorno-planiranje-urbanizam-i-stanovanje-0>, Прегледано: 28.11.2022.;

<https://www.mpravde.gov.rs/tekst/3579/pravo-stranaca-da-sticu-nepokretn> Прегледано, 14.4.2022.;

<https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/vlada/strategija/2019/47/1/reg> Прегледано: 27.11.2022.;

<https://www.rgz.gov.rs/registri-rgz-a/centralni-registar-planskih-dokumenata/servisi> Прегледано: 24.11.2022.

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CONSTRUCTION DOCUMENTATION: REGULATIONS AND ADOPTION PROCEEDINGS

Summary

The construction of civil-engineering facilities is regulated by numerous regulations. In the Republic of Serbia, the issues pertaining to the implementation of construction projects are regulated by the 2009 Planning and Construction Act (as the basic legislative act regulating the conditions and modalities of using and managing spatial planning and construction), as well as by other subject-specific laws and numerous by-laws. In line with the planning documentation and related documents for its implementation in some territory, the investor is obliged to submit numerous technical and other documents in the course of realizing a construction project. In recent years, Serbia has attempted to resolve the issue of uniform interpretation and application of construction regulations by introducing the Central Records of Unified Procedures (CRUP). The six-year implementation of unified procedures have demonstrated the advantages of this system, when compared to the previous traditional system which was based on the traditional submission of documents and technical construction documentation to competent authorities in a hard-copy (paper) format. The users of the CRUP system (investors, project designers, employees of public administration bodies) accepted the new electronic communication and decision-making system relatively quickly. The CRUP is a central, unified and publicly accessible electronic database incorporating consolidated data on the progress of each individual case, the documentation attached and obtained in proceedings conducted by the competent authorities acting on construction-related requests, as well as the decisions and other legal acts published by the competent authorities in that process. On the whole, this system has significantly simplified the procedure of providing technical and other construction documentation.

Keywords: *construction documentation, regulations, spatial and urban planning.*

ОДРЖИВИ РАЗВОЈ СТАНОВАЊА – ОДРЖАВАЊЕ И УПРАВЉАЊЕ ЗГРАДОМ²

Апстракт: Етажна својина је сложено право које обухвата својину на стану, пословној просторији, гаражи, гаражном месту или гаражном боксу као посебним физичким деловима зграде, али уз ову својину, као акцесоријум, иду и заједничка својина на заједничким деловима зграде, и сусвојину на земљишту у функцији зграде. Управљање заједничким деловима зграде, ради функционисања права етажне својине, често је „камен спотицања” и захтева филингранску законску регулативу процеса одлучивања како би се омогућила равнотежа два једнако важна интереса: индивидуалног интереса власника посебног дела и заједничког интереса свих власника. Да би се постигао циљ одрживог становања, Закон о становању и одржавању зграда Републике Србије је увео бројне новине које се примењују више од 5 година, а посебно су значајне оне везане за потребну већину при доношењу одлука о управљању зградом на начин да се отклоне бројни проблеми етажне својине.

Кључне речи: одрживи развој становања, етажна својина, управљање и одржавање зграда, кворум, облици већине.

1. Увод

С обзиром да је етажна својина облик приватне својине, предност у појединим решењима треба дати аутономији воље и слободи уговарања. Међутим, пракса је показала да ове принципе треба напустити када не функционишу и угрожавају заједнички и општи интерес етажних власника, посебно у пословима одржавања и управљања зградом. Главни

¹lazic@prafak.ni.ac.rs

²Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2021-2025.

изазов сваког законодавца је уређење начина и поступка доношења одлука у појединим пословима управљању зградом, односно заједничким деловима зграде, зависно од тога о којим се пословима ради (хитне интервенције, редовни или ванредни послови одржавања, избор управника итд.). Притом не треба само обезбедити ефикасно одлучивање и управљање зградом, већ и омогућити заштиту индивидуалних интереса свих етажних власника, њихове заједнице и јавног интереса.

Веома је значајно и да се омогући да сваки етажни власник ужива правну могућност равноправног учешћа у одлучивању, односно да се спречи мајоризација и пружи могућност контроле законитости одлучивања, односно могућност оспоравања незаконитих одлука већине етажних власника. Са друге стране, мотивација и интерес учествовања свих власника некада не постоји и зато је погрешно инсистирање да увек сви учествују у доношењу одлука. Поготово треба напустити принцип једногласности, односно тражење сагласности свих власника посебних делова зграде код неких радњи управљања.

Због тога је, уназад двадесетак година, у појединим правним порецима који су били узор за уређење етажног власништва (аустријско, немачко, швајцарско право и др.) реформисан поступак доношења одлука о управљању. Реформа европског законодавства, а и српског законодавства пре пет година, вршене су ради олакшавања доношење одлука о управљању зградана ради њиховог одржавања и омогућавања принципа одрживости становања у зградама са више етажних власника.

Најважнија промена је смањење кворума за одлучивање и допуштање одлучивања обичном или квалификованом већином, односно напуштање или свођење на минимум једногласног одлучивања, тј. неопходности сагласности свих етажних власника. Циљ ових реформи је деблокирање заједнице станара у одлучивању, односно омогућавања ефикаснијег спровођења поступка обнове зграда, заштите интереса свих станара и јавног интереса, повећање енергетске ефикасности зграде, дигитализација зграда и сл. Таква измена, са друге стране, захтева и уређење заштите прегласаних етажних власника, не само због правичности и једнакости етажних власника, већ и због опасности „финансијске мајоризације”³ сиромашнијих станара непотребним

³ Тако, одржавање зграда и изгледа фасада је јавни интерес. Закони предвиђају могућност да јединица локалне самоуправе може одлуком прописати обавезу одржавања спољног изгледа зграде (фасаде). Међутим, пракса (у Пољској и Чешкој) је показала да локална власт доносила одлуке којима се терет одржавања фасада

оптерећењима и злоупотребама.

Закон о становању и одржавању зграда Републике Србије⁴ (у даљем тексту: ЗСОЗ), са бројним новинама, уредио је коришћење и одржавање зграда на начин како би се отклонили бројни проблеми етажне својине - како међу самим станарима, тако и према локалној самоуправи и трећим лицима. Бројне новине и више од 5 година примене ЗСО је прилика да се позабавимо ефектима законских решења и сложеним и вишеслојним проблемима правних односа поводом етажне својине узрокованим због специфичности живота у вишеспратницама и узајамне зависности власника, а посебно поступком одлучивања о управљању зградом. Поређење ћемо посебно вршити са швајцарским правом које садржи веома интересантна решењима спорних питања којима се бавимо.

2. Етажна својина – предмет и садржина

Етажна својина је сложено право које обухвата својину на стану, пословној просторији, гаражи, гаражном месту или гаражном боксу као посебним физичким деловима зграде (чл. 4 ЗСОЗ). Уз етажну својину као обавезан акцесоријум иду и заједничка својина на заједничким деловима зграде, као и сусвојина на земљишту намењеном употреби зграде. Зграда потпада под режим етажне својине ако су испуњена два услова: 1) да је састављена из *најмање два* физички одвојена дела (подразумева се и постојање заједничких делова који их повезују); и 2) да су ови делови у својини *два различита лица*. Према томе, структура етажне својине је сложена, увек трострука, и обухвата једно главно право - посебан физички део зграде као засебну функционалну целину и два акцесорна права - заједнички делови зграде и земљиште намењено редовној употреби зграде.⁵ „Не само да сва три власничка облика међу-

пребацивао само на етажне власнике, што је многим представљало превелики намет и морали су да продају станове у централним градским зонама. Имајући у виду финансијско стање наших грађана, не треба искључити овакав сценарио. Локална самоуправа може да (су)финансира овакве пројекте, али имајући у виду презадуженост локалних самоуправа, тешко је очекивати такве одлуке (чл. 63 ст. 5 ЗСОЗ). Ако јединица локалне самоуправе жели да има репрезентативне градске зоне онда треба за то да издвоји буџетска средства, а не да целокупан терет пребаци на власнике посебних делова.

⁴ „Сл. гласник РС”, бр. 104/2016 и 9/2020. Закон је ступио на снагу првог јануара 2017. Ступањем на снагу овог Закона, престају да важе Закон о становању, Закон о одржавању стамбених зграда и Закон о социјалном становању.

⁵ Више о томе, Н. Планојевић, Правна природа етажне својине, Правни живот, Београд, бр. 10/1995, стр. 310 и надаље.

собно коегзистирају, него и скупно власништво на заједничким дијеловима зграде, као и право сувласништва на земљишту овиси од права власника на посебним дијеловима зграде”.⁶

Етажна својина је одувек била предмет бројних ограничења својинских овлашћења власника, наметнутих како због суседа и заједничких делова зграде, тако и због својства зграде као правног лица и организације станара који се налазе у основи овог субјективитета и њихових међусобних односа.

Стан као посебни део зграде, обухвата једну или више просторија намењених за становање, које чине функционалну целину и по правилу имају засебан улаз. Слична својства има и пословни простор, с тим што је он намењен обављању неке делатности.⁷ Гаража је затворени простор који чини посебну функционалну целину намењену паркирању возила, а налази се у оквиру стамбене или пословне зграде, или је засебан објекат. Гаражу чини најмање једно или више гаражних места, као површина обележених за паркирање. Гаражу могу чинити и више гаражних боксева, односно просторија за паркирање које повезују заједничке делове који служе приступу овим просторима.⁸ Обележена паркинг места на отвореном простору не представљају посебне делове зграде.

Свакако најважнији посебни део је стан. У зависности од структуре посебних делова, зграда може бити стамбена (ако су најмање 3 посебна дела намењена становању)⁹, пословна (ако су сви посебни делови пословни простори) или стамбено - пословна¹⁰. У зависности од врсте зграде организује се управљање зградом.

Садржину етажне својине чине следећа својинска овлашћења етажног власника на посебном делу: овлашћење државине; овлашћење коришћења – употребом и прибирањем плодова; овлашћење располагања. Посебна овлашћења се односе на поступак управљања зградом. Међутим, поред овлашћења, етажна својина ствара и бројне обавезе за етажног власника ради одржавања зграде и одрживости становања. Тако, поред овлашћења коришћења постоји и обавеза одржавања посебног дела зграде ради очувања функционалности зграде. Етажном

⁶ P. Simonetii, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka, 2001, стр. 150.

⁷ Видети чл. 3, ст. 1, т. 9 и 10 Закона о становању и одржавању зграда.

⁸ Видети чл. 3, ст. 1, т. 12, 13 и 14 Закона о становању и одржавању зграда.

⁹ У нашим ранијим прописима стамбеном се сматрала зграда у којој је бар један посебан део стан, што је било необично решење које је оправдано напуштено.

¹⁰ Видети чл. 3, ст. 1, т. 3, 5 и 6 Закона о становању и одржавању зграда.

власнику се намеће обавеза одржавања свог посебног дела тако да буде у стању којим се не отежава, не онемогућава и не ремети уобичајена употреба осталих делова зграде.¹¹ Посебно је значајна обавеза одржавања заједничких делова зграде. Одржавање и посебног и заједничких делова није више само приватни, већ постаје и јавни интерес.

За етажне власнике прописана је и суседскоправна обавеза да се дозволи пролаз или употребу свог посебног дела на примерен начин, ако је то нужно за поправку и одржавање неког од делова зграде или испуњење друге законске обавезе, с тим да посебан део буде враћен у стање у коме се пре тога налазио.¹² Специфичности овлашћења и посебно обавеза настају због сучељавања индивидуалних права власника посебног дела са заједничким правима заједнице етажних власника у погледу зграде као непокретности, што рађа и низ посебних обавеза и ограничења посебних овлашћења у заједничком и јавном интересу. Зато је законом неопходно успоставити равнотежу индивидуалних и заједничких интереса етажних власника, а притом заштити и јавни интерес како због безбедности становања, тако и због одрживости заједничког становања у стамбеним зградама.

3. Одрживи развој становања и управљање зградама

Најважнији прокламовани циљ Закона о становању и одржавању зграда је стварање услова за остваривање одрживог развоја становања под којим се подразумева остваривање неколико резултата (чл. 2 ЗСОЗ): „1) унапређење услова становања грађана и очување и унапређење вредности стамбеног фонда уз унапређење енергетске ефикасности, смањење негативних утицаја на животну средину и рационално коришћење ресурса, односно усклађивање економског и социјалног развоја и заштите животне средине приликом развоја стамбеног сектора; 2) одржавање и управљање у стамбеним зградама, стамбено-пословним зградама, пословним зградама, зградама јавне намене или зградама које су проглашене за културно добро и зградама у заштићеним културно-историјским целинама, у циљу спречавања или отклањања опасности по живот и здравље људи, животну средину, привреду или имовину веће вредности, односно у циљу обезбеђивања сигурности зграде и њене околине”.

¹¹ Видети чл. 12 и чл. 14 Закона о становању и одржавању зграда.

¹² Видети чл. 14 Закона о становању и одржавању зграда.

Ради олакшања остваривања ових циљева, одрживи развој становања је проглашен основним начелом и јавним интересом¹³, што захтева ефикасно одржавања и управљања стамбеним зградама у циљу обезбеђивања сигурности зграде и њене околине у циљу унапређења услова становања грађана, очувања и унапређења вредности стамбеног фонда, унапређења енергетске ефикасности и смањење негативних утицаја на животну средину.

У складу са прокламованим јавним интересом је одређено да све државне јединце – од Републике до локалне самоуправе - доносе стратешке документе за спровођење стамбене политике и обезбеђују средства у својим буџетима за испуњење обавеза утврђених овим законом и стратешким документима.

Одржавање зграда и намирнење заједничких трошкова, због широко распрострањеног сиромаштва, су трошкови становања које је све теже наплатити. Ако се додају трошкови грејања и других комуналних услуга чију висину грађани – власници станова, не могу да контролишу, етажна својина постоје захтеван облик становања у савременом праву, а одрживи развој становања захтева ефикасно управљање зградама.

Управљање зградом, обухвата све организационе послове и активности које континуирано спроводи изабрано или постављено лице (управник или професионални управник), односно орган управљања, у сврху руковођења зградом, а посебно предузимање мера ради организовања одржавања зграде, одлучивања о коришћењу финансијских средстава и обезбеђивања коришћења зграде, односно њених делова у складу са њеном наменом (чл. 3, ст.2.тач. 22 ЗСОЗ).

Законом је свака стамбена зграда са најмање два различита етажна власника на посебном делу зграде проглашена стамбеном заједницом која је стекла својство правног лица (чл. 137 ЗСОЗ).¹⁴ Стамбену заједницу чине сви власници посебних делова стамбене, односно стамбено-пословне зграде. Стамбена заједница има статус правног лица, који стиче тренутком када најмање два лица постану власници два

¹³ Свакако, законодавац треба посебним законима да регулише поступање са осталим зградама, које се не сматрају стамбеном зградом. Опасност по живот и здравље људи, а посебно „унапређење енергетске ефикасности и смањење енергетских утицаја на животну средину и рационално коришћење ресурса”, може наступити и од осталих објеката, попут болница, школа, судова, пословних и зграда државних органа итд.

¹⁴ Опширније, М. Лазиф, Новине у Закону о становању и одржавању зграда Републике Србије – између реалности и европских стандарда, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2018. бр. 81, стр. 32 и надаље.

посебна дела (чл. 16 ЗСОЗ).¹⁵ Обавезни органи стамбене заједнице су скупштина и управник (чл. 40 ЗСОЗ). На челу зграде је управник, кога бира скупштина стамбене заједнице из реда власника посебних делова или са листе лиценцираних професионалних управника¹⁶ коју води Привредна комора Србије. Мандат управника траје 4 године и може бити поново биран. Управник извршава одлуке стамбене заједнице, стара се о наплати износа који плаћају власници посебних делова за потребе извршења послова из надлежности стамбене заједнице, располаже средствима са текућег рачуна стамбене заједнице, организује радове хитних интервенција.

Седница скупштине стамбене заједнице се одржава најмање два пута годишње, а заказује је управник. Скупштина стамбене заједнице, између осталог, одлучује о: бирању и разрешавању управника; узимању кредита; одређивању висине месечног износа који плаћају власници посебних делова за потребе извршења послова из надлежности стамбене заједнице; одржавању земљишта за редовну употребу зграде; предузимању радова на заједничким деловима зграде; физичко-техничком обезбеђењу зграде; издавању делова зграде трећим лицима; осигурању; усвајању извештаја о раду управника; висини накнаде за инвестиционо одржавање итд.

Правилима о потребној већини за доношење законитих одлука је значајно олакшан рад заједнице етажних власника. Скупштина стамбене заједнице доноси одлуке обичном већином гласова присутних чланова који имају право гласа по одређеном питању, осим ако овим законом није другачије прописано. О најважнијим питањима скупштина стамбене заједнице одлучује већином коју чини 2/3 гласова, од укупног броја гласова (одлуке о располагању заједничким деловима зграде, поверавању управљања професионалном управнику, кредитном задуживању стамбене заједнице итд.). Двотрећинска већина се захтева и

¹⁵ У погледу статуса зграде, иако је зграда и у претходном периоду имала својство правног лица, новина је увођење Регистра стамбених заједница, као електронске јавне базе података, коју води локална самоуправа према својој територијалној надлежности, а подаци из регистра су јавни (чл. 18 ЗСОЗ). Поред тога, формира се и Јединствена евиденција, коју води Републички геодетски завод, као централна, јавна, електронска база података у којој су обједињени подаци о стамбеним заједницама из свих регистара на територији Србије.

¹⁶ Вид. Правилник о програму испита и начину полагања испита, условима за стицање и одузимање лиценце за професионалног управника и садржини регистра професионалних управника, <http://www.mgsi.gov.rs/cir/dokumenti/pravilnik-o-programu-ispita-i-nachinu-polaganja-ispita-uslovima-za-sticanje-i-oduzimanje>

у случају располагања заједничким деловима зграде за потребе надзиђивања (чл. 44 ЗСОЗ). Једногласност одлучивања је овим законом напуштена.

Кворум за одржавање и рад седнице скупштине чини обична већина од укупног броја гласова чланова који имају право гласа по одређеном питању, ако одлуком стамбене заједнице није одређен већи број гласова (чл. 45 ЗСОЗ). На поновљеној седници скупштине са истим питањима, кворум за одржавање и рад поновљене седнице чини 1/3 укупног броја гласова чланова, ако одлуком стамбене заједнице није одређен већи број гласова.

Власник посебног дела може гласати и писаним путем или електронски, а уколико тако поступи, сматра се да је присуствовао седници. Власник посебног дела може да гласа и путем заступника, односно пуномоћника. Стамбена заједница одговара за штету која проистекне услед неизвршења или неправилног извршења послова који су у њеној надлежности.

Радови на одржавању зграде о којима одлучује заједница станара су: хитне интервенције, текуће и инвестиционо одржавање. „Текуће одржавање је извођење радова који се предузимају ради спречавања оштећења која настају употребом зграде или ради отклањања тих оштећења, а састоје се од прегледа, поправки и предузимања превентивних и заштитних мера, односно свих радова којима се обезбеђује одржавање зграда на задовољавајућем нивоу употребљивости, а радови на текућем одржавању стана или пословног простора јесу кречење, фарбање, замена облога, замена санитарија, радијатора и други слични радови; Инвестиционо одржавање јесте извођење грађевинско-занатских, односно других радова у зависности од врсте објекта у циљу побољшања услова коришћења зграде у току експлоатације” (чл. 3 тач. 25, 26 ЗСОЗ).

Власник посебног дела зграде дужан је да учествује у трошковима одржавања заједничких делова зграде и земљишта за редовну употребу зграде и управљања зградом. Два су принципа поделе трошкова одржавања заједничких делова и управљања зградом (чл. 63 ЗСОЗ). Трошкови радова текућег одржавања и управљања се распоређују према броју посебних делова у односу на укупан број. Трошкови инвестиционог одржавања и унапређења својстава зграде се распоређују сразмерно учешћу површине својих посебних делова у односу на збир укупне површине свих посебних делова.

Власник посебног дела зграде је овлашћен да одређене радње обави и самостално а на терет рачуна заједнице станара – „изврши поправку

или друге радове на заједничким деловима зграде која је неопходна ради отклањања опасности од проузроковања штете на посебном делу који му припада ако то благовремено не учини лице које је дужно да изврши поправку” (чл. 12 ст. 1 тач. 2).

Практично, наш законодавац је ЗСОЗ код свих питања управљања напустио систем једногласног одлучивања власника посебних делова, што може водити прегласавању појединих етажних власника којима преостаје само судска заштита против незаконитих одлука. Уколико је етажни власник незадовољан одлуком већине, може да покрене поступак пред надлежним основним судом за поништавање одлуке скупштине стамбене зграде која је донета супротно ЗДОЗ или подзаконским актима. Овај поступак се покреће најкасније у року од 45 дана од сазнања за одлуку, а најкасније у року од 6 месеци од доношења одлуке (чл. 12, ст. 1, тач. 5).

„Не занемарујући значај доношења адекватних правила са становишта заштите јавног интереса, сматрамо да је било нужно одступање од општег режима заједничке својине по којем се подразумева да заједничари заједнички и споразумно управљају и располажу својом заједничком својином. Када се ради о заједничкој својини на заједничким деловима зграде она је, међутим, недељива и због тога је неопходно установити правило које ће све етажне власнике третирати као једнаке и равноправне, а да при томе не буде паралисана могућност промене намене заједничких делова зграде, када је то у интересу самих власника, али и у јавном интересу”¹⁷ Сматрамо исправним овакав став.¹⁸

Код етажних власника постоје различити интереси и мотиви за одлучивање о управљању – непосредно коришћење или рентирање посебних делова; материјално стање; степен образовања, намера и врста располагања итд. У новијим прописима о управљању некретнинама у етажном власништву на различите се начине покушавају премостити практични проблеми приликом одлучивања о пословима управљања. Уназад двадесетак година спроведене су обимне реформе стамбеног законодавства у аустријском, немачком, швајцарском, хрватском, српском праву итд.

Циљ законодавних интервенција је олакшавање доношења одлука, а проблем је „решаван” на више начина. Најчешће - променом потребне

¹⁷ Р. Цветић, Право етажних власника на заједничким деловима зграде, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2017, стр. 1343.

¹⁸ М. Лазић, цит. дело, стр. 37 и надаље.

већине – преласком на обичну или квалификовану већину и напуштањем једногласности код одлучивања, што је учињено и у српском законодавству. Тенденција реформе законодавства у европском праву је напуштање једногласности код одлучивања о управљању зградом, јер се једногласност показала као непремостиви проблем за обезбеђење ефикасног функционисања стамбене заједнице, а тиме и сигурности становања у зградама и обнове заједничких делова зграде.

Недостатак напуштања једногласности одлучивања и увођене квалификоване већине код послова ванредног управљања је што омогућава прегласавање мањине (мајоритет) етажних власника којима се стварају сразмерне новчане обавезе.

Друга коришћена могућност је проширење послова који спадају у редовне поправки за које се тражи одлучивање обичном већином. Тенденција проширења тзв. каталога послова редовне управе ради смањења кворума – одлучивање обичном већином о пословима који су по садржини и обиму послови ванредног управљања. Нпр. на такав приступ се одлучио хрватски законодавац сврставајући у послове редовне управе – „изнајмљивање и давање у закуп заједничких дијелова зграде односно оснивање других правних односа везаних за постављање, одржавање и развој електроничке комуникацијске инфраструктуре и плаћање накнаде власницима у складу с посебним прописима”¹⁹. Тиме се омогућава ефикасније одлучивање.

Значајна новина је и увођење тзв. привилегованих, односно нужних грађевинских радова које може спровести сам етажни власника на заједничким деловима зграде без тражења сагласности осталих етажних власника или увођење фикције дате сагласности. Тако, допуном чл. 87. Закона о власништву Хрватске, прописано је да се „не захтијева сугласност свих етажних власника за побољшице на заједничким дијеловима којима се осигурава несметани приступ, кретање и рад особама смањене покретљивости”.²⁰ Интересантно је и хрватско решење о већини потребној за одлучивање о уградњи видео надзора зграде - потребна је сагласност етажних власника који имају најмање 2/3 сувласничког удела у згради.²¹

¹⁹ В.: Чл. 2 (у веzi чл. 86) Закона о измјенама и допунама Закона о власништву и другим стварним правима, Народне новине, бр. 146/08.

²⁰ Чл. 1. Закона о измјенама и допунама Закона о власништву и другим стварним правима, Народне новине, бр. 141/06.

²¹ Закон о provedbi Опће uredbe о заштити података, Народне новине, бр. 42/18.

Према томе, хрватски законодавац је посебним прописима одредио квалификовану већину и тиме déroгирао општи пропис по којем се за послове ванредне управе захтева сагласност свих етажних власника. Наведени закони су *lex specialis* у односу на Закон о власништву и другим стварним правима. Заштита прегласаних етажних власника у хрватском праву огледа се у праву етажног власника да од других етажних власника захтева осигурање за будућу штету конституисањем залогe или јемства о чему одлучује суд у ванпарничном поступку (чл. 40/4 ZV).

4. Швајцарски модел управљања зградама етажних власника

У швајцарском праву етажна својина је 1965. године регулисана грађанским закоником, са изменама из 2009. године.²² Актуелне су расправе о потребама нове реформе, посебно одредби о управљању етажном својином и кворума одлучивања о пословима управљања.²³ Швајцарском грађанском законнику (у даљем тексту: ZGB) су предвиђене одредбе о потребној већини код одлучивања. Иако су одредбе грађанског законика о управљању диспозитивне природе, допуштено је да етажни власници могу и другачије регулисати питања управљања, односно потребне већине за одлучивање, али само сагласношћу свих етажних власника (чл. 712г/2 ZGB).

У швајцарском праву, ако етажни власници нису споразумно другачије уредили управљање некретнином, важе следећа правила: сваки етажни власник је овлашћен предузети послове обичног управљања (нпр. ситне поправке заједничких делова) и платити их на рачун заједнице етажних власника (чл. 647а/1 ZGB)²⁴; о важнијим пословима управљања одлучује двострука већина етажних власника (чл. 647b ZGB).

У швајцарском праву је интересантно решење о одлучивању двоструком већином. Примењује се код важнијих послова управљања, као што су нпр. промена намене или начина коришћења заједничких делова

²² Zivilgesetzbuch, ZGB, чл. 712а-712г) од 1.1. 1965, Bundesgesetz vom 19. Dez. 1963; Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009.

²³ Посебно се указује да се приликом предстојеће реформе управљања мора водити рачуна о равнотежи између индивидуалних интереса етажног власника и интереса заједнице етажних власника. V.: Fünfzig Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für eine Gesamtschau Bericht des Bundesrats zum Postulat 14.3832 Caroni (Feller), s. 8, 10 (страница посећена 5.12.2022), <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/56028.pdf>

²⁴ Етажни власник који спроводи самостално обичне послове управљања третира се као законски заступник свих етажних власника (чл. 647а ZGB).

некретнине; закључење и отказ уговора о закупу; обнова и реконструкција непокретности којима се повећава вредност или употребљивост итд. Двострука већина подразумева испуњење две претпоставке: да је број етажних власника који су лично или путем заступника учествовали у раду скупштине већи од половине; и да је величина њихових сувласничких удела већа од половине.²⁵ Одлука донесена двоструком већином обвезује све етажне власнике на финансијску накнаду трошкова сразмерно величини својих удела. Ипак, одлука двоструком већином неће важити без сагласности етажног власника коме би се тим радовима трајно и прекомерно отежало коришћење заједничких делова непокретности или би му њихово коришћење постало бескорисно (чл. 647d/2 ZGB). У овом случају он практично има неку врсту вета на такве корисне грађевинске радове, односно неопходан је и његов глас за такву одлуку. Други изузетак штити етажног власника од неразумно високих трошкова за корисне грађевинске радове који су несразмерни са вредношћу његовог својинског удела у згради. У овом случају остали власници могу спречити „вето” преузимањем плаћања прекомерног дела таквог етажног власника у укупним трошковима (чл. 647d/3 ZGB).

Од правила о двострукој већини искључено је и одлучивање о извођењу нужних грађевинских радова (послови одржавања, обнове или побољшања заједничких делова непокретности који су неопходни за очување употребљивости и вредности зграде. Тада је потребна одлука обичне већине етажних власника (чл. 647ц ZGB).

Међутим, правило једногласног одлучивања је начелно задржано код одлучивања о луксузним грађевинским радовима (улепшавање некретнине, повећавање удобности заједничких делова и сл.), када одлучују сви етажни власници (чл. 647 е и 647е/1 ZGB). Међутим, и тада постоје одређени изузеци када се може применити принцип двоструког одлучивања²⁶. Када се за одлуку о управљању захтева сагласност свих етажних власника, одлука ће бити важећа само ако су на скупштини етажних власника, лично или преко заступника, учествовали сви етажни власници и ако су сви гласали за одлуку.

Као и у нашем праву, обична већина етажних власника потребна за доношење одлука о управљању одређује се с обзиром на број етажних власника који су лично или путем заступника учествовали у раду скупштине етажних власника, а не с обзиром на број свих етажних власника.

²⁵ Чл. 647b ZGB.

²⁶ В., чл. 647е ZGB.

Заштита прегласаних етажних власника осигурава се правилима о обавезном кворуму за ваљаност одлучивања на скупштини етажних власника (чл. 712п ZGB). Тако, код одлучивања обичном већином, први пут скупштина је овлашћена ваљано одлучивати само кад је на њој присутна (лично или путем заступника) једна половина свих етажних власника чији сувласнички удели заједно чине половину некретнине, а најмање два етажна власника (Арт. 712п/1 ЗГБ). На тај се начин осигурава да важећу одлуку о послу за који се захтева обична већина донесе више од 1/4 свих етажних власника (тј. више од 1/2 присутних етажних власника). Но, кад се одлучује о послу за који се захтева двострука већина за одлуку мора гласати више од 1/4 свих етажних власника, али који заједно имају више од половине својине непокретности. На другој скупштини (сазива се најраније десет дана од сазивања прве скупштине), одлуке се могу доносити ако је присутна (лично или путем заступника) једна трећина свих, а најмање два, етажна власника (довољно је да за одлуку гласа више од 1/6 свих етажних власника, чл. 712п/3 ЗГБ). Међутим, да би на другој скупштини присутни етажни власници донели ваљану одлуку за коју се захтева двострука већина, биће потребно да за њу гласа најмање 1/6 свих етажних власника који заједно имају својину на више од половине непокретности. Према томе, овакво регулисање кворума омогућава да релативно мали број етажних власника већином гласова присутних доноси одлуке о управљању, што осигурава ефикасно управљање зградама са етажном својином.

Етажни власник који је био против одлуке већине не може бити трајно оштећен у својим правима везаним за коришћење заједничких делова непокретности, а прегласани етажни власник не мора увек сносити трошкове, а има и право на накнаду од заједнице етажних власника за привремено оштећење његових права (чл. 647e/2 ЗГБ). На судску заштиту прегласаних етажних власника сходно се примењују одредбе о заштити чланова удружења за одлуке донете на скупштини (чл. 75 и чл. 712m ZGB). Сваки етажни власник може подићи тужбу, у року од 30 дана од сазнања за одлуку (чл. 75. ZGB), ради поништења одлуке донете на скупштини етажних власника је супротна закону или уговору етажник власника, без обзира да ли је био присутан приликом одлучивања и без доказивања посебног правног интереса за поништење одлуке. Суд утврђује законитост одлуке, али не испитује целисходност. Суд није овлашћен да донесе одлуку о управљању.

У швајцарском праву заједница етажних власника нема правну способност, у правном промету се третира као правна особа с ограниченом

способношћу, и признаје јој се активна и пасивна легитимација у споровима везаним за управљање зградом (чл. 712л ZGB). Заједница етажних власника за своје дугове одговара искључиво својом имовином, а етажни власници не одговарају, нити солидарно нити супсидијарно, за дугове заједнице етажних власника. Против заједнице етажних власника не може се спроводити стечајни поступак. Међутим, заједница етажних власника има законско заложно право (за потраживања доспела у посљедње три године, чл. 712i ZGB) и право ретенције према етажном власнику, ради осигурања тражбина које произлазе из управљања зградом (чл. чл. 712j ZGB), што користи и трећим лицима ради наплате потраживања према заједници етажних власника.

5. Закључна разматрања

Законски концепт уређења управљања зградама са посебним деловима у етажном власништву перманентно се прилагођава новонасталим потребама обезбеђења ефикасности становања. Њих карактеришу савремене потребе за прилагођавањем становања захтевима за дигитализацију зграда, приступа интернету, еколошким потребама становања, уштеди енергије и увећању обновљивих извора енергије итд. Брзо и ефикасно одлучивање о управљању зградама је један од инструмента одрживог развоја становања, које се развија на уштрб заштите индивидуалних интереса власника посебних делова. Принцип једногласности у одлучивању је малтене напуштен, замењен са 2/3 одлучивањем, а број мера које зависе од воље обичне већине је повећан повећањем послова редовног управљања на уштрб послова ванредног управљања, чак и када то није оправдано врстом радова.

Реформама начина одлучивања се форсирају етажни власници који су склони бржим променама и модернизацији, али и економски способнији да поднесу повећане трошкове, под паролом заштите глобалних циљева климатске и енергетске политике и тзв. зелене агенде. Очигледни пример је увођење већинског одлучивања о пословима управљања чак и када се ради о ванредним пословима као што су грађевински радови на зградама и ванредне промене. То захтева јачање инструмента за заштиту индивидуалних интереса етажних власника, који су често прегласани и морају финансијски учествовати у радовима са којима се не слажу или им не доносе велики напредак у становању или, једностано, нису у повољној финансијској ситуацији. Етажно власништво, које је настало као интерес сиромашнијих грађана за решавање стамбених потреба, постаје све више скуп облик становања за сиромашније

слојеве становништва. Најефикаснији инструмент заштите је право на судску заштиту ради контроле законитости одлуке о управљању.

Према томе, законодавна реформа етажне својине у упоредном праву углавном је била усмерена на поједностављење процеса одлучивања о управљању зградама како би се омогућило бржи технички напредак у складу са еколошким захтевима и одрживост становања. Међутим, реформа прописа о управљању зградама са етажним власницима, мора водити рачуна и о међусобној равнотежи индивидуалних интереса етажног власника са интересима заједнице етажних власника и јавних интереса и само тако може допринети одрживом развоју становања. Без ефикасне судске заштите индивидуалних интереса етажних власника није могућа ни ефикасна заштита заједничких интереса заједнице етажних власника.

Законом се развој услова становања, као и одржавање и управљање зградама проглашава јавним интересом, што је добро, али ће се терет његовог испуњења, у пракси, највећим делом пребацити на терет осиромашених грађана - етажних власника, што није реално. Принцип одрживости становања етажних власника све више захтева јачање солидарности у формирању фондова за одрживост становања, односно учешће друштвене заједнице, а пре свега локалне самоуправе, ради заштити јавног интереса.

Литература

М. Лазић, Новине у Закону о становању и одржавању зграда Републике Србије – између реалности и европских стандарда, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2018. бр. 81;

Н. Планојевић, Правна природа етажне својине, Правни живот, Београд, бр. 10/1995;

Правилник о програму испита и начину полагања испита, условима за стицање и одузимање лиценце за професионалног управника и садржини регистра професионалних управника, <http://www.mgsi.gov.rs/cir/dokumenti/pravilnik-o-programu-ispita-i-nachinu-polaganja-ispita-uslovima-za-sticanje-i-oduzimanje>;

Р. Цветић, Право етажних власника на заједничким деловима зграде, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 4/2017;

„Сл. гласник РС”, бр. 104/2016 и 9/2020;

Закон о становању и одржавању зграда;

P. Simonetii, Rasprave iz stvarnog prava, Rijeka, 2001;

Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 146/08;

Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, br. 141/06;

Zakon o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka, Narodne novine, бр. 42/18;

Zivilgesetzbuch, ZGB, чл. 712а-712т) од 1.1. 1965, Bundesgesetz vom 19. Dez. 1963; Bundesgesetz vom 11. Dezember 2009;

V.: Fünfzig Jahre Stockwerkeigentum. Zeit für eine Gesamtschau Bericht des Bundesrats zum Postulat 14.3832 Caroni (Feller), s. 8, 10 (страница посећена 5.12.2022), <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/56028.pdf>

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SUSTAINABLE HOUSING DEVELOPMENT: RESIDENTIAL BUILDING MAINTENANCE AND MANAGEMENT

Summary

Condominium ownership is a complex right which includes ownership of an apartment, business premises, garage, garage space or garage box as separate physical parts of a residential building. In addition, the accessory elements include the common ownership on the common parts of the building and co-ownership on the land intended for use of the building residents. In order to ensure the proper operation of the condominium ownership right, the management of the common parts of the building (common areas, surfaces, installations, equipment, devices, etc.) has to be the matter of precise legal regulation, particularly regarding the decision-making processes. Such regulation will establish a balance between the individual interest of the owner of a separate part of the building and the common interest of all owners of individual units. It will also meet the public interest by assuring the principle of sustainable housing development.

Pursuant to the Serbian Housing and Building Maintenance Act, the sustainable housing development implies: 1) improving the citizens' living conditions and preserving and increasing the value of the housing fund by improving energy efficiency, reducing the negative impacts on the environment, ensuring a rational use of resources for the purposes of harmonizing the economic and social development with environment protection during the development of the housing sector; 2) maintenance and management in residential and commercial buildings, public-purpose buildings, cultural and historical heritage buildings or buildings in protected cultural and historical areas, for the purpose of ensuring the safety of the building and its surroundings and preventing risk to human life, health, property and environment.

Keywords: *sustainable housing development, condominium ownership, residential building, management and maintenance, quorum, forms of simple majority.*

Др Миомира П. Костић,¹

Редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марина М. Симовић,²

Редовни професор
Факултета правних наука Паневропског
универзитета „Апеирон“ у Бањој Луци,
Република Српска, Босна и Херцеговина

UDK: 343.9.01:57.017](430)“18/19”

ПОСТМОДЕРНИЗАМ НЕМАЧКЕ БИОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ У КРИМИНОЛОГИЈИ: МАПИРАЊЕ ПОЧЕТАКА ДО ДАНАС³

Апстракт: У раду ауторке су истакле да развој немачке кримнологије рефлектује утицај напора психијатријске професије да прошири своју експертизу на криминално понашање и да понуди медицинску солуцију у односу на питања криминалитета. У литератури се износи следећа периодизација у мапирању раног развоја кримнологије у Немачкој. То је, најпре, почетак периода 19. века у коме се јавља учење Lombroso-а о рођеном злочинцу и уздицање нове казнене реформе у Немачкој. Затим, утицај немачке рецепције теорије Lombroso-а на стварање криминалне психологије у Немачкој од 1880-1914. године. Онда следи период прихватања идеје о утицају друштвених услова на развој криминалитета, односно развој учења криминалне социологије. Потом, доминација криминално-биолошких истраживања за време Вајмарске Републике и, коначно, кримнологија под нацистичким режимом (стерилизација криминалаца и нацистичка политика стерилизације).

Кључне речи: кримнологија, немачка, криминална биологија, еугеника, расна хигијена; рат; постмодернизам.

¹ kosticmprafak.ni.ac.rs

² marina.m.simovic@apeiron-edu.eu

³ Овај рад представља резултат теоријског истраживања, као рад на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који се реализује на основу Одлуке наставно-научног већа Правног факултета Универзитета у Нишу 01-3342/29, од 24.12.2020. године.

1. Уводна разматрања

Од седамдесетих година прошлога века европски историчари су исказали посебно интересовање за историјат злочина и кривичног правосуђа у модерним државама. Већина истраживања на овом подручју полазила је од становишта социјалне историје, било у форми квантитативних истраживања, вођених са циљем реконструкције историјског развоја нивоа криминалитета или од локалних изучавања, или микроисторије, одређених криминалаца или типова криминалитета, посебно оних повезаних са друштвеним конфликтом. Друга група историјских изучавања била је усмерена на легалистичку, институционалну и политичку историју кривичног правосуђа.⁴

С обзиром на то да су криминолошка истраживања изворно интердисциплинарна, правници који су истраживали злочин морали су да се „ухвате у коштац” са истраживањима психијатара и обрнуто. Као последица тога, криминолошко истраживање је почело да трансформише однос између психијатрије и ситема кривичног правосуђа од две супротстављене стране у једну симбиотичку. Друго, пратећи развој немачке криминологије кроз три различита политичка режима, од царске Немачке преко Вајмарске Републике до периода нацизма, нуди се једна могућност одмеравања политичког утицаја на научно истраживање и његове импликације. Коначно, скорашње поновно оживљавање биолошког и генетског истраживања злочина даје историјату истраживања криминалне биологије, од Ломброза до нацизма, једну врсту садашње релевантности.

Док је истраживање историјата развоја британске и француске криминологије било предмет неколико књига, објављених у последњих петнаестак година, рачунајући од 2000. године уназад, дотле је историјат развоја немачке криминологије умногоме остао неистражна област.⁵

Врло кратка дисертација из области кривичног законодавства из 1972. године начинила је један почетни покушај да се утврди развој криминологије под нацистичким режимом. Затим, почев од осамдесетих година 20. века млађе генерције криминолога су објавиле једну збирку чланака о историјату ове дисциплине за време Трећег Рајха. Међутим, књига Вецела (Wetzell) ипак представља први покушај да се мапира историјат немачке криминологије од њеног почетка па све до нацистич-

⁴ Видети: Richard F. Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. (Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 2000), 1.

⁵ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 2-3.

ког режима. Уједно, овог криминолога Nicola Rafter назива „пиониром” у проучавању нацистичке криминологије и кривичног правосуђа.⁶

Вецел износи следећу периодизацију у мапирању раног развоја криминологије у Немачкој. То је, најпре, почетак периода 19. века у коме се јавља учење Ломброза (Lombroso) о рођеном злочинцу и уздицање нове казнене реформе у Немачкој. Затим, утицај немачке рецепције теорије Ломброза на стварање криминалне психологије у Немачкој од 1880-1914. године. Онда следи период прихватања идеје о утицају друштвених услова на развој криминалитета, односно развој учења криминалне социологије. Потом, доминација криминално-биолошких истраживања за време Вајмарске Републике и, коначно, криминологија под нацистичким режимом (стерилизација криминалаца и нацистичка политика стерилизације).

2. Порекло модерне криминологије у Немачкој

Немачка криминологија се појавила као препознатљиво научно поље у последњој четвртитни 19. века, као резултат три повезана развоја: појаве новог немачког покрета казнене реформе; публикавање и прихватање Ломброзове теорије рођеног злочинца и услед повећаног интересовања за криминолошка питања међу немачким психијатрима.

Кратки осврт на криминолошко истраживање у прве три четвртине 19. века је важан, зато што је сазнање тог дела прошлости есенцијално за исправно одређивање развоја који је узео маха пред крај 19. века. С друге стране, постојање био-медико-биолошког објашњења криминалитета у ранијем периоду 19. века указује да Lombroso није био први који је понудио то објашњење. С друге стране, суштински напор рада у области „моралне статистике” и о субкултури професионалних криминалаца показује да су истраживачи 19. века показивали много веће интересовање за друштвене у односу на биолошке узроке злочина. Само уколико се ова два момента добро разумеју, може се објаснити драстичан заокрет од истицања друштвених ка медицинско-биолошким објашњењима криминалитета која су се јавила пред крај 19. века.

Иначе, на прелазу од 19. века у 20. век, чак су преузимани написи у дневној штампи у САД, који су се позивали на утицај учења немачких криминолога о деловању спољашњих, космогенских фактора на кримина-

⁶Videti: Nicole Rafter. „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany”. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 2 (2008): 287-306. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1375/acri.41.2.287>

литет. Зато је илустративан пример објашњења повећања злочина на улицама великих градова САД под утицајем деловања летњих месеца, а у складу са учењем „немачких криминолога”. Др Плацек (Placzek), један од највећих ауторитета у тој области у Немачкој, како је пренео дневни лист *The New York Times* од 2. августа 1907. године, је тврдио да „није само топлота сунца та која утиче на људске страсти, које су одговорне за конкретан злочин, већ и различити социјални услови и услови рада. На пример, много се више алкохола конзумира лети него зими, а алкохол је увек суштински узрок злочина”. Осим тога, како преноси *The Times*, мишљење др Плацека је да се „живот лети одвија на отвореном и у складу са другим могућностима, што заједно омогућава вршење злочина са смртним исходом”.⁷

3. Обједињавање приступа – враћање на почетак

Развој немачке криминологије од 19. века до 1945. године обележила је преобладајућност истраживања биолошких узрока злочина у односу на истраживања о друштвеним узроцима злочина. Преовладавање криминално-биолошког приступа је јасно ако се има у виду да су већину криминолошких истраживања вршили психијатри.

Реформатори казненог система, окупљени око Франца фон Листа, посматрали су криминолошка истраживања као нешто што ће обезбедити научну фундираност за казнену политику. Иако су реформатори казненог система били склони ка томе да поклоне већу пажњу друштвеним, а не биолошким факторима злочина, у пракси истраживања у области криминалне социологије остала су далеко иза истраживања у криминалној биологији, због тога што су немачки социолози показали мало интересовања за злочин и зато што су реформатори казненог система преко воље пристали да прихвате истраживања у области криминалне социологије. Та се ситуација променила након Првог светског рата, када је један број правника, попут Егзнера и Липмана (Ehner и Liermann), отпочела да прихвата и истраживања из области криминалне социологије.

Већина криминолошких истраживања, током тог периода, била је извођена од стране немачких психијатара. Вецел наводи више разлога за то. Као прво, крајем 19. века талас интересовања медицинске профе-

⁷ Видети: „Crime increases in summer”. *The New York Times*. 2. August 1907. <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F30F16FE3B5A15738DDDAB0894D0405B878CF1D3>

сије за етиологију криминалитета дошао је услед утицаја Ломброзове идеје о рођеном злочинцу, чиме су унапређена биолошка објашњења криминалитета, у којима су немачки лекари, посебно затворски лекари, нашли своје тло за истраживање. И када је Ломброзо изједначио свог рођеног злочинца са психијатријском дијагнозом „моралног лудила“, психијатри су коначно одлучили да треба да реагују на ове теорије.⁸

Друго, реакција на Ломброзову теорију појавила се у време када је немачка психијатрија била у експанзији своје професионалне територије, изван области потпуно испуњених менталним болестима у област „граничног подручја“ лакших менталних болести (садашњи термин „поремећај личности“) које Кош (Koch) назива „geistige Minderwertigkeiten“, а Креплин и Шнајдер (Kraepelin и Schneider) касније зову „психопатске личности“. Пошто су та стања душе била повезана са девијантним понашањем, укључујући криминалитет, психијатријско интересовање у настањивању овог огромног пространства нове граничне линије „абнормалности“ такође је усмерило њихово интересовање за криминолошка истраживања.

Треће, психијатри су усмерили своју пажњу на истраживање жртва злочина, зато што су увидели да тиме могу да прошире улогу психијатрије на кривичноправни систем. Ова амбиција нашла је своју најранију и најрадикалнију експресију у раду Креплинова „Die Abschaffung des Strafmaßes“ (1880), у коме он позива на аболицију фиксираних затворских казни у корист неодређеног, индивидуализираног третмана и реорганизације пеналног система према психијатријским клиникама. У својим првим радовима Креплин је потврдио улогу криминалне психологије у установљавању линије између злочина и лудила. Приликом објашњења категорије хабитуралних криминалаца, Креплин је истицао њихов мањак свести о моралности. Пошто је Крепелинова шема била усмерена на то да отклони разлику између кажњавања и медицинског третмана, појавило се као спорно питање законске одговорности, па психијатри више не треба да служе као стручни сведоци у ситуацијама када се појави изговор на лудило. Као резултат, традиционални супротстављени однос између кривичног правосуђа и психијатрије, у коме јуристи често „узимају за зло“ психијатрима да „ослобађају криминалце“, морао је да буде трансформисан у симбиотички однос, у коме психијатри играју кључну улогу у одређивању прикладног индивидуализираног третмана за сваког криминалца. Иако већина психијатара није прихватила Крепелиново порицање, већ разликовање између

⁸Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 295.

законски одговорних и неодговорних учинилаца, сви ипак деле исту амбицију – да прошире улогу психијатрије кроз систем кривичног правосуђа. Читава идеја иза истраживања у области криминалане биологије била је у томе да психијатријска евалуација треба да игра улогу у детерминисању индивидуализовања пеналног третмана осуђеника.⁹

Коначно, озлојеђеност психијатријске професије за играњем кључне улоге у кривичном правосуђу била је блиско повезана са другом карактеристиком немачке психијатрије касног 19. и почетка 20. века: њене склоности да стави интересе друштва изнад добробити пацијента – појединца. Овај став имао је свој јасан одраз у дискусијама пре 1914. године, приликом представљања „умањене одговорности”, у којој су психијатри искористили „абнормалност” *Minderwertige*, да потврде своју неодређену детенцију у корист заштите друштва, али без инсистирања да та иста „абнормалност” квалификује *Minderwertige* за слабији медицински третман и да их то ослобађа ригорозних режима и стигме заточења. Потпуно исти став је усвојен са својом крајње експлицитном формулацијом, када је Ашафенбург (*Aschaffenburg*) бранио психијатре од оптужбе да је њихов „крајње широк хуманитаризам” имао, у ствари, у подсвести кривично правосуђе. Психијатри, како је инсистирао, рутински „депривирају пацијенте од њихове слободе у циљу заштите друштва” и да су при томе били добро свесни да „интереси пацијента морају доћи на друго место у односу на интересе заједнице”.¹⁰

Почињући са прихватањем Ломброза у касним годинама 19. века, биолошка објашњења криминалитета, која су понудили немачки психијатри, узела су облик две различите парадигме. Иако су на прелазу века пионери немачке криминалне психологије били једногласни у одбијању тврдње Ломброза да рођени криминалац представља различит антрополошки тип, објашњења криминалног понашања, која су они понудили, раздвојили су их у два правца.

Заступници онога што се може назвати Креплинова парадигма, скинули су са Ломброзове представе рођеног криминалца његове антрополошке карактеристике и редефинисали рођеног криминалца у чист психијатријски термин некога ко је „морално дефектан”.

После Првог светског рата, ова парадигма живела је у облику онога што су Бирнбаум и Шнајдер (*Birnbaum* и *Schneider*) назвали *гемүтлос*

⁹ Видети: Peter Becker and Richard W. Wetzell, ed. *Criminals and Their Scientists*. Publications of the German Historical Institute, 2006). <http://books.google.com/books?id>

¹⁰ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 296.

(компулзивне) или аморалне психопате. Највреднија одлика ове парадигме је у њеном обједињавању моралних и медицинских норми. Тако Краепелин дефинише „морално лудило” као „мањак или слабост оних осећања која одбијају немилосрдност задовољења егоизма”.

Оно што је вредно запажања је да је чак и Шнајдер, који је критиковао обједињавање медицинских и моралних критеријума Краепелин-ове дефиниције и учинио посебан напор да установи објективан психолошки критеријум за своју „психопатску личност”, починио исту грешку, приликом дефинисања гемјтлос или тип аморалног психопате, као мањак „сажаљења, стида, части, покајања, савести”. Инклузија моралног критеријума у психијатријску дијагнозу у великој мери развија ризик таутолошког размишљања, у коме је девијантно или криминално понашање појединца постало медицински симптом психопатије, једноставно из разлога што се тиме крше конвенционалне моралне и друштвене норме.¹¹ Иначе, Шнајдер је осмислио десет различитих типова психопата. Антисоцијалне и асоцијалне тенденције повезане су у различитим формама психопатије, што представља предмет интересовања криминологије. Типови психопата, према Шнајдеру, укључују, у ствари, особе које пате од своје абнормалности и особе од чије абнормалности пати друштво. Само ова друга група психопата је битна за криминологију. У ту групу спадају експлозивне (импулсивне) психопате.¹²

Пошто су Шнајдер и Бирнбаум посматрали гемјтлос или тип аморалног психопате као малу мањину међу криминалцима, обим Креплинове парадигме био је грубо умањен од периода Вајмарске Републике па надаље, дозвољавајући „надметање парадигме са добијеном појавом”.

На преласку векова, друга група психијатара, укључујући Ашафенбурга и Наске-а, одбацила је постојање „моралног дефекта” и заузела много сложенији став о интеракцији између наслеђивања и околине. Они су установили „Ашафенбургову парадигму”, у којој је доминирао став да многи криминалци пате од опште менталне абнормалности (описане у термину дегенерације, Миндервертигкеит или психопатија), што их чини много подложнијим да живе криминалним начином живота, под неповољним спољним околностима – не зато што су те абнормалности биле непосредно криминогене, „већ зато што су развојно омели своје каријере у друштвеном и економском животу”.¹³

¹¹ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 297.

¹² Videti: Stephan Hurwitz, Karl O. Christiansen. *Criminology*. (1983). 114. <http://books.google.com/books?id, pristup: 12.5.2011>

¹³ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 297.

Од периода Вајмарске Републике, Ашафенбургова парадигма је постала преобладајућа. Практично, сваки криминолог биолошки оријентисан у периоду између два светска рата, укључујући и оне који су били најпосвћенији истраживању генетских фактора, попут Lange и Stumpfl, били су сагласни у томе да се, изузев ретких случајева гемитос психопата, конгенитални или генетски фактори, који су имали удела у криминалном понашању, нису састојали од неког криминогеног „моралног дефекта”, већ од различитих абнормалних трагова који нису наследно криминогени, али би могли да развију криминогени потенцијал у одређеној комбинацији и под одређеним спољним околностима.

Најважнији допринос Ашафенбургове парадигме био је у комплексном сагледавању интеракције између наслеђивања и утицаја из околине, што је промовисало да се појава методолошки и концептуално ближе одреди. У ствари, Ашафенбург је прецизно описао поделу узрока злочина на две велике групе: друштвени узроци и индивидуални узроци. Прва група разматра само спољашне услове „опште флукуације која утиче на јављање злочина”; друга група услова увек води, приликом испитивања индивидуалног личног нагињања у злочин, ка „каљузи” из које је индивидуа потекла, а то „директно води назад дуж пута према друштвеним узроцима” злочина.¹⁴

Ако се упореде истраживања из доба Вајмарске Републике и пре Првог светског рата, нема сумње да је рад Бирнбаума, Шнајдера, Грила и Ланга (Birnbaum, Schneider, Gruhle и Lange) био јасно одређенији у свом приступу о интеракцији између наслеђивања и утицаја из околине, него предратне теорије Креплина, Блеулера, Ашхафенбурга и Нацкеа. Оно што је видљиво, дугвременски тренд растућег методолошког прецизирања наставио се у већини, али не и у свим, криминално-биолошким истраживањима, чак и током нацистичког режима. Ови су теоретичари тада већ јасно дефинисали криминологију као медико-психијатријску специјалност и утемељили психијатре као ауторитете у области друштвеног здравља и регулисања девијантности.¹⁵

Штумфл (Stumpfl) је имао много већи домашај у методолошким питањима студија о близанцима, него у својим радовима Ланге, све до Егзнерове криминолошке студије из 1939. године, која је представљала

¹⁴ Видети: Gustav Aschaffenburg. *Crime and Its Repression*. (Montclair, New Jersey: Patterson Smith, 1968), 15.

¹⁵ Nicole Rafter. „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany”. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 2, (2008), 287-306. <http://www.atypon-link.com/AAP/doi/pdfplus/10.1375/acri.41.2.287?cookieSet=1>, pristup: 12.4.2011.

видљиви напредак у односу на стандардни рад Ашафенбурга из 1903. године. Ова растућа одређеност методологије неизмерно је, додатно, усложнила компликовани задатак биолога. Како је њихово разумевање интеракције наслеђивања и окружења постало сложеније, њихов циљ, који се састојао у идентификовању криминогених генетских фактора и раздвајања између поправљивих и непоправљивих, постао је још „неухватљивији“.

Чак и по препознавању улоге како генетских тако и фактора окружења на генезу криминалног понашања, већина криминалних биолога непрекидно је стављала на прво место генетске факторе и истицала да су генетски фактори, ипак, примарно важни. Таква једна тврдња би била оправдана само да је показано да генетски фактори често воде у злочин, без икаквих видљивих кофактора из окружења или да криминогена моћ тих генетских фактора није била уобичајено попустљива према рехабилитативним мерама. У ствари, било је широко препознато да не постоји видљивост за такав предлог.¹⁶ Супротно од тога, Ланге је признао да су фактори средине имали улогу у случајевима свих криминалних близанаца које је истраживао, док је Шумпфл проценио да би највише 20% криминалаца могло да буде сматрано непоправљивим.

Стога остаје питање зашто је већина криминалних биолога ипак тврдила да је примат у генетским факторима? Одговор се налази у неколицини основа и претпоставки који су карактерисали немачку психијатрију за време периода истраживања.

Прво, немачка психијатрија, током тог периода, била је закупљена јаком пристрасношћу према наслеђивању, што је, уз прихватање да се појединци разликују, укључујући ту и менталну болест, било примарно изазвано генетским факторима. Овакав став према херeditаризму проишао је делом из неуспеха психијатрије да начини прогрес у третману менталних болести. У немогућности да излече већину својих пацијената, психијатри су били доведени у искушење да објасне своје терапеутске промашаје тиме што су приписали узрок менталне болести непроменљивим генетским факторима. И ако је истраживање људске генетике остало на примитивном нивоу све време прве половине 20. века, херeditаризам је такође попримио подршку у поновном открићу Менделових закона, негде са преласка векова 19. у 20. век.

Друго, до средине двадесетих година 20. века, и касније, велика већина немачких лекара и психијатара била је пуна ентузијазма у подршци за

¹⁶Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 298.

еугенику, бар принципијелно. Ова последња квалификација је важна зато што су детаљи практичне импликације, укључујући и питање ко стварно треба да буде стерилисан, поново су довели до несагласности. Ипак, скоро универзални ентузијазам за еугенику међу немачким психијатрима, јасније указује на то зашто су прихватили истраживања генетских фактора.

Коначно, иако је већина криминалних биолога признала улогу друштвених фактора злочина, они су били генерално песимистични око тога да је могуће променити социјалне услове који утичу на тако много особа да ступе у криминалну каријеру. Стално изнова, највећи заступници криминалне биологије, укључујући Ашафенбурга, Накеа и VierNSTein-а, чак и Rüdin-а, који је заступао тврду линију, јасно су признавали да би у многим случајевима промене у социјалном миљеу рецидивиста могле, у принципу, да превенирају ново криминално понашање. Али, таква схватања увек су била праћена квалификацијом да такво окружење, практично, не би могло да буде измењено, па ти дотични криминалци треба да буду сматрани „непоправљивим”. Другим речима, прогнозирање непоправљивости није било засновано на убеђењу да је криминално понашање појединца резултирало из непоправљивости генетских фактора, већ из веровања да је једноставно сувише тешко променити друштвене факторе који су томе допринели.

Иако су Лист и његови следбеници реформатори често истицали значај улоге социјалних фактора, њихови предлози за реформу били су усмерени на индивидуализацију кажњавања, а то је, ипак, више усмерено на промену код учинилаца, а не на друштвене промене, што би била најважнија стратегија превенције криминалитета. Из те перспективе, криминална биологија је била добродошла зато што је омогућила сазнање о криминалцу – појединцу, што је било од суштинске важности у реформи чији су напори били усмерени на учиниоца – појединца.

Истраживања у области криминалне биологије су ипак ставила неке замерке на веровања у вези са наслеђивањем криминалних диспозиција, што је довело до тога да неки психијатри и правници истакну важност фактора средине. Међу психијатрима који су пратили истраживања у области криминалне биологије, Hans Gruhle остао је високо критичан у односу на генетска објашњења злочина и истицао улогу социјалних фактора, укључујући припадност друштвеној класи. Чак и правници који су били криминолошки оријентисани, попут Егзнера и Липмана, тежили су да дају подједнаку важност биолошким и социолошким факторима у свом приступу етиологији криминалитета.

У компаративном смислу, развој немачке криминологије није био јединствен. Новија истраживања о историјату развоја француске криминологије су утврдила да су разлике између италијанске антрополошке школе и француске социолошке школе биле пренаглашене и да чак и пошто су Французи, као и Немци, одбацили рођеног криминалца, као антрополошки тип, они су ипак заступали многобројне од Ломбрових претпоставки везаних за базично наслеђивање. На исти начин, Charles Goring је написао своју чувену књигу „Енглески заточеник” (*The English Convict*, 1913) и одбацио учење Ломброза о рођеном злочинцу, али је био заговорник теорије која повезује криминално понашање са слабашћу ума, што је било слично Ашафенбурговом схватању.¹⁷

Конечно, америчка криминологија 20. века садржи једну моћну нит коју је Nicole Rafter назвао „еугеничка криминологија”, што је САД „дало сумњиву дистинкцију да нису биле међу првим државама света које су стерилизовале криминалце (почело 1907), пракса која се наставила до 1945. године”. Nicole Rafter ипак своја објашњења еугенике везује за период владавине Трећег Рајха у Немачкој од 1933-1945. године. Наводи да је тада водећи у еугеничким истраживањима др Eugen Fisher тврдио да се указала „ретка и посебно добра прилика да теоријска наука узнатредује у време када преовладавајућа идеологија то подржава, а њена открића могу моментално послужити политици државе”. У том смислу, развила су се два научна програма у оквиру нацистички оријентисане криминалне биологије – еугеника и расна хигијена. Ови се називи често користе као синоними. Еугенички пројекат имао је за циљ да побољша квалитет расе („људске расе”), тиме што би се супериорни људи охрабривали на репродукцију („позитивна еугеника”), а инфериорни обесхрабривали („негативна еугеника”), путем: принудног егзила, забране брака, затварања или елиминације. У најопштијем смислу, еугеника треба да превенира репродукцију свих оних људи који поседују херeditарне дефекте – на добробит свих. Током тридесетих година 20. века Јевреји су били међу онима који су, у Немачкој или било где другде, били обухваћени покретом еугенике, што је, криминолошки посматрано, водило ка идентификовању херeditарних криминалаца из свих раса и ентитета, чиме би се превенирала њихова даља репродукција. Покрет расне хигијене, с друге стране, био је усмерен на идентификацију етичке и расне групе људи, попут Јевреја или Рома, на пример, у корист враћања Немачке у аријевске токове. Криминолошки посматрано, расна хигијена се поклапа са еугеником у оном делу када

¹⁷ Wetzell, *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*, 299-300.

су специфичне расно-етничке групе идентификоване као генетички криминалне.¹⁸

4. Закључак

Ове констатације, као и друга многобројна питања, попут оних: како се идеје криминалне биологије уклапају у објашњења криминалитета у доба нацизма; какве су биле последице „нацистичке” криминологије и сл. представљају, очигледно, још недовољно истражено подручје развоја криминологије, као науке уопште и не само у Немачкој. Ипак, увидом у ранију периодизацију развоја криминологије у Немачкој јасно је да не постоји јединствено одређење појма и предмета њеног изучавања, осим прецизно утврђених појединачних стремљења, односно праваца. Стога, опстаје методолошки јасно исказан став да је одређивање тачно доминантног правца или целине ове науке увек обојено „одређивањем садржаја њеног предмета, методама који се користе приликом проучавања тог предмета, различитим идеолошким концепцијама и пружањем у проучавању природних и друштвених појава, као и њене самосталности у систему наука”.¹⁹

Литература

Becker, Peter and Richard W. Wetzell, ed. *Criminals and Their Scientists*. Publications of the German Historical Institute, 2006). <http://books.google.com/books?id> pristupljeno: 12.5.2011.

„Crime increases in summer”. The New York Times. 2. August 1907. <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F30F16FE3B5A15738DDDAB0894D0405B878CF1D3> pristup: 12.5.2011.

Konstantinović Vilić, Slobodanka i Vesna Nikolić Ristanović. (1998) *Kriminologija*. Niš: Studentski kulturni centar

Konstantinović Vilić, Slobodanka, Vesna Nikolić Ristanović i Miomira Kostić. (2010) *Kriminologija*. Beograd: Prometej

Rafter, Nicole. „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany”. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 41, 2 (2008): 287-306. <https://journals.sagepub.com/doi/10.1375/acri.41.2.287> pristupljeno: 3.6.2022.

¹⁸ Nicole Rafter. „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany”, 293.

¹⁹ Konstantinović Vilić, Slobodanka i Vesna Nikolić Ristanović. *Kriminologija*. (Niš: Studentski kulturni centar, 1998), 4.

Stephan Hurwitz, Karl O. Christiansen. *Criminology*. (1983).

<http://books.google.com/books?id,>

Wetzell, F. Richard. *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 2000.

Prof. Miomira P. Kostić, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Marina M. Simović, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Legal Sciences of the Pan-European

University “Apeiron” in Banja Luka,

Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina

**POSTMODERNISM OF THE GERMAN BIOLOGICAL THEORY IN CRIMINOLOGY:
MAPPING THE HISTORICAL DEVELOPMENT OF GERMAN CRIMINOLOGY TO
THE PRESENT DAY**

Summary

In this paper, the authors explore the early German criminology, which was a result of interests stemming from the legalistic approach to crime. The contribution of German criminologists to the development of criminology as an independent science is observed by examining the legalistic, anthropological, biological and sociological approaches to criminology. Each of these approaches is concurrently associated with a particular criminological orientation or a period of predominant influence of some criminological approach in explaining causality. The development of the German criminology at the time was reflected in the efforts of psychiatrists to expand their expertise into the field of criminal behaviour and to offer a medical solution to this problem. Tracing the historical development of the German criminology in the course of three different political regimes (including the German Empire, the Weimar Republic and the period of Nazism), the authors of this article have an opportunity to assess the political impact on scientific research and its implications. Finally, the recent revival of the biological and genetic research into crimes makes this historical research into criminal biology (from Lombroso to Nazism) highly relevant. The historiography on crime and criminal justice in Germany is well-developed even though the German literature on these issues is considerably less extensive in volume than the respective literature in France and England. The knowledge of the social history of crime in Germany during the 19th and 20th century is still extremely limited. In the last decade of the 20th century, there were some significant developments in this process.

In mapping the early development of criminology in Germany, Wetzell identifies five historical periods. The first period is the beginning of the 19th century, marked by the learning of Lombroso on the inborn criminal offender as well as

by the growing impact of the new criminal law reform in Germany. The second period involves the impact of the German reception of the Lombroso's theory on establishing criminal psychology in Germany from 1880-1914. The third period reflects the learning of criminal sociology, i.e. accepting the idea on the impact of social conditions on the development of crime. The next period covers the predominant position of the biological research in criminology at the time of the Weimar Republic. Finally, the last period in the development of the earlier German criminology is the period under the Nazi regime. including the Nazi policy of sterilization of criminals as well as sterilization of some ethnic groups.

Keywords: *criminology, Germany, criminal biology, eugenics, racial hygiene, war, postmodernism.*

ПРИМЕНА ПРИНЦИПА КОНСЕНСУАЛНЕ ПРАВДЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Законска је обавеза јавног тужиоца да покрене кривични поступак, уколико су испуњени одговарајући стварни и правни услови. Међутим, у одређеним процесним ситуацијама, јавни тужилац је овлашћен и да процењује целисходност покретања кривичног поступка. Дискреционим поступањем приликом покретања или одржавања кривичног поступка у току, јавни тужилац аутономно располаже процесним захтевом за кажњавање окривљеног, који изворно припада држави, као организованом облику друштва.

Кључне речи: кривични поступак, јавни тужилац, принцип консенсуалне правде, диверзиони модел, консенсуалне форме одлучивања.

1. Уводне напомене

Осим проширеног опсега опортунитета кривичног гоњења, савремена процесна законодавства, у све већој мери, афирмишу могућност споразумног (консенсуалног) решавања судбине кривичноправног захтева јавног тужиоца за кажњавање окривљеног. Као покретач кривичног гоњења и активни учесник кривичног поступка, јавни тужилац може са осумњиченим, односно окривљеним, постићи сагласност о непокретању кривичног поступка под одређеним условима, као и о окончању започетог кривичног поступка. На овај начин остварују се основни циљеви тзв. *диверзионог* поступања, којима се друштвена реакција према учиниоцима кривичних дела измешта из формалног кривичног поступка, и „скреће” ка различитим видовима алтернативног непеналног реаговања. У том контексту, „право грађанства” све више добијају и *консенсуалне* форме поступања, чија је суштина изостанак или одустанак од кривичног гоњења, односно повећана улога јавног тужиоца и

¹knez@prafak.ni.ac.rs

окривљеног у решавању кривичноправног спора, на основу сагласности странака. На тај начин, стварају се услови за оживотворење концепта консенсуалне (договорене) правде у кривичном поступку. Најизразитији видови *консенсуалног одлучивања* у предистражном и формалном кривичном поступку јесу: а) условно одлагање кривичног гоњења; б) споразуми јавног тужиоца и окривљеног в) различити видови мирења и медијације. Консенсуалне форме одлучивања су, притом, заступљене у редовном кривичном поступку, али и посебним кривичним поступцима (скраћени поступак, поступак према малолетницима).

2. Условно одлагање кривичног гоњења

Овом установом доприноси се оживотворењу диверзионог модела друштвеног реаговања на криминалитет, чија је суштина могућност изостанка вођења кривичног поступка за лакша кривична дела. Тиме друштвена реакција поприма карактер непеналног одговара на лакше облике криминалитета. Одмах по нормативном уобличењу овог вида манифестовања диверзионог модела, појавиле су се контроверзе у поимању правне природе овог института.

Поједини аутори сматрају да условно одлагање кривичног гоњења представља једно ново овлашћење јавног тужиоца, које не представља манифестацију начела опортунитета кривичног гоњења.² Ова уставна поима се и као институт „хибридног” карактера, која обједињава елементе „непокретања кривичног поступка због нецелисходности” (дакле, манифестације опортунитета кривичног гоњења) и „специфичне аболиције, коју је он заслужио”.³ У теорији егзистира и став, да условно одлагање кривичног гоњења представља одступање од начела *официјелности* кривичног гоњења.⁴ Суштина начела официјелности огледа се у монополизацији функција кривичног гоњења од стране државе, и одвијању ове функције независно од воље оштећеног. Условним одлагањем кривичног гоњења не врши се демонополизација кривичног гоњења (као манифестација одступања од начела официјелности), већ се само, у неку руку, релативизује обавеза јавног тужиоца на кривични прогон окривљеног.⁵ Јавни тужилац, овлашћењем да условно одложи

² С. Бејатовић, Д. Радуловић, Законик о кривичном поступку, Београд, 2002, стр. 160; Д. Радуловић, Кривично процесно право, Подгорица, 2002, стр. 77.

³ Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд, 2009, стр. 50.

⁴ Давор Крапац, Казнено процесно право-Прва књига: Институције, Загреб, 2003, стр. 59.

⁵ Слично: Иван Илић, Условно одлагање кривичног гоњења, Право на приступ

кривично гоњење, само добија овлашћење да процењује целисходност овог чина, што чини окосницу начела опортунитета.

Увођење законске могућности условног одлагања кривичног гоњења у наш правни систем резултат је настојања да се материјализују тенденције оснажења идеја ресоцијализације и хуманизације. Овим видом диверзионог реаговања на криминалитет, друштвена реакција према учиниоцима лакших кривичних дела „скреће” од конвенционалног кривичног поступка ка вансудским, непеналним облицима реаговања. Тиме се растерећују судови, јер се организовани систем кривичне репресије не ставља у погон у ситуацијама извршења тзв. багателног криминалитета. На тај начин се индиректно повећава ефикасност правосуђа. С друге стране, овај вид диверзионог реаговања на криминалитет противречи неким основним процесним принципима. Овлашћењем јавног тужиоца да својом одлуком оконча кривични поступак нарушава се принцип монофункционалности (одвојености кривичнопроцесних функција).⁶

Законик о кривичном поступку Србије нормативно уобличава установу условног одлагања кривичног гоњења, као манифестацију принципа опортунитета кривичног гоњења. Сагласно одредби чл. 283. Законика о кривичном поступку, за остварење овог овлашћења јавног тужиоца потребно је испуњење два општа услова. Услов објективне природе јесте, да је извршено кривично дело, за које је прописана новчана казна или затвора до пет година. Осим овог услова, неопходно је и да сам осумњичени прихвати једну од, системом енумерације, предвиђених обавеза. Обавезе, које од осумњичени може прихватити, су: а) да отклони штетну последицу, насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; б) да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе; в) да обави одређени друштвенкорисни или хуманитарни рад; г) да испуни доспеле обавезе издржавања; д) да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; ђ) да се подвргне психосоцијалном третману, ради отклањања насилничког понашања; е) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.

правосуђу-Тематски зборник радова, Ниш, 2010, стр. 409.

⁶ Види: др Ђорђе Лазин, Одступање од начела легалитета у новом Законику о кривичном поступку; Београд, ЈРКК, 2002, бр. 2-3, стр. 105-126; др Саша Кнежевић, Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије, тематски зборник радова, Ниш, књига бр. 4, стр. 371-385.

У нормативном миљеу ове установе, успостављеном Закоником о кривичном поступку Србије, из 2011. године, изостао је пристанак оштећеног, као додатни услов за условно одлагање у појединим ситуацијама. Тиме је позитивно право Србије уважило став теорије кривичног процесног права о сувишности егзистирања пристанка оштећеног, као услова за условно одлагање кривичног гоњења, који се наслања и на непродуктивност супсидијарне службе као коректива поступања јавног тужиоца. Логички утемељеним се чини и став о могућности осумњиченог да иницира условно одлагање кривичног гоњења, као и становиште о потреби нормативног регулисања ове могућности.⁷

Могућношћу условног одлагања кривичног гоњења, јавни тужилац реално добија додатну процесну, али и фактичку власт. Стога се чини оправданим да се ово овлашћење јавног тужиоца треба услови *одобрењем суда*. По овом питању, наш законодавац је имао занимљиву еволуцију. Наиме, изворним текстом ЗКП-а из 2001. године, условно одлагање кривичног гоњења било је у искључивој ингеренцији јавног тужиоца. Потом, изменама и допунама ЗКП-а из 2004. године прописна је сагласност суда, као услов за остваривање ове манифестације опортунитета кривичног гоњења. Последњом новелацијом Законика о кривичном поступку Србије, из 2009. године, поново је изостало одобрење суда, као додатни услов за условно одлагање кривичног гоњења. Међутим, одобрење суда било је неопходно у три случаја. Најпре, ако је извршено кривично дело, за које је прописана казна затвора у трајању од три до пет година. Становиште је законодавца да је у овој ситуацији, пошто је реч о нешто тежим кривичним делима, потребно одобрење ванрасправног судског већа. Друга ситуација, која изискује неопходну судску интервенцију произлази из потребе проналажења адекватног корективног механизма евентуалног неоправданог ускраћивања пристанка оштећеног, у ситуацијама када је садејство оштећеног потребно за одлуку о одлагању гоњења (чл. 236. ст.1. тач. 2 и 3). Најзад, одобрење суда је било неопходно и у случају новонастале законске могућности јавног тужиоца (новелацијом ЗКП из 2009) да, услед испуњења одређених обавеза *осумњиченог*, одустане од кривичног гоњења на самом главном претресу (чл. 236. ст. 6. ЗКП). Ваља приметити да законодавац, иако је решавање кривичне ствари, у овој процесној ситуацији, доспело у фазу главног претреса, и даље, вероватно по инерцији, користио израз „*осумњичени*”, што је пропуст који надилазио карактер правно-техничке грешке.

⁷ Види. р Снежана Бркић, Кривично процесно право II, Нови Сад, 2010, стр. 70-71.

Законик о кривичном поступку Србије, из 2011. године, нормативно утемељује приступ изградњи института условног одлагања кривичног гоњења, као установе у искључивој процесној власти јавног тужиоца, *без могућности судске интервенције* у оживотворењу овог вида консенсуалног одлучивања у поступку.

Мањкавост позитивноправне регулативе огледа се и у прецизирању *наредбе*, као форме одлуке о условном одлагању кривичног гоњења. Будући да је реч о одлуци којом се суспендује остваривање кривичноправног захтева за кажњавање, а која се односи и на остваривање интереса оштећеног, неопходно је да одлука о условном одлагању буде у форми писаног и образложеног решења. Основни постулати правичности, садржани у најзначајнијим међународноправним документима, али и у Уставу Србије (чл. 36. ст. 2), налажу да одлука јавног тужиоца о условном одлагању кривичног гоњења (*de facto* о условном опросту) може бити побијана одговарајућим правним средством оштећеног. Опстајање на конзистентном приступу начелу опортунитета логичним чини могућност подношења приговора оштећеног вишем јавном тужиоцу. То кореспондира и са хијерархијским устројством јавнотужилачке организације. С друге стране, могућност побијања ове одлуке правним средством изјављеним суду (по логици ствари, ванрасправном већу), увећала би судску контролу поступања јавног тужиоца, али би умањила опсег примене начела опортунитета. Стога би судску интервенцију, иницирану евентуалним правним средством оштећеног, могли предвидети у случају извршења кривичних дела, за која је прописана казна затвора, у трајању, од три године до пет година.

Дискреционо поступање јавног тужиоца могуће је у виду условног одлагања кривичног гоњења и у *немачком* праву (§ 153. а). Јавни тужилац је овлашћен и за непокретање кривичног поступка према лицима, којима је прећено да ће се обелоданити њихово противправно понашање, ако је то дело мале тежине (§ 154 ц). За примену начела опортунитета, у редовном кривичном поступку, у већини ситуација (§ 153 и 154), неопходна сагласност суда. Међутим, сходно изричитој одредби Закона о судском поступку према малолетницима (*Jugendgerichtsgesetz-JGG*), за дискреционо гоњење малолетника није потребна сагласност суда. Према одредби § 45. т. 1. јавни тужилац не мора покренути кривични поступак без сагласности суда, уколико се испуне услови, предвиђени § 153. Закона о кривичном поступку СР Немачке (*StPO*).

Поштујући интенције Препоруке савета Европе *P (87) 18, француско* право проширило је опсег дискреционог поступања јавног тужиоца.

Непокретање кривичног поступка може бити последица надокнаде штете оштећеном, прихватања осумњиченог да се укључи у поступак медијације, подвргавања осумњиченог одређеном третману (чл. 41.2 и 41.3. СРП). Реч је о кривичној нагодби (*composition pénale*). Услов за склапање нагодбе је признање кривице осумњиченог за извршење деликта (преступа), за који се може изрећи новчана казна или казна затвора до пет година. Уколико суд не прихвати нагодбу, или се договорене мере не извршавају, тужилац може покренути формални кривични поступак, или одустати од гоњења.⁸ Права оштећеног заштићена су могућношћу наступања суспендијарне тужбе.

Условно одлагање кривичног гоњења егзистира и у праву *Словеније* (чл. 162. ЗКП). За консенсуално решење кривичноправног спора, неопходан је пристанак оштећеног. Одлагање гоњења је могуће за кривична дела, за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године, а изузетно и за дела до пет година затвора. За разлику од српског законодавства, предвиђа се обавеза јавног тужиоца да пропише обавезна упутства, на основу којих се цени постојање посебних околности за одлагање гоњења. На сличан начин, ова установа је регулисана и у хрватском (чл. 522. ЗКП); БИХ (чл. 352), Северне Македоније (чл. 145) и Црне Горе (чл. 272. ЗКП).

3. Споразуми о признању кривичног дела

Новелацијом ЗКП Србије из 2009. године, по први пут се у српском законодавству предвиђа могућност договореног признања кривице, а тиме и *консенсуалног* решавања кривичноправног спора, и у току кривичног поступка. Законик о кривичном поступку Србије, из 2011. године дограђује ову установу. Реч је о установи англосаксонске правне провенијенције, иманентној тзв. адверзијалном систему кривичног поступка. Увођење ове установе у континенталне правне системе настало је као резултат настојања да се убрзају кривични поступци, и тако омогући растерећење судова у кривичним поступцима. Јасно је да, притом, интереси ефикасности судства надвладају основне постулате јуристичке истине.

Нормативну основу овог вида консенсуалног поступања представљају одредбе чл. 313-331. Законика о кривичном поступку Србије. За закључење ових својеврсних страначких нагодби, потребно је испуњење

⁸Детаљније види: Stefani G. Leusseur G. Bouloc B. Procédure pénale, Dalloz, Paris, 2004, стр. 158 и 542-544.

законских услова. Позитивно право Србије предвиђа три вида споразумевања јавног тужиоца и окривљеног: а) *споразум о признању кривичног дела*; б) *споразум о сведочењу окривљеног*; в) *споразум о сведочењу осуђеног*.

Споразум о признању кривичног дела представља модификацију, у ранијем законодавству заступљеног, споразума о признању кривице. Модификација је нужна услед промене концепта кривичног дела, промовисаног Кривичним закоником Србије, по коме је кривица саставни део појма кривичног дела. За разлику од првобитне форме овог вида консенсуалног одлучивања, договорено признање кривичног дела могуће је за сва кривична дела, независно од њихове апстрактне тежине.

Овај вид операционализације консенсуалне (договорене) правде закључује се између јавног тужиоца и окривљеног, и то у писаној форми, почев од доношења наредбе о спровођењу истраге, а најкасније до изјашњавања оптуженог о оптужби на главном претресу. До потврђивања оптужнице, споразум се подноси судији за претходни поступак, а након потврђивања, председнику судећег већа. Обавезни елементи овог споразума јесу: а) опис кривичног дела, које је предмет оптужбе; б) признање окривљеног да је учинио конкретно кривично дело; в) споразум о врсти, мери или распону казне, односно о другим санкцијама, које ће се изрећи окривљеном; г) одустајање јавног тужиоца од кривичног гоњења за кривична дела, која нису обухваћена споразумом о признању кривице. в) договор о трошковима кривичног поступка; д) споразум о трошковима кривичног поастуопка, одузимању имовинске користи прибављене кривичним делом и имовинскоправном захтеву; ђ) одрицање странака и браниоца на жалбу против одлуке суда, донесене према споразуму о признању кривице, осим у случајевима када законодавац дозвољава могућност жалбе (чл. 319. ст. 3); е) потпис странака и браниоца (јер је обавезна одбрана у поступку склапања споразума). Предмет споразума могу бити и обавезе, које предствљају основ за дискреционо поступање јавног тужиоца у смеру одустанка од оптужбе за кривичне дела, која нису обухваћена споразумом, прихватања обавеза окривљеног, које су основ условног одлагања кривичног гоњења (отклањање штетених последица, плаћање новчаног износа у корист хуманитарних организација, накнада штете), и слично, као и споразум о имовини, која ће бити одузета окривљеном.

Коначну реч о склопљеном споразуму о признању кривице има суд. Доношење одлуке је у функционалној надлежности судије за претходни поступак, односно председника већа, ако је споразум поднет након пот-

врђивања оптужнице. Одлука се доноси на посебном рочишту, без присуства јавности, чак и без присуства оштећеног (чл. 315). Својом одлуком, суд може *одбацити, прихватити или одбити постигнути споразум*. Споразум се одбацује, ако не садржи све законом прописане елементе, или ако на главни претрес није дошао уредно позвани окривљени, који није оправдао свој изостанак.

Суд прихвата споразум, уколико су кумулативно испуњени следећи услови: а) да окривљени свесно и добровољно призна извршење кривичног дела, или кривична дела извршена у стицају, која су предмет оптужбе; б) окривљени мора бити потпуно свестан последица склопљеног споразума, а поготово чињенице да, закљученим споразумом, се одрекао права на суђење и ограничења права на изјављивање жалбе против одлуке донете на основу споразума; в) неопходно је да постоје и други докази, који нису у супротности са признањем; г) казна, односно друга кривична санкција или мера, предвиђена споразумом, морају бити у сагласности са кривичним или другим законом.

Суд ће решењем *одбити* закључени споразум, уколико постоје законски основи за обуставу кривичног поступка, или ако се не испуни неки од кумулативно прописаних услова, неопходних за склапање споразума.

Решење суда о одбијању или одбацивању споразума о признању кривичног дела *не може се* побијати жалбом странака и браниоца. Против решења о усвајању споразума, жалбу могу изјавити окривљени, бранилац и јавни тужилац, али не и оштећени, чиме се редукују права овог субјекта у односу на ранији коцепт овог вида договорене правде! Основ жалбе могу представљати законски разлози за обуставу кривичног поступка (чл. 338), односно околност да се пресуда не односи на предмет споразума (чл. 314).

Могућност да се пресуда о прихватању споразума о признању кривичног побија жалбом, донета на основу консенсуалног поступања, иначе супротстављених кривичнопроцесних странака, уствари подразумева да оне, у завршној фази имплементирања сагласности њихових воља, *оспоравају судску верификацију постигнутог консенсуса!*

Споразум о сведочењу *окривљеног* представља други вид споразумевања странака у кривичном поступку, којима се материјализује концепт договорене правде. Реч је о номотехничкој прекомпозицији института сведока сарадника, с циљем мотивисањем окривљеног на сведочење против осталих саокривљених. Оваквим законским решењем, одступа се од става да окривљени не може истовремено бити и сведок у својој

ствари. Ова врста споразума јавног тужиоца и окривљеног могућа је искључиво ако су у питању кривична дела, за која поступа јавно тужилаштво посебне надлежности. Споразум се може склопити под условом да је окривљени признао извршење кривичног дела, али и да је значај његовог исказа за откривање, доказивање или спречавања кривичног дела претежнији од последица дела, које је учинио (чл. 320. ст.2). Окривљени, за кога постоји основана сумња да је организатор криминалне групе, не може бити субјекат овог споразума. Садржај ове врсте споразума углавном се поклапа са садржином споразума о признању кривичног дела, уз обавезу окривљеног да истинито исказује, као и да се не може позивати на могућност ослобађања од сведочења (чл. 321). Коначну одлуку о судбини постигнутог споразума доноси суд (судија за претходни поступак или председник већа), при чему се споразум може прихватити, одбити или одбацити.

Споразум о сведочењу *осуђеног* представља вид консенсуалног одлучивања у великој мери сличан споразуму о сведочењу окривљеног. Идентични за оба вида манифестације консенсуалне правде јесу: кривична дела, за која се могу склопити; обавезни елементи споразума; моменат закључења; обавезност одбране; одлуке суда о судбини споразума; функционална надлежност суда; везаност суда за одлуку о прихватању споразума. Специфичност овог вида споразумевања јавног тужиоца и окривљеног је изјава јавног тужиоца, да ће, у року од тридесет дана правноснажног окончања поступка осудом, поднети захтев за ублажавање казне. О захтеву одлучује суд, који је судио у првом степену. Суд може одлучити да одбије захтев (ако утврди да осуђени није испунио обавезе, преузете споразумом), или усвојити захтев за ублажавање казне, и преиначити правноснажну пресуду, у погледу одлуке о казни, односно изрећи казну предвиђену решењем о прихватању споразума о сведочењу осуђеног (чл. 329. ЗКП.а).

Договорено признање (*plea bargaining*) у адверзијалним правним системима настаје као резултат сагласности странака (у *америчком* праву и уз активност суда) о предмету оптужења (*charge bargaining*), или о кривичној санкцији (*sentence bargaining*). У најзначајним државама овог типа кривичног поступка-Енглеској и САД, постоје одређене разлике у нормативном одређењу и практичној реализацији консенсуалног решавања кривичноправног спора у виду договореног признања. Разлика је, најпре, у субјектима споразума. У Енглеској су то бранилац окривљеног и полиција (које врши функције кривичног гоњења и истраживања кривичног догађаја), док су актери договора у *америчком* праву

државни тужилац и окривљени, с једне стране, и државни тужилац и суд, с друге стране. Предмет преговора, а тиме и евентуалног договореног признања, су само кривично дело (у енглеском праву), односно кривично дело и санкција (у америчком праву). Разлика је и у моменту закључивања споразума. У америчком праву договор се постиже пре подношења оптужног акта, а ређе на главном претресу, док се у енглеском праву споразум најчешће постиже на главном претресу. У енглеском праву се питање добровољности склопљеног договора строжије поставља, у односу на амерички стандард „добровољног и разумног пристајања окривљеног”. Услови за постизање договореног признања у енглеском праву регулисани су обичајима и прецедентним правом, а у америчком правном систему законом. Иначе, овај вид консенсуалног решавања кривичноправног спора знатно је учесталији у америчком него у енглеском праву.⁹

Интензиван уплив основних елемената изворног акузаторског поступка у континенталне правне ситеме очитује се и нормативним уобличавањем консенсуалних форми решавања кривичноправног спора, или барем консенсуалног начина изрицања санкција. Пример за овакво поступање су нормативна решења немачког, француског и италијанског права.

У немачком праву егзистира тзв. неформални споразум о висини казне (*informelle absprachen*). Реч је установи која није законски регулисана, али чија примена се заснива на генералном правном мишљењу Савезног уставног суда (донетом 1987. године) и на правном мишљењу Вишег апелационог суда (из 1997). Сагласно ставовима ових судских инстанци, поступак споразумевања се спроводи на главном претресу, при чему су странке дужне да се придржавају следећих препорука: а) договор се не може односити на врсту кривичног дела; б) признање кривице мора потврдити суд, сагласно принципима истине и валидности; в) странке морају бити активно укључене у споразум, и резултат споразума се мора записнички констатовати; г) санкција мора одговарати кривици окривљеног, при чему није дозвољено изрицање лакше врсте кривичне санкције; д) окривљени се не сме принудити на признање кривице обећавањем изузетно благе казне, или стављањем у изглед благе казне, ако се одрекне права на жалбу.¹⁰ Суштински посматрано,

⁹О установи *plea bargaining* у енглеском и америчком праву види више: др Снежана Бркић, Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад, 2004, стр. 440-456.

¹⁰Bohlander, M. Plea Bargaining/ Waiver of Right to Appeal, THE Journal of Criminal Law,

странке, након признања кривице од стране окривљеног на главном претресу, преговарају о врсти и висини кривичне санкције. Овај вид консенсуалног решавања у кривичном поступку у многоне подсећа на варијетет установе договореног признања у америчком праву-споразум о санкцији (*sentence bargaining*), односно представља *sentence bargaining sui generis*.¹¹

Осим кривичне нагодбе у француско право се, 2004. године, уводи уставна „долазак на претходно признање кривице” (*reconnaissance préalable de culpabilité*), која се скраћено означава и као *plaïber coupable*. Овај вид консенсуалног одлучивања има ограничен опсег, јер се примењује само за деликте, за које се може изрећи казна затвора до пет година (чл. 495. 7 СРР). Међутим, искључена је и примена ове установе према малолетницима, за деликте учињене путем штампе, за нехатна убиства, политичке деликте, као и за оне, за које се воде посебни поступци (чл. 495. 16).

Иницијативу за овај вид консенсуалног поступања може имати државни тужилац, али и окривљени, односно његов бранилац. Државни тужилац може, након признања кривице, предложити изрицање једне или више главних или споредних казну, које не могу бити дуже од једне године, нити више од половине казне предвиђене за конкретни деликт. Притом државни тужилац, приликом евентуалног предлагања новчане казне, мора имати у виду имовно стање окривљеног (чл. 495.8). Окривени са својим браниоцем може, у одобреном року од десет дана, размислити о предлогу тужиоца. Након прихватања предлога државног тужиоца, приступа се хомологизацији од председника суда високе инстанце. У том поступку, коме присуствује и оштећени, суд може прихватити, или одбити сагласан предлог странака. Међутим, суд не може изрећи казну другачију од оне која је предложена. Одлука суда има дејство осуђујуће пресуде, против које жалбу могу изјавити окривљени и државни тужилац, који има споредно право жалбе (чл. 495. 11). Оштећени, као цивилна странка, може побијати само одлуку о накнади штете. Уколико суд не прихвати споразум странака, државни тужилац покреће кривични поступак.

У француској теорији се критикује ова могућност консенсуалног решавања кривичноправног спора. Истиче се да државни тужилац добија

2005, р. 501.

¹¹ Гордана Лажетић-Бужаровска, Гордан Калајџијев, Бобан Мисковски, Дивна Илић, Компаративно казнено процесно право; Скопје, Универзитет „Свети Кирил и Методиј”, Правен факултет „Јустинијан Први”, 2011, стр. 291.

прерогативе суда, односно да добија „моћ кажњавања”. Установа *plaiber coupable* се поистовећује са англоамеричком установом *plea bargaining*, односно њеним појавним обликом *charge bargaining*. То је страном француском поимању права на поступак (процес)-*droit à procès*, које искључује свако преговарање о кривици.¹² Поборници овог консенсуалног модела истичу да се он разликује од договореног признања у адверзијалним системима. Истиче се да суд одлучује, и да нема ценкања око правне квалификације дела, о којој одлучује суд кроз поступак хомологизације, при чему цени и оправданост казне. То је нови начип „процедурализације правде”, који повећава ефикасност кривичноправног система.¹³

У *италијанском* праву егзистира установа примена казне на захтев странака (*patteggiamento*), као вид консенсуалног решавања кривичноправног спора. Реч је о једном од видова скраћеног поступања у италијанском кривичнопроцесном законодавству. Овај вид посебног поступања у италијанском праву има сличности са установом *plea bargaining* у англоамеричком праву. Есенцијална разлика је у предмету споразумевања, јер се странке споразумевају о *казни*, али не, као у адверзијалним системима, и о оптужењу. То је последица строге везаности тужиоца начелом легалитета, које има и уставни ранг (чл. 112. Устава Италије). Осим тога, овај вид консенсуалног одлучивања у италијанском праву искључује главни претрес, а у адверзијалним системима се искључује само доказни поступак на главном претресу. Ова форма преговарања управо се реализује у ранијим фазама поступка (у току прелиминарне истраге или прелиминарног рочишта). Консенсуално одлучивање је, за разлику од англоамеричког узора, могуће само за лакша кривична дела.

За реализацију овог вида скраћеног поступања, потребно је да се окривљени и државни тужилац сагласе, да од суда затраже примену казне по врсти и мери, тзв. супституцијске казне (сличне мерама безбедности у нашем праву) или новчане казне, умањене до једне трећине, или затворске казне, умањене до једне трећине, када она не прелази две године (чл. 444. СРП). Споразум искључује расправу (главни претрес), а ако је захтев поднет у преходним истраживањима, изостаје и претходно рочиште. Примену казне могу затражити оптужени, државни тужилац,

¹² Мирјан Дамашка, Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, 2004, бр. 111, стр. 13.

¹³ Dobkine M. La constitutionnalité de loi portant adaption de justice aux evolutions de la criminalité, Recueil Dalloz, n, 14, 2004, стр. 957-958, наведено према: Елизабета Ивичевић, *Plaidier coupable*-нова алтернатива казненом поступку, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, 2005, бр. 1, стр 20003-208.

или обоје заједно (чл. 447. ст. 1) до закључења првостепене расправе, или до непосредног суђења, у року од петнаест дана од достављања налога о директном суђењу.

По пријему заједничког захтева странака, или захтева једне странке с којим се сагласила друга странка, суд испитује постојање околности које искључују кажњивост, правилност правне квалификације дела, као и постојање околности које утичу на казну. Уколико претходно не треба донети ослобађајућу пресуду према чл. 129. ЗКП, суд ће изрећи предложену казну. Уколико суд ускрати сагласност споразуму о казни, поступак се наставља по редовној процедури. Услов за судску одлуку је консенсус странака. Уколико државни тужилац ускрати сагласност на предлог окривљеног за споразумно изрицање казне, изостаје ова скраћена форма суђења. Суд изузетно може изрећи казну предложену од окривљеног, и када је суд тужиочеву несагласност оценио као неоправдану, што се може учинити након закључења првостепеног главног претреса, или у поступку по правном леку-призиву (чл. 448. ст. 1).

4. Остали видови консенсуалног решавања кривичноправног спора

У скраћеном кривичном поступку постоји могућност упућивања на поступак медијације између приватног тужиоца и окривљеног. Реч је о установи која је усмерена ка консенсуалном решавању кривичноправног спора између приватног тужиоца и окривљеног, за кривична дела из надлежности судије појединца (чл. 505. ЗКП-а). Додуше, иницијатива за споразумно окончање кривичног поступка долази од суда, а не самих странака. Успех поступка мирења манифестује се повлачење приватне тужбе од стране приватног тужиоца. Тиме би се кривичноправни спор окончао пре одржавања главног претреса. Предмет споразумевања странака, осим одустанка приватног тужиоца од оптужбе, могу бити и споразум о имовинскоправном захтеву, трошковима кривичног поступка, и слично. Иницирањем поступка мирења, суд не може ограничити право грађана на слободан приступ суду, предвиђено најзначајнијим међународноправним документима. Улога суда је, у основи, медијаторска.

Позитивно право Србије додатно оснажује нормативну подлогу за примену *медијације*, као алтернативне мереде решавања спорова. Одредбом чл. 1. Закона о посредовању-медијацији Србије¹⁴, предвиђа

¹⁴ Овај закон објављен је у Сл. гласнику РС, бр. 18/2005.

се могућност решавања спорова, укључујући и кривичноправни спор, путем посредовања. Законодавац се, притом, определио за тзв. вансудску медијацију. Међутим, пропуст је законодавца што је регулисао само посредовање после покретања парничног, али не и кривичног поступка. За разлику од нашег законодавства, *француски* ЗКП креира нормативну основу за медијацију у кривичном поступку (чл. 41.2 и 41.3. СРР). Окружни тужилац може, пре оптужења, предложити учиниоцу кривичног дела мирење, које укључује плаћане одређеног новчаног износа државној благајни, али највише до половине прописане новчане казне, предају инкриминисаног предмета, предаје суду возачке дозволе до шест месеци, или ловачке дозволе до четири године, као и обављање друштвено корисног рада до 60 сати, најдуже шест месеци. Успешно окончан поступак медијације има карактер околности која доводи до обуставе даљег гоњења.

Могућност ослобађања од казне услед вансудског поравнања између учиниоца и оштећеног (чл. 59. КЗ Србије) представља вид консенсуалног решавања кривичноправног спора. Споразум о поравнању је могућ, ако је реч о кривичним делима, за која је запређена казна до три године, а учинилац прихвати да испуни неку од обавеза, која је одређена споразумом. У теорији кривичног права основано се примећује, да је нормативни оквир овог вида поравнања недоречен. Најпре, није прецизирана форма споразума. Нису дефинисана правила и начини спровођења поступка поравнања, а ни означавање предмета споразума. Није регулисано ни “како, и којим средствима, доказати да су обавезе испуњене, ода ли је довољно да оштећени то потврди, или се морају презентовати и неки материјални докази.”¹⁵

5. Консенсуално одлучивање у поступку према малолетницима

Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, може се манифестовати и условним покретањем кривичног поступка према малолетницима (тзв. *условни опортунитет*). Реч је о новој установи, прописаној новоуспостављеним аутономним малолетничким кривичним правом Србије. Идеја законодавца је да се, мерама из спектра диверзионог реаговања, под одређеним условима, избегне покретање кривичног поступка. Тако би се избегли стигматизирајући и трауматични ефекти покретања кривичног поступка.

Основи за условно покретање кривичног поступка према малолетницима, предвиђени су Законом о малолетним учиниоцима кривич-

¹⁵ Др Зоран Стојановић, Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2007, стр. 216.

них дела и кривичноправној заштити малолетних лица Србије. Најпре, супституисање кривичног поступка, мерама *диверзионог карактера*, могуће је, уколико су испуњени услови за примену начела опортунитета, предвиђени одредбом чл. 58. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Стога је овај вид дискреционог поступања, јавног тужиоца за малолетнике, могућ, у случају извршења кривичних дела, за која се може изрећи казна затвора до пет година. Циљ ових мера јесте, да се, када је год то могуће, предупреди вођење кривичног поступка према малолетним делинквентима. Као нови инструменти друштвеног супротстављања преступничком понашању малолетника, *васпитни налози* предвиђени су одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (чл. 5-9 ЗМ). Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, предвиђа се и сврха васпитних налога (чл. 6). У основи, она одговара циљевима диверзионог кривичног модела. Улога васпитног налога јесте, дакле, да се предупреди покретање кривичног поступка према малолетницима, односно да се покренути поступак обустави. Овим мерама, *sui generis*, друштвена реакција, усмерена према малолетним преступницима, преображава се у примарно, непенално, реаговање. Тиме се утиче на јачање личне одговорности малолетника, а постижу се и циљеви специјалне превенције. Други услов за примену овог вида дискреционог поступања, јавног тужиоца за малолетнике, јесте пристанак малолетника, и његових родитеља (односно стараоца или усвојоца), на извршавање једног или више васпитних налога, чиме се очитује *консенсуалност* приликом одлучивања.

Примену васпитних налога могу одредити јавни тужилац за малолетнике и судија за малолетнике (чл. 5. ст. 2). За примену васпитних налога, потребно је и да малолетник призна извршење кривичног дела, као и да има одређени однос према кривичном делу и оштећеном (чл. 5. ст. 3. ЗМ). Процена односа малолетног преступника према кривичном делу и оштећеном, као субјективних услова за примену васпитних налога, у искључивој је надлежности јавног тужиоца и судије за малолетнике. Малолетник мора бити спреман да испуни обавезе из васпитног налога. Дакле, законодавац разликује пристанак на примену васпитног налога, од спремности да се обавезе, одређене овом мером, испуне. То је последица чињенице да се обавезе, изречене васпитним налогом, извршавају у дужем периоду. Стога, декларативно изјашњавање о прихватању васпитног налога, није довољно за непокретање кривичног поступка.¹⁶

¹⁶ Више о васпитним налозима види: др Саша Кнежевић, Малолетничко кривично право-материјално, процесно и извршно., Ниш, 2010, стр. 34-41 и 177-182.

Литература

Bohlander, M. Plea Bargaining/ Waiver of Right to Appeal, *The Journal of Criminal Law*, 2000;

Dobkine M. La constitutionnalité de loi portant adaption de justice aux evolutions de la criminalité, *Recueil Dallos*, n, 14, 2004;

Stefani G. Leusseau G. Bouloc B. *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2004;

Гордана Лажетић-Бужаровска, Гордан Калајџијевић, Бобан Мисковски, Дивна Илић, *Компаративно казнено процесно право*; Скопје, Универзитет „Свети Кирил и Методиј”, Правен факултет „Јустинијан Први”, 2011;

Давор Крапац, *Казнено процесно право-Прва књига: Институције*, Загреб, 2003,

Драго Радуловић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2002;

Ђорђе Лазин, *Одступање од начела легалитета у новом Законику о кривичном поступку*; Београд, ЈРКК, 2002, бр. 2-3;

Елизабета Ивичевић, *Plaider coupable - Нова алтернатива казненом поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, 2005, бр. 1;

Зоран Стојановић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2007;

Иван Илић, *Условно одлагање кривичног гоњења, Право на приступ правосуђу-Тематски зборник радова*, Ниш, 2010;

Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009;

Мирјан Дамашка, *Напомене о споразумима у казненом поступку*, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, 2004, бр. 111;

Саша Кнежевић, *Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем републике Србије, тематски зборник радова*, Ниш, књига бр. 4;

Саша Кнежевић, *Малолетничко кривично право-материјално, процесно и извршно*, Ниш, 2010;

Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2010;

Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови Сад, 2004;

Станко Бејатовић, Драго Радуловић, *Законик о кривичном поступку*, Београд, 2002;

Prof. Saša Knežević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

APPLICATION OF THE CONSENSUAL JUSTICE PRINCIPLE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

Being the initiator of the criminal prosecution and an active participant in the criminal procedure, the public prosecutor is authorized to come to an agreement with a suspected offender or the accused. In the course of this proceeding, given the specific circumstances prescribed by the law, the prosecutor may decide (upon the offender's prior consent) not to initiate a criminal proceeding against the offender. The prosecutor and the offender may also reach a consensual agreement on the termination of the initiated criminal proceeding. Thus, the legislator provides for the basic objectives of the so-called diversion model, by means of which the social reaction against criminal offenders has been dislodged from the formal criminal procedure and diverted towards different forms of alternative non-penal treatment. In that context, different consensual models have been increasingly gaining more ground and taking their due position in the criminal justice. These consensual models essentially entail non-prosecution (exclusion from prosecution) or withdrawal from the criminal prosecution on the grounds of the parties' mutual consent or plea bargaining.

Keywords: *criminal procedure, criminal prosecution, principle of consensual justice, diversion model, consensual models.*

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ ЗАБРАНЕ УПОТРЕБЕ СИЛЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВУ²

Апстракт: Од давнина постоје напори да се употреба силе на међународном нивоу регулише. До Првог светског рата нису постојала међународна уговорна правила која су ограничавала или забрањивала употребу силе у међудржавним односима, а и обичајна правила била су тек у повоју. Вођење рата најпре је било правдано концептом светог рата, а касније праведног рата. У том периоду државе су биле слободне да прибегну рату из било ког разлога или чак и без разлога. Тек након Првог светског рата усвајају се уговорна правила која ограничавају право држава на вођење рата. Пакт Друштва народа увео је одређена ограничења за отпочињање рата и она су се тицала претходне употребе средстава за мирно решавање спорова (чл. 12-15 Пакта). Због мањкавости забране употребе силе у Пакту Друштва народа, одређен број држава закључио је 1928. године Бријан-Келогов пакт који је забранио рат између држава уговорница. Највећи искорак на овом пољу начињен је 1945. године усвајањем Повеље УН која у чл. 2(4) државама забрањује употребу силе и претњу силом у међународним односима. Тај члан представља камен темељац међудржавних односа након Другог светског рата. Забрана употребе силе има карактер обичајног императивног правног правила које као такво обавезује све државе у свету и од те забране може се одступити само у случају самоодбране или кад то одобри Савет безбедности УН.

Кључне речи: употреба силе, рат, Пакт Друштва народа, Бријан-Келогов пакт, Повеља УН, право на самоодбрану, Савет безбедности.

¹ raicko@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

1. Увод

Од како је једна организована заједница људи почела оружјем да наноси патње другој заједници, постојали су напори да се таква употреба силе на одређен начин регулише. То је најпре чињено верским и витешким правилима, потом обичајним правом, да би на крају та материја постала предмет уговорног регулисања. С обзиром на начин регулисања употребе оружане силе у досадашњем развоју међународног права могу се уочити три периода. Први од њих је најдужи и трајао је до завршетка Првог светског рата, тачније речено до усвајања Пакта Друштва народа, други обухвата међуратни период, а трећи отпочиње усвајањем Повеље УН и траје све до данас.

2. Период до првог светског рата

Пре Првог светског рата међународно право било је децентрализовани систем у којем је свака држава имала слободу да самостално одлучује о употреби силе против других држава, као и да на терену ту силу употребљава. Постојали су неки принципи о употреби силе, али они су били несигурни и тешко примењиви пошто је свака држава самостално одлучивала када ће употребити силу.

Неколико векова пре Христа прибегавање сили било је дозвољено онда када је то божански било заповеђено (тзв. „свети рат”). Касније је схватање о светом рату замењено доктрином праведног рата. Према том новом схватању употреба силе је сматрана дозвољеном ако је постојао оправдани разлог за рат (*lat. justa causa*).

За Аристотела и Цицерона крајњи циљ рата био је успостављање мира. Непосредно након појаве хришћанства већина припадника ове вере били су пацифисти, али након што је у Риму ова религија дозвољена и добила значајан број присталица, став о употреби силе се мења. Када је и сам цар Константин постао хришћанин јасно је било да се однос хришћана према употреби силе морао променити јер Римска империја није могла опстати без даљих ратова.³

Прва хришћанска фигура која је заступала теорију праведног рата био је Свети Августин (*Saint Augustine, Aurelius Augustinus*) који је тврдио да у неким околностима прибегавање рату може бити праведно.⁴ Даље је

³ Anthony Clark Arend, Robert J. Beck, *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm*, London-New York. 1993, pp. 13-14.

⁴ Наведено према: *Ibid.*, pp. 13-14.

ту доктрину развио Тома Аквински (*Thomas Aquinas*) који је тврдио да је рат праведан ако испуњава три услова. Прво, мора постојати оправдан разлог за рат (*lat. justa causa*), затим да за рат постоји „одговарајуће овлашћење” дато од легитимног владара, а не од приватних лица, и коначно, било је неопходно да држава која води рат има „правилну интенцију” (*lat. recta intentio*) – намеру да постигне нешто добро или избегне нешто лоше, а не да рат води из злобе, због мржње или освете.⁵

Каснији мислиоци, Виторија (*Vitoria*) и Суарез (*Suarez*), наведеним условима за постојање праведног рата додали су и захтев пропорционалности између патњи које је претрпела држава и оних које ће она нанети у рату који отпочиње.⁶ Виторија је покушао и да ближе објасни разлоге за отпочињање рата истичући најпре да прибегавање рату не могу оправдати религијске разлике, проширење империја или промоција личне славе владара. Као једини оправдани разлог за отпочињање рата, овај писац наводи „претрпљену неправду”, односно понашање држава којим се вређа природно право које је у то време сматрано правом изнад држава.⁷

У XVI и XVII веку смањује се утицај хришћанских схватања на теорију праведног рата, чему доприноси најзначајнији теоретичар тог времена, Холанђанин, Хуго Гроцијус (*Hugo Grotius, Hugo de Groot*). Он је покушао да разграничи праведне од неправедних ратова, при чему се у великој мери ослањао на своје претходнике. Према Гроцијусу, питање допуштености рата мора се размотрити са становишта природног права.⁸ Као услов за законитост рата Гроцијус је у односу на претходнике тражио и да рат буде званично објављен.⁹ Конкретни праведни разлози за отпочињање рата су самоодбрана, прибављање накнаде за неправилно проузроковану штету и кажњавање за патњу коју нека држава наноси својим грађанима.¹⁰ Неоправдани разлози за вођење рата, по Гроцијусу, између осталих, су тежња за бољом територијом, намера дела државе

⁵ Наведено према: Sean D. Murphy, *Humanitarian Intervention: the United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia, 1996, p. 40-41.

⁶ Anthony Clark Arend, Robert J. Beck, op. cit., pp. 11-15.

⁷ Francisci de Victoria. *De Indis et de Iure Belli Relectiones* (1532), edited by Nys E, Washington 1917; наведено према: Joachim Elbe, *The Evolution of the Concept of the Just War in International Law*, *American Journal of International Law*, vol. 33, 1939, no. 4, pp. 674-675.

⁸ Hugo Grotius, *De jure belli ac pacis* [On the Law of War and Peace], (translated by A. C. Campbell), London, 1814, Book I, Chapter 2, para 1.

⁹ *Ibid.*, Book III, Chapter 3, section V.

¹⁰ *Ibid.*, Book I, Chapter 2, section II, para 2.

да се осамостали, жеља да се влада другима против њихове воље са оправдањем да је то у њиховом интересу, тежња владара или цркве да створе универзално царство и овладају читавим светом.¹¹

Ову секуларну верзију доктрине праведног рата даље је развио Вател (*Vattel*), који сматрао да је за отпочињање рата неопходно постојање повреде, било оне која је већ нанета или претеће.¹² Законити рат може имати неки од три циља: „добити нешто што нам припада”, „обезбедити будућу безбедност кажњавањем агресора или прекршитеља”, и „бранити себе од повреда путем одговора на неправедни напад”.¹³ Неправедни рат ће постојати уколико га држава предузима у случају да није претрпела никакву повреду нити јој таква повреда стоји као претња.¹⁴ Као Гроцијус, и Вател истиче да је у рату немогуће да обе стране буду у праву, већ то може бити само једна од њих.¹⁵

Пропаст феудализма доводи до стварања система држава и концепта суверености који постаје основ међудржавних односа. Развој суверености имао је значајне последице и на схватања о употреби силе. Сада када су државе постале суверене, оне су имале и суверено право вођења рата. Мада су постојала нека морална ограничења у прибегавању рату, правна доктрина је прихватила право држава да поведу рат кад год оне то желе. У недостатку неког вишег права или власти, постојао је режим самопомоћи који је допуштао државама да у свако време прибегну рату како би заштитиле своја права.¹⁶ У периоду о којем се говори, међународно право није познавало општу забрану ратовања и других облика употребе силе, али је међу државама постојао осећај потребе да се употреба силе оправда на моралној и политичкој основи, у складу са традицијом праведног рата.¹⁷

¹¹ *Ibid.*, Book I, Chapter 22, section VIII-XVI.

¹² Emer Vattel, *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle. Appliqués à la conduite et aux affaires des nations et souverains*, 1758, [Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns], (translated by C. Fenwick), Washington, 1916, Book III, Chapter 3, para. 25.

¹³ *Ibid.*, Book III, Chapter 3, paras 26, 28.

¹⁴ *Ibid.*, Book III, Chapter 3, para. 27.

¹⁵ *Ibid.*, Book III, Chapter 3, para. 39.

¹⁶ Anthony Clark Arend, Robert J. Beck, *op. cit.*, p. 17.

¹⁷ Jens Elo Rytter, *Humanitarian Intervention without the Security Council: From San Francisco to Kosovo – and Beyond*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 70. 2001, no. 1-2, p. 126; Danish Institute of International Affairs, *Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects*, Copenhagen, 1999, p. 78.

Чини се да би се разматрање правила о употреби силе која су важила пре Првог светског рата могло окончати закључком судије Швобела, да су „у периоду који је претходио Повељи Уједињених нација – или, у сваком случају, у периоду пре усвајања Париског уговора односно пре стварања Друштва народа – државе биле слободне да употребе оружану силу и иду у рат из било ког разлога или чак и без разлога”.¹⁸

3. Међуратни период

Непостојање уговорног ограничења за отпочињање рата трајало је све до 1919. године када су Пактом Друштва народа по први пут уведене неке новине за државе које су се односиле на *ius ad bellum*. Још значајнија ограничења на том плану наметнута су Бријан-Келоговим пактом из 1928. године, који је донео прву уговорну забрану рата.

Пакт Друштва народа није забранио рат, али је увео одређена правна ограничења за његово отпочињање. Та ограничења била су везана за претходну употребу средстава за мирно решавање спорова. Најпре, на основу чл. 12, чланице су се обавезале да сваки озбиљнији спор изнесу пред арбитражу, суд или Савет Друштва народа. Даље, чл. 15 је предвиђао да уколико такав спор буде изнет пред Савет и тај орган га реши једногласно, странама у спору је било забрањено да прибегну рату уколико се друга страна придржава извештаја Савета. Чл. 13 је наметао исту забрану и у случају када је спор решен судском или арбитражном пресудом.

Може се закључити да се рат никада није могао отпочети против државе која поштује одлуке међународног тела које је решило спор. Поред тога, чл. 12 је наметао обавезу државама да ни у ком случају не смеју прибећи рату док не протекне три месеца након доношења одлуке тела које је решавало спор (Савет, арбитража или суд). То значи да чак уколико једна страна није извршавала донету одлуку, друга страна је била у обавези да чека најмање три месеца пре него што започне рат. Овај члан је одлагао употребу силе, а то одлагање имало је за циљ да допринесе смиривању гнева и подстакне даљу примену мирних средстава за решавање спора.

Из наведених правила може се видети да је Пакт садржао одређене забране и ограничења у погледу отпочињања рата, али, исто тако, може се видети да је он допуштао државама да у неким ситуацијама легално

¹⁸International Court of Justice, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Judgment of 27 June 1986 (separate opinion of Judge Schwebel), para. 200.

прибегну рату. Први такав случај је постојао када спор између држава не буде решен одлуком ниједног напред поменутог органа, и тада је чл. 15 Пакта остављао чланицама право „да предузму онакву акцију коју сматрају потребном за одржавање права и правде”. Други изузетак постојао је у случају када једна страна у спору у року од три месеца не изврши одлуку тела које је решавало спор, што је другој страни давало право да против такве државе поведе рат.

С обзиром на мањкавости забране употребе силе које су постојале у Пакту Друштва народа, одређен број држава тежио је даљем јачању те забране. У том настојању, 1928. године закључен је Бријан-Келогов пакт, који је наредне године ступио на снагу. Тим Пактом, који је настао изван Друштва народа, предвиђено је да уговорнице „у име својих уважених народа осуђују прибегавање рату као начину за решавање својих међународних спорова, и одричу га се као инструмента националне политике у својим међусобним односима”.

За разлику од Пакта Друштва народа који је дозвољавао рат под одређеним условима, овај уговор је апсолутно забранио рат између страна уговорница. Он чак није изричито предвидео допуштеност рата ни у случају самоодбране. Међутим, од његових уговорница било је опште-прихваћено да је одбрамбени рат представљао допуштен изузетак од установљене забране.¹⁹ Велика слабост уговора огледала се у томе што је он забрањивао рат само између страна уговорница, али не и према трећим државама, као и што није предвидео никакав механизам за контролу поштовања уведене забране. Иако Бријан-Келогов пакт није спречио избијање Другог светског рата, он је дао значајан допринос напретку на путу забране употребе силе у међународним односима.

4. Период после другог светског рата

Након Другог светског рата долази до суштинске измене међународних правила о *ius ad bellum*. За разлику од претходних периода, државе су сада битно ограничене у прибегавању оружаном сили. Свакако је на то утицало горко искуство рата чије су последице биле још увек видљиве, али и жеља да се створи систем колективне безбедности у којем ће се брига о међународном миру и безбедности поверити, не државама појединачно, већ Организацији уједињених нација. Управо Повеља УН

¹⁹ Quincy Wright, *The Meaning of the Pact of Paris*, *American Journal of International Law*, vol. 27, 1933, no. 1, pp. 42-43. Ни Браунли не пориче да је Бријан-Келогов пакт допуштао право на самоодбрану; Ian Brownlie, *Thoughts on Kind-Hearted Gunmen*, in Lillich R. (ed.): *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, p. 142.

садржи најбитнија правила која се тичу употребе силе у послератном периоду.

4.1. Члан 2(4) Повеље УН

Чл. 2 Повеље садржи основна начела УН која изражавају темељне постулате ове међународне организације. У четвртом ставу тог члана садржано је начело забране претње силом и употребе силе у међународним односима, чиме је први пут на општи начин државама забрањено прибегавање оружаном сили.

4.1.1. Формулација забране и њен значај

Чл. 2(4) Повеље, који на хоризонталној равни уређује односе између држава чланица, гласи: „Све чланице ће се у својим међународним односима уздржавати од претње силом или употребе силе против територијалног интегритета или политичке независности ма које државе, или која је на било који други начин супротна циљевима Уједињених нација”.

Може се приметити да се у формулацији ове забране реч рат не помиње, и то није учињено случајно, већ намерно. Термин рат је изостављен јер државе могу бити укључене у непријатељства и без објаве „рата” или без квалификовања тих непријатељстава као „рат”; „сила” је шири појам који обухвата различите врсте војних акција.²⁰ Дакле, употребом термина „сила” уместо „рат” желела се постићи свеобухватнија забрана која ће по садржини превазилазити дотадашње забране и ограничења. Чланом 2(4) је неспорно забрањен сваки рат, али поред тога и свака употреба оружане силе која нема размере рата. Поред тога, он забрањује и сваку претњу да ће оружаном силом бити употребљена.

Имајући у виду да чл. 2(4) Повеље чланицама забрањује претњу и употребу силе „у својим међународним односима”, несумњиво је да та забрана, за разлику од Бријан-Келоговог пакта, ограничава државе у њиховом понашању према било којој држави, а не само према другој уговорници. Тај термин исто тако значи да се забрана тиче само односа између држава, а да не обухвата силу коју држава користи ради сламања побуњеничког отпора на својој територији. Другим речима, овај члан Повеље не забрањује држави да унутар своје територије употреби

²⁰ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice – General Course in Public International Law*, vol. 178, *Receuil des Cours*, 1982, p. 138.

силу која је неопходна ради успостављања правног поретка, макар се радило и о употреби силе ширих размера.²¹

Поставља се питање да ли забрана употребе силе садржана у чл. 2(4) Повеље обухвата забрану сваке међудржавне принудне акције или само забрану употребе оружане силе. Језичким тумачењем се не може добити поуздан одговор, јер је у енглеској верзији Повеље употребљен израз „*force*” који се користи за означавање оружане силе, али и за означавање силе генерално. Међутим, имајући у виду историјат преговора, а нарочито одбијање бразилског амандмана на нацрт Повеље који је предвиђао да се овим чланом забрани и употреба економских мера супротних циљевима УН, може се закључити да је чланом 2(4) забрањена само употреба оружане силе.²² Брајерли тврди да постоји опште слагање да термин „сила” у овом члану подразумева оружану силу.²³ Као потврду тог става он наводи преамбулу Повеље, у којој пише да се „оружана сила неће употребљавати, осим у општем интересу”. Формулација забране употребе силе у чл. 2(4) Повеље не односи се на економску принуду, која је, под условом да не укључује војне активности као што су блокаде, законита.²⁴

Као што је већ речено, чланом 2(4) није забрањена само употреба силе, већ и претња силом. Овај члан, нити било који други, не даје неке посебне критеријуме када ће претња силе бити забрањена, већ за њу *ipso facto* важе иста правила која се примењују на саму забрану употребе силе. То је потврдио и Међународни суд правде истакавши да „уколико је сама употреба силе у датом случају незаконита - из било ког разлога - претња да се употреби таква сила биће, такође, незаконита. Краће речено, да би декларисана спремност државе да употреби силу (*тј. претња, прим. Н.Р.*) била законита, употреба силе мора бити у складу са Повељом”.²⁵ Дакле, уколико је употреба силе незаконита, онда је и претња таквом употребом силе, такође, незаконита.

²¹ Наравно, ни у тој ситуацији држава није потпуно слободна већ мора поштовати бројна ограничења наметнута уговорима о људским правима и међународним хуманитарним правом. Но, ту се већ излази из домена допушености употребе силе (*ius ad bellum*), а залази у проблем начина на који се сила употребљава (*ius in bello*).

²² Antonio Cassese, *International Law*, Oxford, 2005, p. 56.

²³ James L. Brierly, *The Law of Nations*(6th ed.), Oxford, 1963, p. 415.

²⁴ Kurt Mills, *Sovereignty Eclipsed?: The Legitimacy of Humanitarian Access and Intervention*, *The Journal of Humanitarian Assistance*, <http://www.jha.ac/articles/a019.htm>, p. 3.

²⁵ International Court of Justice, *Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons*, (Advisory Opinion), 8 July 1996, General List No. 95, para. 47.

Значај чл. 2(4) Повеље је огроман и нико то не пориче. Он се сликовито представља као камен темељац међудржавних односа након Другог светског рата.²⁶ Сви писци, без изузетка, слажу се да је данас начело забране употребе силе прави пример за императивну међународну норму. Поред тога што се сматра когентном, забрана употребе силе данас се третира и као норма међународног обичајног права, која као таква обавезује све државе у свету.²⁷

4.1.2. Домашај забране

Чл. 2(4) Повеље не садржи формулацију коју краси јасноћа. Он не каже, како би морао да чини, да је употреба силе забрањена у међународним односима, осим када се користи у самоодбрани или када је њена употреба одобрена на основу главе VII Повеље. Уместо тога, он забрањује претњу или употребу силе „против територијалног интегритета или политичке независности, или на било који други начин супротан циљевима Уједињених нација”. Формулација дата у наводницима послужила је неким државама и интернационалистима да у одређеним околностима правдају силу која није употребљена против територијалног интегритета или политичке независности, или која није супротна циљевима Уједињених нација (на пример, употреба силе ради заштите сопствених држављана у иностранству или хуманитарна интервенција где се штите страни држављани које угњетава сопствена држава).²⁸ С друге стране, имајући у виду да је циљ УН очување међународног мира и безбедности, може се сматрати да је чл. 2(4) Повеље забрањена свака употреба силе.²⁹

С обзиром да постоји дилема око домашаја забране садржане у чл. 2(4) Повеље, неопходно је приступити његовом тумачењу применом правила садржаних у чл. 31 и 32 Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године. Међународни суд правде је на становишту да су та правила део обичајног права и да према њима „уговор мора бити тумачен у доброј вери у складу са уобичајеним значењем употребљених термина у њиховом контексту и у светлу предмета и циља уговора. Тумачење мора бити засновано пре свега на тексту уговора. Као допунска средства тумачења у обзир се могу узети припремни радови и околности

²⁶ James L. Brierly, *op. cit.*, p. 414.

²⁷ Malcolm N. Shaw, *International Law* (5th ed.), Cambridge, 2003 (4th printing 2005), p. 1018.

²⁸ Oscar Schachter, *The Legality of Pro-Democratic Invasion*, *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, no. 3, p. 649.

²⁹ Brian D. Lepard, *Rethinking Humanitarian Intervention*, Pennsylvania, 2002, p. 344.

под којима је уговор закључен”.³⁰ На основу такве одлуке Суда, следи да се правила тумачења уговора из Бечке конвенције данас сматрају делом обичајног права. То има за последицу да се она примењују на све уговоре, без обзира да ли су они закључени пре Бечке конвенције, као и на ситуације у којима држава која може бити погођена тумачењем није страна уговорница Бечке конвенције.³¹ Да би се дошло до исправног тумачења, сви елементи из чл. 31. Бечке конвенције морају бити једнако и истовремено примењени, наравно у мери у којој има места за примену сваког од њих.

Као што је већ истакнуто, у чл. 2(4) Повеље постоје два термина који дају повод различитим схватањима домаћаја забране употребе силе садржане у њему. То је најпре израз „против територијалног интегритета или политичке независности”³² и фраза „или на било који други начин супротан циљевима Уједињених нација”, те је неопходно њихово подробније тумачење. Сходно Бечкој конвенцији, у ту сврху биће употребљено језичко тумачење ових термина у контексту Повеље, заједно са накнадном праксом, као и историјско тумачење.

Применом језичког метода, као основног метода за тумачење међународних уговора, може се закључити да везник „или” указује да израз који следи иза њега допуњује, а не квалификује претходни текст. Другим речима, државама је увек забрањено да прете или употребљавају

³⁰ International Court of Justice, Case concerning Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad) Judgment, 3rd February 1994, General List No. 83, para. 41. Овај став Суд је потврдио и наредне године у спору између Катара и Бахреина; International Court of Justice, Case concerning Maritime Delimitation and Teritorial Questions between Qatar and Bahrain (Jurisdiction and Admissibility), 15th February 1995, General List No. 87, para. 33.

³¹ Richard K. Gardiner, *International Law*, London, 2003, p. 79.

³² Према Келзену, термини „територијални интегритет” и „политичка независност” су синоними за територијалну неповредивост и, у сваком случају, тешко да је могуће употребити оружану силу против неке државе а да то не доведе до повреде њеног територијалног интегритета или политичке независности; Hans Kelsen, Robert W. Tucker, *Principles of International Law* (2nd ed.), New York, 1967, p. 66. Хигинс сматра да „губитак територијалног интегритета подразумева губитак ефективне контроле над неком облашћу, као и могући губитак јурисдикције, уколико је одређана област формално цедирана због непријатељских војних операција”, док под актима који су усмерени против политичке независности државе подразумева „акције усмерене на контролу владе и других институционалних органа државе, било стварањем посебног облика владе са задатим идеолошким особинама или присиљавањем постојећих институција да делују у интересу стране силе”; Rosalyn Higgins, *The Legal Limits to the Use of Force by Sovereign States: United Nations Practice*, *British Yearbook of International Law*, 1961, pp. 283-284.

силу против територијалног интегритета или политичке независности других држава, а поред тога још им је забрањено да прете или употребљавају силу и на било који други начин који је у супротности са циљевима Уједињених нација. Дакле, језичко тумачење показује да чл. 2(4) Повеље, осим самоодбране и колективних мера Савета безбедности, не допушта никакве друге изузетке.³³

Када се приликом тумачења чл. 2(4) у обзир узму и остале релевантне одредбе Повеље, тј. њен контекст, онда се са још већом сигурношћу може тврдити да је забрана употребе силе апсолутне природе. За разумевање контекста Повеље који је релевантан за исправно тумачења чл. 2(4) у обзир се морају узети и параграфи 1 и 3 чл. 2 Повеље. Први од њих истиче да „Организација почива на начелу суверене једнакости свих њених чланова”, што државе лишава права да самостално пресуђују о дешавањима у другим чланицама и да оружаном силом утичу на промену тог стања. Чл. 2(3) обавезује државе чланице да своје спорове решавају мирним путем, те се једнострана употреба силе од неке државе никако не може довести у склад са овим начелом. За утврђивање правог значења чл. 2(4), осим чл. 2, у обзир треба узети и шири контекст Повеље, а за питање употребе силе то је свакако члан 51 овог уговора.

Чланом 51 државама признато је право на индивидуалну или колективну самоодбрану као врсту самопомоћи. Међутим, и право држава на самоодбрану није неограничено, већ оне том приликом имају значајне обавезе према Организацији. Најпре, сходно чл. 51, државе имају право на самоодбрану само „док Савет безбедности не предузме мере потребне за одржавање међународног мира и безбедности”. Може се видети да је ово право временски лимитирано и да га државе конзуми-

³³ Супротно томе, Тесон, сматра да сам текст употребљен у чл. 2(4) Повеље не уводи апсолутну забрану употребе силе, јер тај члан од држава захтева да се уздрже од употребе силе само ако је она усмерена против „територијалног интегритета или политичке независности других држава”, или је употребљена „на било који други начин супротан циљевима Уједињених нација”. Према овом аутору, да су творци Повеље желели да забране сваку употребу силе, они би то и учинили. Уместо тога, створене су три забране употребе силе, и то оне која: а) нарушава територијални интегритет државе против које је употребљена; б) вређа политичку независност државе против које је употребљена; или в) је на други начин противна циљевима УН. Употребљени израз „против територијалног интегритета или политичке независности било које државе” представља битну квалификацију, те употреба силе која на тај начин не нарушава сувереност државе, може бити законита. У противном, да су творци Повеље желели апсолутну забрану они би поменутим чланом једноставно забранили употребу силе и ту ставили тачку, без икаквих додатних израза; Fernando Tesón, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, New York, 1997, p. 151.

рају само у прелазном периоду док Савет безбедности заштиту нападнута државе не преузме на себе. Поред тога, и док у овом ограниченом временском периоду државе остварују право на самоодбрану оне морају „одмах обавестити Савет безбедности” о предузетим мерама. Из овога се види да постоји јасна намера да Савет безбедности има увид у све мере које држава предузима у циљу самоодбране. На крају, из ових одредби чл. 51 може се закључити да је Повеља врло рестриктивна у допуштању једностране употребе оружане силе и да тежи њеном свођењу на што је могуће мању меру. Стога, сасвим је погрешно оно тумачење које настоји да чл. 2(4) види као попустљиву забрану која државама и даље омогућава да самостално процењују када могу прибећи оружаној сили.

Чл. 53 Повеље садржи јасну забрану употребе силе од стране регионалних организација без одобрења Савета безбедности. Поставља се логичко питање зашто би творци Повеље забранили употребу силе од стране регионалних организација, а ту употребу допустили појединим државама. То је још једна потврда да чл. 2(4) садржи апсолутну забрану употребе силе, осим када је она предузета у самоодбрани или по одобрењу Савета безбедности.

Када се размотри контекст Повеље УН јасно се може уочити намера да се овлашћење за употребу силе концентрише у рукама Савета безбедности, те се стога чл. 2(4) никако не може тумачити на начин који одступа од те опште намере.³⁴

Да би доказали стварно значење чл. 2(4) треба прибећи и његовом историјском тумачењу, као допунском средству, ослањајући се при томе пре

³⁴ Међутим, поједини интернационалисти, и када у обзир узму контекст и циљ Повеље, опет долазе до закључка да чл. 2(4) не садржи свеобухватну забрану употребе силе. Тако, неки аутори тврди да темељно читање чл. 2(4) Повеље показује да он не садржи забрану употребе силе *per se*, већ „употребу силе у одређене незаконите сврхе”; Michael Reisman, Myres S. McDougal, Humanitarian Intervention to Protect Ibo, in Lillich R. (ed.): Humanitarian Intervention and the United Nations, Charlottesville, 1973, p. 177. Циљним тумачењем Рајсман долази до закључка да је „кључно питање не да ли је сила употребљена, већ да ли је она употребљена као подршка или против поретка заједнице. Тумачење конститутивних инструмената захтева начела и процедуру која остварују, на начине који су прикладни за контекст и сагласни са потребом поретка заједнице, темељни курс инструмента као целине. У конструкцији члана 2(4), пажња мора увек бити посвећена духу Повеље а не просто тексту специфичне норме”; Michael Reisman, Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4), American Journal of International Law, vol. 78, 1984, no. 3, p. 645.

свега на припремне радове за његову израду.³⁵ Том приликом се може доћи до закључка да „*travaux* јасно показује постојање изворне сагласности међу државама чланицама да чланом 2(4) нису желеле допустити једнострану употребу силе на територији друге државе, осим индивидуалне или колективне самоодбране држава чланица, и акције Савета безбедности сходно глави VII и VIII”.³⁶ *Travaux préparatoires* јасно ука-

³⁵ Што се тиче текста чл. 2(4) Повеље, четири велике силе су у Дамбартон Оксу предложиле следећу формулацију: „Све чланице Организације у својим међународним односима уздржаваће се од претње или употребе силе која је на било који начин у супротности са циљевима Организације”. На конференцији у Сан Франциску мање државе нису биле задовољне оваквом формулацијом и изразиле су своју забринутост да она као таква не ограничава у довољној мери једнострану употребу силе, што велике државе могу искористити на штету малих. Незадовољне државе су истицале да таква формулација оставља отворену могућност да чланице употребе силу на начин који је у складу са циљевима УН, али без добијања сагласности Организације за то, те су тражиле да се став 4 преформулише тако да дозволи употребу силе само на основу одобрења Организације. Костарика је предлагала да се изостави фраза „која је на било који начин у супротности са циљевима Организације” чиме би забрана употребе силе била апсолутна. Норвешка је предлагала да се овај члан амандира тако да се од држава захтева да се уздржавају од прење или употребе силе „која није одобрена од Савета безбедности као средство за имплементацију циљева Организације”. Подкомитет за израду нацрта није прихватио ниједан од ових амандмана, већ је прихватио предлог Аустралије да се у понуђени текст дода фраза „против територијалног интегритета или политичке независности било које државе чланице”. Објашњавајући овакав поступак известилац Подкомитета је истакао да норвешки амандман није прихваћен јер због његове формулације може бити ускраћено право држава на самоодбрану, али га је похвалио као поучан и користан предлог за појашњење и самог аустралијског амандмана. Он је даље истакао да је „јасно да неће бити легитимних ратова у било ком смислу”. И на пленарној седници Комитета за израду нацрта Повеље било је сличних примедба на овај члан. Норвешки делегат је инсистирао да се овај став формулише тако да буде сасвим јасно да, изузев акције Организације, он нема у виду било коју употребу силе осим индивидуалне или колективне самоодбране, и такав предлог је подржан од бројних делегација. Међутим, друге државе, међу којима САД и Велика Британија, сматрале су да је предложена формулација довољно добра и да је не треба мењати. Амерички делегат је рекао да је интенција оригиналног текста да створи апсолутну забрану употребе силе и да је термин „или на било који други начин” унет како би се осигурало да у забрани не буде празнина. У завршном извештају који је упутио Комисији I, Комитет за израду нацрта је нагласио да одбацивање норвешког амандмана не значи допуштање једностране употребе силе, и то на следећи начин: „У погледу норвешког амандмана на овај параграф, Комитет жели да изјави да унилатерална употреба силе или сличне насилне мере нису дозвољене или допуштене. Употреба оружја у законитој самоодбрани остаје допуштена и неокрњена. Употреба силе, према томе, остаје законита само када је подржана одлукама Организације ... Интенција норвешког амандмана је на овај начин обухваћена постојећим текстом”; Brain Leopard, *op. cit.*, pp. 344-348.

³⁶ Brain Leopard, *op. cit.*, p. 354.

зује да уопште није постојала интенција да употребљени израз „против територијалног интегритета или политичке независности” ограничи домашај забране употребе силе.³⁷ Припремни радови за израду Повеље јасно показују да је фраза „против територијалног интегритета” додата у Сан Франциску на захтев малих држава које су желеле јаче гаранције против интервенције,³⁸ те стога њен циљ никако није био да делује рестриктивно на забрану употребе силе.³⁹ Израз „против територијалног интегритета или политичке независности” унет је у Повељу на инсистирање мањих земаља које су тражиле одређено обезбеђење да јаче државе неће употребљавати силу на њихову штету.⁴⁰

За утврђивање домашаја забране из чл. 2(4) Повеље у обзир се морају узети и релевантне резолуције Генералне скупштине УН. С обзиром на значај проблема, Скупштина је у већем броју резолуција изнела свој став о употреби силе у међународним односима. Те резолуције, уствари, представљају једну врсту тумачења начела садржаног у чл. 2(4) Повеље УН. Стога ће на овом месту бити изнета схватања садржана у тим резолуцијама, и то само она која су од значаја за оцену да ли поменути члан Повеље садржи свеобухватну забрану употребе силе или допушта и неке изузетке који у Повељи изричито нису споменути.

Декларација о недопустивости интервенције у унутрашње послове држава и заштити њихове независности и суверенитета из 1965. године⁴¹ у преамбули истиче да „кршење начела неинтервенције представља претњу независности, слободи, и нормалном политичком, економском, социјалном и културном развоју држава, нарочито оних које су се ослободиле колонијализма, и може представљати озбиљну претњу одржању мира”. У преамбули је још речено да „оружана интервенција представља синоним за агресију”, као и да директна и индиректна интервенција представљају повреду Повеље УН. У садржинском делу Резолуције се истиче да „државе немају право да, директно или индиректно, интервенишу из било ког разлога (*подвукао Н.Р.*) у унутрашње послове неке друге државе. Стога, осуђује се оружана интервенција и сви други облици мешања или покушаји претње против субјективни-

³⁷ Simon Chesterman, *Just War or Just Peace?*, Oxford, 2001, p. 49.

³⁸ Ian Brownlie, *Humanitarian Intervention*, in Moore J.N. (ed): *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore-London, 1974, pp. 222-223.

³⁹ Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, pp. 267-268.

⁴⁰ Nikolai Krylov, *Humanitarian Intervention: Pros and Cons*, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 17, 1994/95, no. 2, p. 372.

⁴¹ UN General Assembly Resolution 2131 (XX), 21 December 1965.

тета државе или против његових политичких, економских и културних елемената. ... Стриктно поштовање ових обавеза јесте суштински услов за осигурање да нације живе у миру заједно једне са другима, пошто упражњавање било ког облика интервенције (*подвукао Н.Р.*) не само да нарушава дух и слово Повеље Уједињених нација, већ такође води стварању ситуација које представљају претњу међународном миру и безбедности”.⁴²

Декларација о принципима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу са Повељом Уједињених нација садржи седам основних начела, од којих је начело неинтервенције треће међу њима, и оно гласи: „држава или групе држава немају право да, директно или индиректно, интервенишу из било ког разлога (*подвукао Н.Р.*) у унутрашње или спољне послове друге државе. Стога, оружана интервенција и сви други облици мешања или покушаји претње против субјективитета државе или против његових политичких, економских, и културних елемената, представља кршење међународног права”.⁴³

Резолуција о дефиницији агресије, након одређења агресија као „употребе оружане силе од стране државе против суверенитета, територијалног интегритета или политичке независности друге државе...” истиче да „ниједно оправдање ма које природе, било политичке, економске, војне или неке друге (*подвукао Н.Р.*) не може служити као оправдање за агресију”.⁴⁴ Поред тога, у Резолуцији је истакнуто да свака држава која прва употреби оружану силу врши, *prima facie*, агресију, а једино Савет безбедности (а не сама држава која је интервенисала) може оценити да та акција не представља чин агресије.⁴⁵

У Декларацији о јачању ефикасности начела уздржавања од претње или употребе силе у међународним односима из 1987. године, Генерална скупштина поново потврђује забрану из чл. 2(4) Повеље изјављујући да „ниједна брига било које врсте (*подвукао Н.Р.*) не може бити призвана да би оправдала прибегавање претњи или употреби силе која представља кршење Повеље”.⁴⁶ Истовремено Резолуција позива државе „да теже да побољшају ефикасност колективног система безбедности путем ефикасне имплементације одредби Повеље, нарочито оних

⁴² UN General Assembly Resolution 2131 (XX), 21 December 1965, paras 1, 4.

⁴³ UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), 24 October 1970.

⁴⁴ UN General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14 December 1974.

⁴⁵ *Ibid.*, Art. 2.

⁴⁶ UN General Assembly Resolutions 42/22 (XLII), 18 November 1987, para. 3.

које се у том смислу односе на посебну одговорност Савета безбедности”, додајући да „државе имају обавезу да не интервенишу, директно или индиректно, из било ког разлога (*подвукао Н.Р.*) у унутрашње или спољне послове друге државе”.⁴⁷

Строго формално гледано, резолуције Генералне скупштине нису правно обавезујуће за државе чланице. Међутим, њихов значај уопште није занемарљив. Иако резолуције Генералне скупштине УН нису обавезне *per se*, оне представљају значајно тумачење права онако како га разумеју државе чланице. Већи број позитивних гласова даје резолуцијама већи значај. Понављање и потврда одређених правила у низу резолуција и њихово стварно инкорпорисање у пракси може та правила подићи на ниво обичајног права.⁴⁸

4.2. Дозвољени изузеци од забране употребе силе

Као што је већ истакнуто, сама Повеља садржи два експлицитна изузетака од забране употребе силе: а) остваривање права на самоодбрану; и, б) предузимање или одобравање принудне војне акције на основу главе VII Повеље од стране Савета безбедности УН.

Постоје покушаји да се изузецима изричито наведеним у Повељи УН придодају још нека одступања од забране употребе силе. Најчешће се помиње одступање услед неефикасности система колективне безбедности установљеног Повељом УН и услед преваге заштите људских права над забраном употребе силе. Међутим, та схватања нису прихватљива јер немају упориште у Повељи.

4.2.1. Право на самоодбрану

Важан изузетак од забране употребе силе представља право држава на самоодбрану из чл. 51 Повеље, које је формулисано на следећи начин: „Ова Повеља ничим не нарушава урођено право на индивидуалну или колективну самоодбрану у случају оружаног напада против неке чланице Уједињених нација, док Савет безбедности не предузме мере потребне за одржавање међународног мира и безбедности”.

⁴⁷ Ibid., para. 27.

⁴⁸ Umozurike Umozurike, Tanzania's Intervention in Uganda, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 20, 1982, pp. 306-307. О правном дејству резолуција генералне скупштине видети: Marko Divac-Öberg, *The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ*, *European Journal of International Law*, vol. 16, 2005, no. 5, pp. 879-906.

Ова одредба дозвољава државама да у ситуацији када су изложене оружаном нападу употребе оружану силу против нападача, све док Савет безбедности не буде у стању да предузме потребне мере у циљу заштите нападнуте државе. Нападнута држава се може бранити самостално (индивидуална самоодбрана), али јој помоћ могу пружити и друге државе са којима је она у савезу (колективна самоодбрана). Државе имају обавезу да о свим предузетим мерама самоодбране одмах обавесте Савет безбедности.

4.2.2. Принудне мере Савета безбедности

Други изузетак од забране употребе силе тиче се надлежности Савета безбедности у погледу очувања међународног мира и безбедности и, попут права на самоодбрану, садржан је у глави VII Повеље. Поменута глава Повеље предвиђа механизме који Савету безбедности омогућавају остваривање примарне одговорности за очување међународног мира и безбедности. Ради остварења тог задатака, Савет безбедности, поред осталих мера, може одобрити и употребу оружане силе.

На основу главе VII Повеље, конкретно чл. 39, Савет безбедности је надлежан да „утврди да ли постоји претња миру, нарушавање мира или акт агресије”, и уколико утврди њихово постојање, он је овлашћен да одлучи „какве ће мере предузети” ради очувања или поновног успостављања међународног мира и безбедности. Чл. 39 даје Савету безбедности двоструко овлашћење: најпре да утврди да ли постоји претња миру, нарушавање мира или агресија, и друго, да одлучи које мере треба предузети како би се то стање отклонило.

Одлучивање о постојању претње миру, нарушавања мира или агресије, као и о мерама које ће предузети спада у ред материјалних питања о којима Савет безбедности одлучује потврдним гласовима девет чланова Савета безбедности, „укључујући сагласне гласове сталних чланова” Пракса је показала да уздржавање сталног члана од гласања (или чак његов изостанак са седнице), не спречава доношење мериторне одлуке.

Чл. 53 допушта могућност употребе регионалних организација за спровођење принудних мера. Тај члан је доста прецизан и гласи: „Савет безбедности ће се, кад томе има места, користити таквим регионалним споразумима или установама ради спровођења принудне мере која се предузима по његовом налогу. Али, без одобрења Савета безбедности неће по регионалним споразумима, нити преко регионалних установа,

бити предузета ниједна мера, изузев мера против било које непријатељске државе ...”.

Да би нека регионална организација предузела принудне мере неопходна је сагласност свих сталних чланова Савета безбедности, односно макар одсуство њиховог противљења. На тај начин се онемогућава да у неком делу света буде употребљена оружана сила од стране регионалних организација уколико се нека велика сила успротивила таквом решењу.

Треба нагласити да одлука Савета безбедности којом се одобрава употреба силе од стране регионалних организација мора бити унапред донета, као што је то иначе случај и код принудних акција које спроводе УН. Такође, ни „имплицитно” овлашћење Савета безбедности не може бити прихватљива основа за оружано деловање регионалних организација, већ за то мора постојати изричита одлука тог органа.

5. Закључак

Забрана употребе силе прошла је пут од верског и моралног правила до когентне норме међународног права. Та забрана је данас садржана у чл. 2(4) Повеље УН и она има обичајни карактер, тако да је морају поштовати све државе у свету, без обзира да ли су чланице УН. Неопходно је стално инсистирање на поштовању забране употребе силе, јер се само на тај начин дугорочно може очувати мир и стабилност у међународним односима. Прибегавање сили треба допустити само у ситуацијама изричито наведеним у Повељи УН, при чему те изузетке треба уско тумачити. У супротном, постојећи систем колективне безбедности био би угрожен, што би будућност међународне заједнице учинило неизвесном.

Литература и документација

Arend Anthony Clark, Beck Robert J., *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm*, London-New York, 1993;

Brierly James L., *The Law of Nations* (6th ed.), Oxford, 1963;

Brownlie Ian, *Humanitarian Intervention*, in: John Norton Moore (ed.), *Law and Civil War in the Modern World*, Baltimore-London, 1974, pp. 217-228;

Brownlie Ian, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963;

Brownlie Ian, *Thoughts on Kind-Hearted Gunmen*, in: Richard Lillich (ed.),

Humanitarian Intervention and the United Nations, Charlottesville, 1973, pp. 139-148;

Cassese Antonio, International Law, Oxford, 2005;

Chesterman Simon, Just War or Just Peace?, Oxford, 2001;

Danish Institute of International Affairs, Humanitarian Intervention: Legal and Political Aspects, Copenhagen, 1999;

Divac-Öberg Marko, The Legal Effects of Resolutions of the UN Security Council and General Assembly in the Jurisprudence of the ICJ, European Journal of International Law, vol. 16, 2005, no. 5, pp. 879-906;

Elbe Joachim, The Evolution of the Concept of the Just War in International Law, American Journal of International Law, vol. 33, 1939, no. 4, pp. 665-688;

Gardiner Richard K., International Law, London, 2003;

Grotius Hugo, De jure belli ac pacis[On the Law of War and Peace], (translated by A. C. Campbell), London, 1814;

Higgins Rosalyn, The Legal Limits to the Use of Force by Sovereign States: United Nations Practice, British Yearbook of International Law, 1961, pp. 269-319;

International Court of Justice, Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Jurisdiction and Admissibility), 15th February 1995, General List No. 87;

International Court of Justice, Case concerning Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad) Judgment, 3rd February 1994, General List No. 83;

International Court of Justice, Legality of the Threat of Use of Nuclear Weapons, (Advisory Opinion), 8 July 1996, General List No. 95;

International Court of Justice, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Judgment of 27 June 1986 (separate opinion of Judge Schwebel);

Kelsen Hans, Tucker Robert W., Principles of International Law (2nd ed.), New York, 1967;

Krylov Nikolai, Humanitarian Intervention: Pros and Cons, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, vol. 17, 1994/95, no. 2, pp. 365-407;

Lepard Brian D., Rethinking Humanitarian Intervention, Pennsylvania, 2002;

Mills Kurt, Sovereignty Eclipsed?: The Legitimacy of Humanitarian Access and Intervention, *The Journal of Humanitarian Assistance*, <http://www.jha.ac/articles/a019.htm>;

Murphy Sean D., *Humanitarian Intervention: the United Nations in an Evolving World Order*, Philadelphia, 1996;

Reisman Michael, Coercion and Self-Determination: Construing Charter Article 2(4), *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, no. 3, pp. 642-645;

Reisman Michael, McDougal Myres S., Humanitarian Intervention to Protect Ibos, in: Richard Lillich (ed.), *Humanitarian Intervention and the United Nations*, Charlottesville, 1973, pp. 167-195;

Rytter Jens Elo, Humanitarian Intervention without the Security Council: From San Francisco to Kosovo - and Beyond, *Nordic Journal of International Law*, vol. 70. 2001, no. 1-2, pp. 121-160;

Schachter Oscar, *International Law in Theory and Practice - General Course in Public International Law*, vol. 178, *Receuil des Cours*, 1982;

Schachter Oscar, The Legality of Pro-Democratic Invasion, *American Journal of International Law*, vol. 78, 1984, no. 3, pp. 645-650;

Shaw Malcolm N., *International Law* (5th ed.), Cambridge, 2003 (4th printing 2005);

Tesón Fernando, *Humanitarian Intervention: An Inquiry into Law and Morality*, New York, 1997;

Umozurike Umozurike, Tanzania's Intervention in Uganda, *Archiv des Völkerrechts*, vol. 20, 1982, pp. 301-313;

UN General Assembly Resolution 2131 (XX), (Declaration on the Inadmissibility of Intervention in the Domestic Affairs of States and the Protection of Their Independence and Sovereignty), 21 December 1965;

UN General Assembly Resolution 2625 (XXV), (Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in accordance with the Charter of the United Nations), 24 October 1970;

UN General Assembly Resolution 3314 (XXIX), (Definition of Aggression), 14 December 1974;

UN General Assembly Resolutions 42/22 (XLII), (Declaration on the Enhancement of the Effectiveness of the Principle of Refraining from the

Threat or Use of Force in International Relations), 18 November 1987;

Vattel Emer, *Le droit de gens ou principes de la loi naturelle. Appliqués à la conduite et aux affaires des nations et souverains*, 1758, [Law of Nations; or, Principles of the Law of Nature, applied to the Conduct and Affairs of Nations and Sovereigns], (translated by C. Fenwick), Washington, 1916, Book III;

Wright Quincy, The Meaning of the Pact of Paris, *American Journal of International Law*, vol. 27, 1933, no. 1, pp. 39-61.

Prof. Nebojša Raičević, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

HISTORY OF THE PROHIBITION OF THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW

Summary

The efforts to regulate the use of force at the international level may be traced back to the ancient times. Until the First World War, there were no international treaty rules limiting or prohibiting the use of force in interstate relations, and customary rules were still underdeveloped. The waging of war was first justified by the concept of a holy war, and later by the concept of a just war. In that period, states were free to resort to war for any reason or even for no reason at all. The treaty rules which limited the right of states to wage wars were adopted only after the First World War. The Covenant of the League of Nations introduced certain restrictions on the waging of war, which entailed prior obligation of states to use peaceful means of settling disputes (Articles 12-15 of the Covenant). Given the lack of prohibition on the use of force in the Covenant of the League of Nations, some states concluded the Briand-Kellogg Pact in 1928, which outlawed war between States Parties. The adoption of the UN Charter in 1945 was a giant step forward in this field because Article 2 (4) explicitly prohibits states from using force and threat of force in international relations. This article was the cornerstone of inter-state relations after the Second World War. The prohibition of the use of force has the character of a customary imperative legal rule that is binding on all countries in the world and can only be deviated from in the case of self-defense or when the use of force is authorized by the UN Security Council.

Keywords: war, use of force, Covenant of the League of Nations, Briand-Kellogg Pact, UN Charter, right to self-defense, UN Security Council.

ИНСТИТУЦИОНАЛНА ОДГОВОРНОСТ И ОДГОВОРНОСТ ДРУШТВА

Апстракт: У овом раду се полази од хипотезе дуалне одговорности институција и друштва: одговорност институција консеквентно подразумева одговорног друштва, док, са друге стране, одговорно друштво подржава само одговорне, функционалне и делотворне институције. Модел односа између институција и друштва који се пропитују у овом раду, синтетизују се на модел дуалне уравнотежене структуре одговорности: како институција тако и друштва. Дуални модел одговорности се преиспитује у прелазним, ауторитарним друштвима а основно методолошко полазиште је теоријски плурализам нормативизма и емпиризма, контекстуалног и општег компаративизма, комбинујући дисциплинарне приносе теорије државе и права, политикологије и социологије.

Кључне речи: институције, друштво, одговорност, дуална одговорност, политичка облигација.

1. Увод

Структурирање политичког система на саставне делове-сегменте треба да пође од неколико важних критеријума: компаративног, у циљу поређења сличних нивоа и елемената у различитим савременим емпиријским политичким системима, логичког, у циљу идентификовања и проналажења универзалних, битних, суштинских, заједничких, основних елемената сваког политичког система, методолошког, у циљу превођења апстрактних појмова у ниже оперативне и радне дефиниције, превођења генералних хипотеза до појединачних индикатора. Такође, треба имати у виду и неке аспекте-слојеве политичког система као што су: нормативно и стварно, латентно и манифестно (скривено и

¹slavisa@prafak.ni.ac.rs

видљиво), субјективно и објективно, релативно трајно и ситуационо-контекстуално, стабилно и променљиво. Да би утврдили одговорност институција морамо пронаћи њено место у структури политичког система и структури институција државне власти. Тако разликујемо: (1) нормативно-идеолошки слој: идеје, претпоставке, норме, вредности, тип политичког система и облик владавине, на којима се заснива односно темељи дух јавних институција и политичких односа; (2) институционални, који се односи на централне институције, њихову организацију, начин функционисања и одлучивања, њихову сензибилност на јавне проблеме, одговорност односно респонзивност, учинак и ефективно понашање субјектата на које је усмерен институционални аутпут; (3) субјектно-процесни: односи се на структуру политичких улога, персоналне или институционализоване ауторитете и носиоце политичких, државних и институционалних улога, њихову политичку моћ, професионалну и моралну компетентцију, лична својства; (4) политичка култура, која подразумева одговорну грађанску политичку облигацију. Фокус овог рада је одговорност институција и перцепција одговорности институција од стране друштва.

Човек се учи свему од малена па и одговорности. Социјализација одговорности подразумева процес социјалног учења за вршење друштвених и институционалних улога, од индивидуалне одговорности према себи па до одговорности према другоме односно другима. Она обухвата широк спектар учења и стицања знања и искуства којима се стиче и одржава систем уверења, знања и понашања према нормативно очекиваним стандардима.

У процесу социјализације стичу се различите врсте одговорности, лична и јавна одговорност, одговорност према добрима и љидима, одговорност према породици, заједници, одговорност према држави. Како друштво не може функционисати без институција и установа, онда је институционална одговорност она врста грађанске и политичке улоге која се учи и стиче у процесима интеракције и социјализације појединаца. Посебан облик социјализације и учења односи се на вршење институционалних улога. Институционална одговорност подразумева став, уверење, мишљење и понашање које у основи није персонификовано односно персонализовано, већ објективна и генерализована свест о поимању и функционисању институција.

2. Класични и нови институционализам

Суштина класичног или традиционалног институционализма је да се сва политика догађа у институцијама које су формално правно дефини-

сане и које су смештене у главне полуге власти и моћи. Изван формалне организације власти нема политике. Држава је ништа више од „монопола физичке силе”, а политика је искључиво смештена у законодавним телима, организацијама јавне управе и јавним корпорацијама. Основе карактеристике класичног институционализма су формална организација, статичност и непроменљивост, вредностна неутралност, затвореност и самосталност у односу на друштвене утицаје. Нови институционализам или неоинституционализам је настао под утицајем критика супарничких и алтернативних теоријских приступа, посебно политичко-културног приступа и системске теорије. Неоинституционализам сматра да институције имају своју организациону структуру у којој постоје „правила игре” која регулишу и управљају понашањем институционалних актера. Оне нису само формалног карактера, већ се састоје и из неформалних и неписаних конвенција које могу ојачати формална правила. Такође, ни све институције нису засноване на писаној правној догматици, већ се могу заснивати и на неписаним правилима понашања.²

Институције нису строга и стабилна понашања већ и несавршене, недовршене и креативне творевине са променљивим процедурама и сензибилне на интересне варијације друштвених актера. Оне функционишу у противречном и сложеном окружењу, а њихова улога није само и строго формално-правна и догматска већ флексибилна: одлуке и деловања уподобљавају се и изазовима спољашњих међународних и унутрашњих околности. Институције су изложене спољашњим улазним перформансама на које морају да одговоре одговарајућим одлукама, одлукама које такође подлежу одговорности за постигнуће односно резултат.

Институције нису вредносно неутралне већ изражавају и штите одређени заједнички скуп вредности. И сама институција је вредност по себи. Поред тога, структура институционалног управљања је контекстуална и ситуациона на начин да се у њој преламају различите интересно-вредностне концепције. Вредности слободе, једнакости, правде су различито организационо и идеолошки заступљене у свакој институцији, а посебно институцији парламента. Институције државе нису јединствен, недељив и агрегатни организам, већ су диференциране, подељене и уравнотежене, и са различитим функцијама. Нису нужно и строго међусобно усклађене јер свака институција има своје принципе и начине деловања.

²Up: Marsh, D, and Stoker G, Theory and Methods in Political Science, Palgrave, McMillan, 2002.

Класични институционалисти су полазили од индетерминистичког концепта институција као затворених, независних ентитета. Ново-институционализам сматра да су институције уклопљене у одређени друштвени и политички контекст и не могу деловати ван духа времена, оне су обликоване вишим правилима а посебно политичком вољом и интересном структуром друштва.

3. Појам и значај (политичких) институција

Ставови и оријентације друштва усмерени су на најистуреније и најреlevantније политичке институције, као суверене институције јавне власти које имају уставно-правна овлашћења и надлежност да, на различитим хијерархијским нивоима-секторима власти и моћи, доносе спроводиве политичке одлуке. Форма политичког живота је једнако важна као и стварни, реални политички живот. Институције су архитектура друштва и незаобилазни део његове структуре.

Појам институције лапидарно је разматран у оквиру политичке и правне социологије. Морис Диверже разликује три елемента институција. Први је структурални који полази од институција као „модела људских односа на које се надовезују стварни односи који кроз њих добијају на стабилности, трајности и кохезији”.³ Други је нормативно-технички који се односи на правну, просторну и симболичку заснованост. Свака институција има своје нормативно-правно односно уставно утемељење. Трећи елемент су „колективне представе, замисли и веровања” које дају легитимитет институцијама кога можемо назвати културним елементом институција. Овај трећи елемент можемо назвати и институционална култура која даје дух и смисао институцијама.

Ендрју Хејвуд одређује институцију као „чврсто установљено тело које има формалну улогу и статус; шире, као установљена правила која обезбеђују нормално и предвидљиво понашање, „правила игре”.⁴ Марсел Прелот са аспекта политичко-уставне теорије разматра политичке институције као организоване, трајне, кохерентне и присилне феномене који настају „сваки пут кад, у некој заједници, индивидуалне воље које се слажу у основној идеји или се повезују ради неке потребе, учествују у истом подухвату па се ради њиховог остваривања подрвгавају некој власти и правним прописима”.⁵

³ Maurice, D: *Politička sociologija*, Panliber, Zabreb, 2001, str. 79-80.

⁴ Хејвуд, Е: *Политика*, Београд, 2004, стр. 37.

⁵ Marcel Prelot: *Institutions politiques et droit konstitutionnel*, Paris, 1963, p. 49.

Политичке институције можемо дефинисати као устаљени, релативно трајни, кохерентни, организовани, стандардизовани и формализован модел односа, улога и положаја, заснован на одређеној политичко-идеолошкој доктрини и правној, најчешће уставној норми а чија је основна функција управљање друштвеним интересима и потребама и регулација понашања најширих социјалних актера. Политичке институције су *надличне, инперсоналне* јер надилазе појединце од којих се састоје, који у ствари мандатно, периодично врше институционалне улоге. Док се носиоци улога и положаја мењају, институције остају као сталне установе политичког друштва, иако мењају форму и основну функцију. Политичке институције су *интесубјектне, трансгенерацијске* творевине које трају упркос мени политичких генерација и чињеници пролазности појединца. Функционална замена генерација је променљива величина у односу на константност и истрајност институција.

Према степену општости разликујемо опште, посебне и специјализоване институције. Према степену системске структурираности постоје економске, културне, научне, политичке и државне институције. Држава је најопштија институција за коју се често каже да је „институција институција”. Према типу и начину уређења државе разликујемо парламентарне и председничке институције. Полазећи од облика политичког режима, разликујемо демократске и аутократске институције. Имајући у виду облик уређења власти разликујемо федералне и конфедералне, односно просте и сложене институције. Према начину и врсти политичке организације разликујемо друштвене, партијске и државне политичке институције. Свака врста институције поседује и различите врсте одговорности обзиром на хијерархијски, организациони, друштвено подручни критеријум.

4. Одговорност институција

Институционална одговорност постоји када институције и државни органи врше послове из своје надлежности у складу са професионалним стандардима, правним оквирима и постигнућима у друштвеној пракси.⁶ Први и претпостављени аспект односи се на степен одговорности. Различити су степени одговорности обзиром на врсту институције. Најодговорније су централне институције државе јер оне доносе одлуке и акте које се тичу целине друштва. Што је већи степен општо-

⁶ Суштину и обележја политичке одговорности изнели смо у: *Теорија политичке одговорности у транзицији*, у: (тематски зборник) *Одговорност у правном и друштвеном контексту*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2021, стр. 153-165.

сти институције, то је и већа одговорност. Свака институција има своју одговорност обзиром на њену надлежност односно њену моћ унутар хијерархије институција и државних органа. Што су институције или државни орган виши на хијерархијској лествици, то је и њихова одговорност већа.

Други аспект одговорности институција је правна одговорност која се односи на њен положај у односу на друге државне органе у хоризонталном смислу. Подела власти у хоризонталном смислу аутоматски подразумева одговорност сваког државног органа у односу на надлежност која му је прописана. Преливање одговорности или неравнотеже фактичке моћи ова три главна органа власти, аутоматски повлачи и правну и политичку одговорност. Подела власти има функцију да уравни моћ централних органа власти на врху хоризонталне осе државе а тиме и да подели одговорност сваке институције. Подела одговорности је лакши начин утврђивања стварне одговорности. У политичкој и правној пракси ауторитарних и хибридних режима постоји стална тенденција јачања извршне, иначе персонализоване, власти у односу на друге две гране власти. Правило, што је већа моћ, то је и одговорност већа, нема одговарајућу консеквенцу. Напротив што је политичка моћ већа, смањује се перцепција одговорности.

Питање одговорности у вршењу институционалне улоге јавља се у случају инверзије објективне и субјективне димензије неке институције. Ради се о инверзивном схватању институције када она добија преваходно лични, персонализован или приватизован карактер. Персонализовани карактер институције постоји када се институција поистовећује односно изједначује са њеним вршењем од стране изабраних или постављених лица.

С обзиром на начин вођења политике и друштвене последице које изазива, можемо тврдити, на основу емпијског искуства, да је политика кроз историју била више неодговорна него одговорна. Политика је увек кроз историју била противречна појава. С једне стране, пред њом су увек били морални и нормативни захтеви одговорности да служи општем и заједничком добру грађана, да се политичке функције врше у корист интереса појединца, група, заједнице, државе. Са друге стране, као њена супротност, политика је инструмент доминације и служи интересима моћних група, што значи, увек је била у функцији парцијалних и посесивних интереса. Тај интерес је увек различитим техникама манипулације представљан и квазилегитимисан као „општи и заједнички интерес”.

Квазилегитимитет неморалне политике или симулакрум политике подразумева претварање, прерушавање, изговарање, лажно представљање ставова, у коме се садржај јавне комуникација уподобљава потребама стабилности власти. Квазиодговорност власти политичких институција подразумева симулакрум одговорности односно симулацију одговорности. Наиме, ради се о процесу само-легитимације или квази-легитимације који подразумева ритуално представљање власти оним што она суштински није, па између осталог, и самоувереност власти у њену исправност и одговорност. Ниједна власт, посебно ауторитарна и недемократска, никад неће признати своју неодговорност.

5. Дуална и уравнотежена структура одговорности

Однос одговорности јавних институција и одговорност друштва можемо истражити ако претходно установимо модел односа између политичке културе друштва и културе одговорности институција. Тако можемо разликовати три модела: (1) модел хетерономне институционалне конструкције друштва, (2) модел аутономног обликовања институција и (3) модел интерактивне равнотеже. Сваки модел подразумева и претпоставља одређени тип обавезе односно одговорности.

Алмонд је установио да је за сваки демократски поредак карактеристична конгруенција структуре институција и политичке културе друштва.⁷ Тај однос може бити мање или више усклађен, и што је тај однос више усклађен политички систем је стабилнији и одговорнији и обрнуто. Стање неусаглашености први је услов политичке кризе или политичких промена. Поред модела (ин)конгруенције, Алмонд установљава модел равнотеже. Грађанска политичка култура је модел мешовите политичке културе која уравнотежује половине и контрадикције различитих типова политичких култура. Модел равнотеже се пре свега односи на уравнотежавање права (слобода) и обавеза (дружност). Одређеној политичкој структури институција одговара одговарајући модел политичке облигације друштва. Тако је грађанска култура облик политичке културе који је најпримеренији демократији, па се зато често и назива демократска политичка култура. Као што демократија није чист модел већ мешовити политички систем тако и грађанска политичка култура није чист облик политичке културе, већ спој или сусрет различитих типова политичке културе. Тако, грађанска (цивилна култура) представља равнотежу између локалног и гло-

⁷ Almond and Verba, *The Civic Culture – political attitudes and democracy in five nations*, Collections: Princeton Legacy Library, 1963.

балног, аутономног и режимског, поданичког и грађанског, обавезе покорвања и дужности учешћа, политичког активизма и пасивизма, догматске лојалности и критичке свести.

Демократски политички систем је процес уравнотежења и балансирања два императива: с једне стране, моћи и стабилности државе односно владајуће елите, ефикасности институционалног одлучивања и управљања и, с друге стране, грађанске контроле власти у медијуму политичке јавности. Грађанска политичка култура тако уједињује: императив поретка (лојалност) и слободу политичке активности, права и обавезе, пасивизам и активизам, емоционална и инструментална понашања, консензус и конфликт, слободу и једнакост, моћ и одговорност, институционалну структуру и деловање актера. Демократском типу политичког система одговара само грађанска политичка облигација која успешно балансира ставове и оријентације слободе и лојалности према демократском поретку институција. Тако, грађанска политичка култура није једнозначна, искључива, која се заснива само на једној идеји, оријентацији или моделу понашања, она је мешавина различитих идеја, принципа, понашања. Грађанин није онај који је само „једно” од наведеног, дакле локалиста, поданик или активиста, либерал или социјалиста, већ је његова грађанска улога мешавина свих наведених страна и могућих својстава појединца у политичком животу. Када је у питању партиципативна улога грађанина, она претпоставља равнотежу између политичке компетанције грађана и стварног утицаја на власт, између свести о политичкој партиципацији и стварне партиципације, равнотежа између свести о могућности утицаја на власт и стварног утицаја.

Однос између субјективне и стварне партиципације је двосмеран. Субјективно компетентни и вољан грађанин је предуслов за његово стварно учешће у политичком животу, као што стварни донети и реалне могућности утицаја могу обликовати његову когнитивно-вољну димензију деловања. Често се политичка култура одређује као „резерва подршке” институцијама система што у ствари значи да грађанин није и не треба да буде стално активан већ само онда кад жели да оствари неки циљ или интерес. Израз „резерва подршке” садржи и идеју селективне партиципације јер политички хиперактивизам је велики терет за институционални капацитет одлучивања.

Грађанска политичка култура подразумева равнотежу између знања, веровања и осећања. Равнотежа ставовских компоненти и равнотежа атудиналног и конотивног. Политика без емоција је као храна без

укуса. Емоције имају стваралачку улогу у политици јер су оне покретач политичке активности. Али, неограничени и велики изливи емоција могу деструктивно деловати на стабилност и блокирати делотворност институција. Минимална и неопходна квота емоционалног инвестирања односи се на патриотизам и оданост основним симболима и институцијама система. То је врста безусловне, непрорачунате лојалности. Када је у питању инструментално-интересна, прагматична основа лојалности, онда се ради о вредновању учинка институција и остваривости њених одлука.

Равнотежа у формули консензус-дисензус је културна претпоставка демократског система одлучивања, а сагласност око основних вредности, правила игре и демократске процедуре услов институционалне стабилности. Без различитости нема деморкатије, али дисфункционални расходи угрожавају интеграцију друштва и немогућност ефикасног институционалног управљања. Велике класне, регионалне, етно-националне, идеолошке... поларизације доводе до недемократске политичке комуникације јер стварају међусобне мржње, непријатељстава па чак и насиље. Велике социјалне и политичке поларизације и конфликти спречавају мирну, парламентарну процедуру одлучивања и ефикасног владања. Консензус о јасним и недвосмисленим критеријумима и стандардима одговорности треба да буде основно полазиште у односу институција и друштва.

6. Модел аутономије

Демократија имплицира сложену интеракцију између политичке културе и политичких институција. Природа интеракције између ове две стране политике колико може значити стварање и одржавање демократије толико и њено стагнирање али и кризу или пропаст. Јасно је да демократско друштво у коме доминира грађанска политичка култура ствара одговорне, репрезентативне институције које достојно изражавају опште, посебне и појединачне интересе и потребе друштва. Одговорно грађанско друштво у својој изборној оријентацији захтева такав модел политичких институција које ће у аргументованом, демократском парламентарном духу доносити рационалне, реалне, спроводиве политичке одлуке сагласне изборним преференцијама друштва. Није извесно а ни забележено у политичкој историји да ће одговорно друштво у коме доминира грађанско-демократска политичка култура изабрати диктатора, узурпатора или ауторитарно вођство, односно толерисати неодговорну и неделотворну парламентарну владу.

Такође, слабо, неорганизовано, деперсонализовано, масовно друштво, у коме доминира ауторитарно-колективистички односно етноцентрични менталитет, без демократске писмености и културе политичког понашања, није способно да структурира демократску и репрезентативну политичку елиту а да не говоримо о ефикасности институционално-административног апарата. Немоћно или непостојеће грађанско друштво генерише јаку, неодговорну и некомпетентну државну власт. Доминација поданичког менталитета такође је сигуран показатељ немогућности уозбиљења одговорних политичких институција и власти. Десубјективирани, непросвећени чланови политичке заједнице су најпогоднији објекти за политичку манипулацију и злоупотребу институционализоване моћи. Њихов однос према институцијама у ствари је некритичко изражавања политичке обавезе и дифузне подршке.

У околностима великих и радикалних поларизација бирачког тела (посебно у условима вишенационалних структура) стварају се супростављене и често непомирљиве политичко-културне мапе бирачког тела и њихових заступника политичке воље. Таква структура и поларизовани страначки систем престављају препреку функционисању и одлучивању односно стварању неопходне парламентарне већине и парламентарног духа као предуслова парламентарне делатности.

7. Модел хетерономије

Ендрју Хејвуд оспорава модел према коме ставови и вредности имају значај за стабилну демократију и сматра да је политичка култура „више последица а него узрок демократије... и не може се сматрати средством подршке стабилној демократској владавини”.⁸ Из овога произилази, да су одговорне институције пример за одговорно друштво, односно одговорне институције имају функцију да створе одговорно друштво на широком спектру његовог деловања.

Модел хетерономије претпоставља да је одговорна култура друштва обликована институционалним, економским и међународним чиниоцима. Институционални дизајн форматирања друштвене одговорности зависи и од типа власти и од типа друштва. Одговорна власт продукује и подстиче одговорно друштво. Лоша, корумпирана власт фаворизује и толерише неодговорно друштво. Негативно деловање институција, било да је у питању такав карактер институција, било да су у питању последице које изазива, ствара посебну врсту инжењеринга које кон-

⁸Ендрју Хејвуд, Политика, Клио, Београд, 2004, стр. 383.

ституише корумпирано друштво. Пресудно негативан утицај институционалног фактора полази од претпоставке слабог, неогранизованог, интересно несвесног, десубјективираниог друштва које пуком, несвесном и некритичком рецепцијом усклађује своје политичко понашање према владавинским одлукама ауторитарних институција. Са друге стране, институционални модел као пресудан фактор карактерише се јаким, ауторитарно-тоталитарном државом и плебисцитарном формулом заснивања државног и демократског легитимитета. Супериорна политичка моћ и власт које се налазе у институцијама намећу вољу друштву које се равна према очекивањима и нормама институционалне структуре друштва. Тако, формуле владања увек морају имати неки основ легитимности, који се најчешће налази у културној структури друштва.

Институционални модел односа између културе и институција полази од тзв. институционалног учења политичке културе и претпоставља да усвајање одређеног модела друштвеног, политичког и правног понашања није могуће без изложености институцијама, без демократског искуства владавине права односно без деловања широког спектра утицаја најзначајних и најистуренијих системских институција. Деловање институција претходи свакој одговорној култури и има за функцију стварање три основне карактеристике грађанског етоса: етатистичког етоса лојалности и рационалног етоса еманципованог грађанства.

Дуготрајна стабилност либерално-репрезентативних демократија расте ако грађани подржавају вредности на којима је демократија базирана. На пример, стабилност либерално-репрезентативних институција је повећана ако грађани подржавају либерално-репрезентативне идеале и основне демократске процедуре (изборе, слободну штампу, основне грађанске слободе), толеришу политичку опозицију, и вреднују плуралистичко поређење. Дуготрајна изложеност институцијама које имају лични, аутократски и ауторитарни карактер, персонализује друштвену одговорност према носиоцу тако означеног карактера институција. Изражавајући обавезу према ауторитарном режиму, грађани не показују неодговорност према институцији већ обавезу поковања према вршиоцу институционалне улоге.

У суштини, перспектива институционалног учења налази да су кључни квалитети демократског грађанства развијени првенствено када грађани имају прилике да вежбају и практикују одговорне демократске институције. У одсуству таквог искуства мање је вероватно да ће се развити одређен степен демократских вредности базираних на овим

квалитетима. Основни разлог што пост-социјалистички народи снажно подржавају генерална демократска права је у томе што их је релативно лако прихватити, када не представљају изазов личним приоритетима и када људи нису свесни свих могућих емпријских импликација чак и негативних.

Вредности утичу на меру подршке демократији. Економски критеријум значајно опредељује процене о функционисању система. Јавно вредновање колико су људска права поштована и гарантована развијају задовољство грађана са новим демократским институцијама. Негативна искуства из социјалистичког система су и допринела да се генерално подржи либерална демократија. Позитивни економски услови одржавају учинак система. Дакле, искуство појединца са добрим учинком институција учвршћују новоустановљене вредности.

Скептицизам и видљив расцеп између либералне и социјалне стране демократије тако има за последицу да се изричито не одбацује нови поредак али се не показује ни недвосмислена подршка. Различити степени подршке и амбивалентно поверење у институције постојећег система сигурно је базиран на перцепцијама о успешности функционисања институција и степену задовољства његовим учинцима. Грађани који су изложени одговорним и делотворним институцијама далеко лакше и брже се социјализују за одговорне грађанске улоге. Они интернализују оне идеале, норме, критеријуме и преференце који дају легитимну основу сету институција: социјалистичко-егалитарних и либерално-репрезентативних. Легат социјализма има консеквенце за постојеће институције. Делимична институционална социјализација има тенденцију да умањи подршку новим демократијама корупираних институција. Дакле, искуство показује да се демократска стабилност не обезбеђује само претходно усвојеним системом политичких схватања и вредности, већ зависе и од институционалног фактора, јер изложеност новим институцијама има велики утицај у стварању саобразне одговорнее политичке културе. Далеко мање је изражен позитиван утицај институција, а далеко више негативан због неукорењености и неуспешности институција и њихове неуправљивости.

8. Структурна неравнотежа у транзицији

Транзициона политичка друштва показују да нормативно-институционална поставка није довољна да би политички систем био стекао демократску одговорност, будући да иза системског формализма

постоје недемократски политички односи, наслеђени садржаји, који нису у сагласности са новим типом државе и политике. Транзиција није само институционална промена, већ је неопходна и промена структуре свести друштва. Не постоје емпиријски докази о потпуној подударности између размерно распоређених ставова, вредности и оријентација и стабилности демократских институција. Разлика између институционалног утемељења и стварне делотворности институција произилази из деловања *неформалних* правила и односа које одређује политичка култура друштва. Кодификоване норме и вредности морају бити прихваћене и практиковане од стране политичких субјеката друштва.

Развојни дисконтинуитет и диманика транзиционих друштва показује да се политичка култура и институције не мењају симултано и истовремено са истом динамиком промене. Рушење старог система и установљење новог оставља старе образце политичке културе који успоравају или доводе у питање функционисање нових институција, њихов легитимитет, исход транзиције и опстанак демократског поретка. Карактеристична неподударност претпоставља трансформацију друштвених и културних предуслова. Институционална констелација која није саображена укупној популацији друштва може довести до деконсолидације демократије.

Форма и садржина транзиције одређена је комбинацијом институција, актера и културном оријентацијом. Нова политичка култура не може се укоренити у кратком времену. Захтевано и потребно време културне трансформације је далеко дуже од механичке институционалне промене. Изразити државни, политички, идеолошки и културни дисконтинуитет условио је отпор променама. Слаба либерално-демократска, рационална политичка свест и истрајавање колективистичких, ауторитарних и радикалних политичких ставова обеснажују грађанску компетенцију, вољу за променама и контролу институција власти. Такав дисконтинуитет утиче и на непредвидивост транзиционог процеса, изразиту појаву релативизма, чак и скептицизма, неизвесности и несигурности. Наслеђена традиционална брана из социјализма показује отпор променама задржавајући предграђанску политичку свест упркос радикално другачијем окружењу. Декларативна подршка и нереалистична очекивања од демократије резултат је неприлагођености новоустројеним циљевима и изазовима.

Обим наслеђених фактора варира али остаје константан. Ефекат новог институционалног учења је половичан: грађани се опредељују за основна људска права и конкуренцију, али такође истрајавају на

социјалној и егалитарној компоненти. Либерална демократија се тако допуњује социјалним и популистичким елементима који је очигледно пренешен као ефекат претходног институционалног учења. Опстанак социјалистичког идеала је видљив и последњих година када јавна подршка политичким слободама опада у односу на социјалну једнакост и социјална давања. Социјал-комунистички модел ауторитарне обавезе грађана да се покоравају монократској структури власти није потпуно опстао, већ се трансформисао у посебан облик стабилизоване аутократије и „такмичарског ауторитаризма”. Поданичка политичка облигација је доминантан тип друштвене одговорности који је опстао и у периоду транзиције, упркос новом типу и духу политичких институција.

9. Модел еманципованог рационалног грађанства

Модел еманципованог грађанства полази од концепта модернизације, развијеног друштва и личног развоја појединца. Модернизација је процес „приближавања различитих фрагмената и целих социјалних и политичких система нивоу њихових најразвијенијих стања”.⁹ Када су у питању посткомунистичка друштва онда је питање модернизације питање превазилажења сиромаштва, општег културног и цивилизацијског застоја читавих географских региона и етничких заједница и група, неписмености, економског заостајања и подизања укупног квалитета човековог живота.

Концепт модернизације и људског развоја Роналд Инглехарт који полази од претпоставке и доказује их у низу својих истраживања да се стабилне демократске институције одржавају интерактивним дејством економских, културних и политичких фактора, при чему економски развој нема аутоматско узрочно дејство, већ изазива културне промене које увећавају учинак демократије. Политичка култура је овде директно зависна од материјалних услова живота а у његовим истраживањима изражена је као интерперсонално поверење, животно задовољство, првенство реформи над револуцијама и превратима. Еволуција савременог друштва иде од материјалистичких вредности благостања и социјалне сигурности према постматеријалистичким вредностима квалитета живота и личног развоја појединца. Према Инглехарту, правилност развоја иде линијом: економски развој обезбеђује егзистенцијалну сигурност и омогућује искорак према културној промени, а културна промена доводи до демократски одговорних институција.¹⁰

⁹ Чорбић, Политички системе – основи политикологије, Ниш, 2007, стр. 167.

¹⁰ Inglehart and Welzel, *Moderniyation, cultural change and democracy – The human development Sequence*, Cambr.Univ.Pres, 2005

Модернизација полази од економске структура и економског развоја који осигуравају ниво материјалних ресурса за опстанак и образовне могућности. Економски и животни стандард опредељује човека према аутономном избору. Задовољени материјални услови живота померају вредносна опредељења према слободи избора, животним задовољством, толеранцијом и поверењем. Културна реоријентација према постматеријалистичким вредностима живота утиче и на институционални аспект грађанских и политиких прва и слобода. Економска модернизација мења културне оријентације и модел очекивања од институција, стабилизује демократију и развија хуманије друштво.

Постмодернистичке вредности условљавају и промене у односу на политички ауторитет а тиме и ново схватање слободе и аутономије. Традиционални ауторитет је превазиђен рационалном и секуларном перцепцијом, али није довео до еманципације од ауторитета, није значио нестанак ауторитета већ само другачије основе ауторитативног легитимитета. Еманципација од ирационалног ауторитета је претпоставка грађанске одговорности.

Што се тиче процеса еволуције вредностних приоритета о којима пише Инглехарт треба рећи да вредности јесу како он каже „универзална потреба”, али значења тих вредности разликују се од друштва до друштва односно зависне су од опште и политичке културе. Потреба за вредновањем није иста, али и начин задовољавања ове потребе увелико је различит. Тако је основни недостатак његове тезе занемаривање културног плурализма и подкултурно створен систем значења и тумачења вредности. Тако би његову функционално-казалну интеграцију вредности у друштво требало допунити са значењско-функционалном тезом о културном релативизму система вредности.

Материјална еманципација не значи крај поданичке политичке облигације коју потражује ауторитарни режим. Такође, институционална одговорности власти је потребан услов за одговорно друштво. Тек културна и цивилизацијска еманципација, праћена просветитељским образовањем ствара компетентног, еманципованог грађанина који рационално учи на лошим примерима из праксе. Еманциповани грађанин је одговоран грађанин. А без одговорности политичког друштва, које је организовано, утицајно нема ни одговорних институција. Пракса је прилично парадоксална, нарочито код нас. Дobar пример је институција избора. Већ скоро три деценије у Србији се практикују вишестраначки избори, а да је учинак сваке наредне владе све лошији, а одговорност све мања. Уместо да уче из лоших примера, грађани немају критичку свест

да вреднују постигнућа изабране власти. Тако долазимо до парадокса: што су грађани више изложени демократским институцијама избора, њихов критички и рационалан потенцијал опада, а тиме и потенцијал одговорности се смањује.

Литература

Almond, G. A., Verba, S., *The Civic Culture – political attitudes and democracy in five nations*, Collections: Princeton Legacy Library, 1963;

Inglehart, C., Welzel, R., *Modernization, cultural change and democracy – The human development sequence*, Cambridge University Press, 2005;

Marsh, D., and Stoker G., *Theory and Methodos in Political Science*, Palgrave, McMillan, 2002;

Maurice, D., *Politička sociologija*, Panliber, Zabreb, 2001;

Prelot, M., *Institutions politiques et droit konstitutionnel*, Paris, 1963;

Ковачевић, С., Теорија политичке одговорности у транзицији, у: Одговорност у правном и друштвеном контексту (тематски зборник), Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2021, стр. 153-165;

Хејвуд, Е., *Политика, Клио*, Београд, 2004;

Чорбић, Д., *Политички систем – основи политикологије*, Ниш, 2007.

Prof. Slaviša Kovačević, Ph.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

INSTITUTIONAL RESPONSIBILITY AND RESPONSIBILITY OF SOCIETY

Summary

The mixed elements of democracy and autocracy in a political system produce not only the basic unaccountability of both institutions and society but also a special type of hybrid responsibility. Every form of political regime has its own accountability system. However, the increasingly frequent processes of autocratization of democracy result in a type of responsibility which entails political obligation of loyalty or unconditional submission. Political responsibility, which is often expressed as political support and political trust in institutions, is manifested differently in monarchy or aristocracy systems and in democratic systems governed by the rule of law. In autocracy systems, there is a tacit unaccountability in the relations between institutions and society; in effect, there is a simulation of responsibility where the political right to rule corresponds to the political obligation to obey. In democratic societies governed by the rule of law, there is a political obligation and duty of institutions to be responsible; on the other hand, there is a political right of civil society to exclusively support responsible institutions. Evaluation of institutional achievements is possible only in a type of civil society that is counterbalancing, rational, emancipated, enlightened, organized, influential and interest-conscious.

Keywords: *institutions, society, responsibility, dual responsibility, political obligation.*

ЗАЈАМ И КАМАТА У УСТАВУ РУСКОГ КНЕЗА ВЛАДИМИРА МОНОМАХА

Апстракт: *Руска правда као најважнији извор древноруског права садржи посебну целину која се у правноисторијској науци означава као Устав кнеза Владимира Мономаха. У том делу овог правног зборника посебно је регулисан уговор о зајму и начин узимања камате. Овим одредбама Руске правде први пут је прописано ограничење високих каматних стопа. Предвиђено је узимање месечних, тромесечних и годишњих каматних стопа. Многобројне сачуване исправе на брезиној кори (берестјане грамоте) сведоче о примени ових правних норми у пракси .*

Кључне речи: *Руска правда, кнез Владимир Мономах, Кијевска Русија, уговор о зајму, камата, берестјане грамоте.*

У оквиру седме тематске целине Шире Руске правде (чланови 47-55) највише пажње посвећено је уговору о зајму. Ове правне норме, изузев члана 49, непосредно или посредно регулишу услове закључења уговора, посебне врсте зајма, висину камате и судску заштиту поверилаца и дужника, односно зајмодавца и зајмопримца. У литератури се ова тематска целина назива „Облигације”.²

У најранијем древноруском праву уговор о зајму се, по правилу, закључивао усмено и уз присуство сведока. Руска правда уопште није ни предвидела другачију могућност за закључење било ког облигационог уговора. Писана форма уговора није одлика раног древноруског права које је настало записивањем обичаја у XII веку. По неким другим одредбама Руске правде, уговор о зајму се закључивао чак и без присуства сведока. То се дешавало приликом закључења зајма између професионалних трговаца и када је позајмљена сума новца била нижа од три гривне сребра.

¹ djole@prafak.ni.ac.rs

² Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Београд 2000, стр. 137-142.

Најједноставнији начин закључења уговора о зајму прописан је у члану 48. Шире правде: „**Ако трговац другом трговцу даје новац за ‘купљу’ (трговину на подручју њиховог града) или за ‘гостбу’ (трговину са удаљеним областима), за то нису потребни послухи (сведоци), него ће се сам заклетути уколико друга страна почне да пориче (дуг)**”.³ Руска правда прописала је закључење уговора о зајму између два трговца, професионалца, за чију правоваљаност није било потребно чак ни присуство „послуха” (сведока). Уговорним странама допуштена је много већа слобода, будући да су се правни послови између трговаца у пракси веома често закључивали. Обавеза сведока да присуствују закључењу уговора само би успоравала веома развијену мрежу трговачких делатности. У међусобним односима трговца строго формално закључење уговора представљало је сметњу и вероватно је сматрано непотребним губитком времена и новца. Због тога је било довољно да, у евентуалном судском спору, зајмодавац само положи заклетву⁴ да је новац предао зајмопримцу. Трговачки уговор о зајму се, дакле, закључивао усмено и без икаквих формалности, простом предајом одређене суме новца. Древноруски зајам био је реалан облигациони уговор, слично римском праву.⁵

Многи аутори, иначе, у члану 48. Шире правде препознају професионално трговачко удружење које сезаснивало на међусобном поверењу чланова.⁶ А. А. Зимин сматра да Руска правда овим чланом регулише зачетак посебних феудалних трговачких заједница. Чланови тих заједница давали су једни другима зајмове за „купљу” (мању трговачку делатност на територији града) или „гостбу” (међуградску трговину).⁷ Вероватно сведоци нису били неопходни јер су ова удружења имала велики број

³ Д. Николић, А Ђорђевић, *Законски текстови старог и срењег века*, Ниш 2014, стр. 128.

⁴ Постоје и другачија размишљања међу истраживачима древноруског права. М. Б. Сврдлов сматра да заклетву полагао зајмопримац. Самим тим, ова одредба Руске правде изражава тенденцију ограничавања самовоље поверилаца-зајмодаваца и доводи се у везу са реформом великог кијевског кнеза Владимира Мономаха. У супротном, уколико би било прихваћено друго тумачење, да је зајмодавац полагао заклетву, то би значило да је зајмопримац потпуно зависио од воље зајмодаваца. М. Б. Сврдлов, *Од Закона Русског к Руској Правди*, Москва 1988, стр. 128-129.

⁵ Уговор о зајму у древноруском праву испочетка је несумњиво био реалан уговор. Постоје међутим и примери да је могао бити закључиван и као консесуалан уговор. То се наслућује на основу исправе закључене између кијевског митрополита и ростовског архиепископа у другој половини XIV века. В. Удинцев, *История займа*, стр. 27-28.

⁶ Н. Рожков, М. Н. Тихомиров, Л. В. Черепнин сматрају да је реч о трговачком удружењу заснованом на поверењу између његових чланова. *Российское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси*, том 1, Москва 1984, стр. 101.

⁷ А. А. Зимин, *Памятники древнерусского права*, вып. 2, Москва 1953, стр. 159.

чланова, трговаца. Таква организација подразумевала је и постојање поверења између њених чланова, али је и велики број трговаца учествовао у доношењу одлука. Тиме су биле смањене могућности појединих чланова да оспоравају дугове настале у форми позајмица.

Трговинска размена са иностранством подразумевала је и узимање на зајам високих новчаних износа. Поједини међународни правноисторијски извори садрже одредбе које регулишу уговор о зајму. Иако је размена древноруских трговаца са немачким градовима увек била на високом нивоу, у једном међународном уговору прописана је забрана узимања и давања новца на зајам. Немачким трговцима било је забрањено конфискацијом целокупне робе уколико су давали новчане и натуралне зајмове руским трговцима. *Уговор Новгорода са немачким градовима* из 1270. године предвидео је ову санкцију уколико би немачки трговац био ухваћен „улично“ (на лицу места). Овај међународни уговор предвиђао је и полагање заклетве тужиоца, у складу са чланом 48. Шире правде. С друге стране, *уговор Смоленска и немачких градова* из 1229. године и *уговорна повеља кнеза Јурија Галицког са браћом и рођацима* из 1433. године веома благонаклоно гледају на закључење уговора о зајму између домаћих и страних трговаца, дајући странцима привилегије у наплати потраживања.⁸

Још један члан Руске правде прописивао је неформално и једноставно закључење уговора о зајму. Реч је о члану 52. Шире правде који гласи: „Ако нема послуха (сведока), а буде (у питању) **износ од 3 гривне**, за свој новац нека се (поверилац) **закуне**; ако је већи износ, да му се каже: сам си погрешно што ниси узео послухе.”⁹ Уговор о зајму, по овој одредби древноруског права, закључивао се и без сведока, али и са сведоцима. То је зависило од суме новца коју је зајмопримац тражио и добијао од зајмодавца. Висина позајмљене суме новца имала је преовлађујући значај за форму закључења уговора. Дакле, уколико тај износ није премашивао три гривне, сведоци нису били потребни приликом закључења уговора. У евентуалном спору поверилац-зајмодавац је само полагањем заклетве доказивао истинитост својих тврдњи. У другом случају, тј. ако је сума била већа од три гривне, за правоваљаност уговора о зајму било је потребно присуство сведока. У супротном, уговор није могао да произведе правно дејство. Не треба изгубити из вида да овај новчани износ нимало није био занемарљив.¹⁰

⁸ В. Удинцев, *op.cit.*, стр. 45-46.

⁹ Д. Николић, А. Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 128.

¹⁰ Износ од три гривне одговарао је износу од једне рубље за коју је могло да се купи

Потпуна слика о начину закључења уговора о зајму у првобитном писаном руском праву није могућа без анализе чланова 47. и 50. Шире правде. Први од њих представља поуздано сведочанство да се зајам закључивао усмено и уз обавезно присуство сведока. Он прописује: „А ОВО О ПОТРАЖИВАЊУ НОВЦА. Ако неко потражује свој новац од другог, а овај почне да пориче (постојање дуга), тада против њега да доведе **послуже (сведоке)** који ће положити заклетву, па ће узети свој новац; ако му дуг није вратио током више година, тада ће 3 гривне платити за обиду”.¹¹

Ова одредба древноруског права не полази од закључења уговора, већ од спора и последица неизвршења основне обавезе зајмопримца. Неко је некада узео новац на зајам, а касније је тврдио да тај дуг не постоји. Зајам се закључивао усмено, у присуству сведока који су доказивали постојање уговора тек уколико би дошло до спора. У случају да дужник зајмопримац није вратио дуг неколико година, уз обавезу враћања дуга настајала је и кривична одговорност, будући да је плаћао новчану казну за „обиду”.¹² Тумачењем помоћу разлога супротности (*argumentum a contrario*) значи да је дужник имао на располагању разуман рок у којем је могао да прође без кривичне одговорности и високе новчане казне.

У древноруском праву, међутим, предмет уговора о зајму није био искључиво новац. Средњовековно руско право познавало је зајам у новцу, меду¹³ и житу. Камата је имала различите називе, у зависности

читаво стадо оваца. Ю. Г. Алексеев, *Псковская судная грамота и ее время*, Ленинград 1980, стр. 78. Са пуно основа се претпоставља да у огромном броју случајева зајмодавци нису ни давали на зајам веће суме новца.

¹¹ Д. Николић, А Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 127. Овим чланом започиње текст Шире правде посвећен уговору о зајму. По речима А. А. Зимица, чланови 47-52 Шире правде донети су за време владавине кнеза Свјатополка Изјаславича (крај XI и почетак XII века), који је познат као заштитник зеленашког слоја у Кијеву и древноруској држави. Чланови 47-52. штите повериоце-зајмодавце, док чланови 53-55. мењају дотадашње обичајно право и почињу са заштитом дужника, тј. зајмопримаца. А. А. Зимин, *op.cit.*, стр. 158-159.

¹² „Обида” је израз којим се означавала и кривично дело и новчана казна за то кривично дело. Постоји и у српском средњовековном праву и у употреби је од прве половине XIII века. Д. Николић, *Древноруско словенско право*, стр. 180. У том периоду развоја древноруског права сасвим је разумљиво што не постоји разлика између кривичне и грађанскоправне одговорности. У многим старијим правним зборницима кривична и имовинска одговорност су се преплитале. У овој одредби Руске правде, по степену заштите повериоца види се и значај који је институт уговора о зајму имао у правном поретку древноруске државе.

¹³ Мед је у Кијевској Русији био један од најзначајнијих производа, како за потребе унутрашње, тако и у спољној трговини. Постоје писани извори, почев од најстаријег руског летописа до уговорних повеља кнежева, који сведоче о томе да се мед узимао

од тога која се врста заменљивих и потрошних ствари давала у зајам. Најбоља потврда постојања различитих врста предмета уговора о зајму јесте члан 50. Шире правде. Он гласи: „*О РЕЗУ (камату). Ако неко даје новац под ('рез') камату, или мед под 'настав' (прираст), или жито за 'присоп' (вишак), за то су потребни послухи (сведоци), па како је уговорено, тако ће се платити (вратити).*”¹⁴

Камата за новац називала се „рез”¹⁵, док је камата за натуралне зајмове имала је сасвим другачије називе. За мед је то био „настав”¹⁶ (прираст), а за жито „присоп”¹⁷ (вишак). За разлику од зајма закљученог између два трговца, Руска правда поново помиње „послухе” (сведоке). Они су обавезно присуствовали закључењу уговора и имали одређену доказну улогу у евентуалним споровима.

Последња реченица ове одредбе древноруског права веома је битна за сагледавање древноруског уговорног права. Речи „*како је уговорено, тако ће се платити*”, на први поглед остављале су уговорним странама велику слободу. Будући да је реч о уговору о зајму, основано се претпоставља да су зајмодавци у периоду записивања ове одредбе уживали неограничену заштиту. Зајмодавац је у том периоду био она уговорна

као данак уместо новца, да је био предмет купопродаје и зајма. У том периоду један пуд меда вредео је 10 куна. *Очерки по историји русској деревни XI-XIII вв*, том 32, Москва 1956, стр. 137.

¹⁴ Д. Николић, А Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 128.

¹⁵ „Резъ” – интерес, камата. И. И. Сразневский, *Материалы для словаря древне-русского языка, том 3*, Санкт Петербург 1912, стр. 220. Осим Руске правде, овај израз за камату се помиње у многобројним древноруским летописима и канонским документима. Од термина „рез” настале су и речи „резоимац” и „резоимство” – зеленаш и зеленашење. У древноруској књижевности и правним споменицима ови термини помињу се у веома негативном контексту, будући да се црква непрестано борила против узимања камата уопште. Етимолошки гледано, израз „рез” је настао од „прирезка к металу” – додатак, допуна, повећавање већ постојећег новца. Ипак, световна власт дозволила је узимање камате у Русији све до XVII века. М. Ф. Владимирский-Буданов, *Обзор истории*, стр. 698.

¹⁶ Израз „наставъ” И. И. Сразневски преводи речима придача, лихва – камата за мед. И. И. Сразневский, *Материалы для словаря древне-русского языка, том 2*, стр. 335.

¹⁷ „Присоп”, „просопъ” – камата приликом узимања жита у зајам. И. И. Сразневский, *Материалы для словаря древне-русского языка, том 2*, стр. 1470. У Московској Русији назив за ту натуралну камату је „насон”. Тестамент кнеза Јурија Васиљевича из 1472. године садржи сведочанства о давању жита на зајам. В. Удинцев, *История займа*, стр. 28. Уставна Важска грамота из 1552. године бележи да је камата у житу износила „на пет делова шести део”, дакле 1/6 од укупно позајмљене количине жита. И. И. Сразневский, *Материалы для словаря древне-русского языка, том 2*, стр. 339-340. Иако је из периода Московске Русије, значајан је као једини познати појединачни правни акт који прописује висину износа камате у житу.

страна која је у пракси одређивала услове закључења и извршења уговора о зајму. Зајмопримац је по правилу припадао нижој категорији становништва и мање имућном слоју људи. Он, по природи ствари, није могао постављати услове како, када и на који начин ће извршити своју обавезу враћања дуга. Члан 50. Шире правде поуздано доказује да је висина камате у првобитном, обичајном древноруском праву, практично била неограничена. Тадашњи древноруски кнежеви наредили су записивање већ устаљених обичаја. Оно што је деценијама било примењивано у пракси кодификовано је вероватно за време владавине Свјатополка Изјаславича.

Следећи члан Шире правде, члан 51, искључиво говори о новчаној камати. Ова одредба Шире правде прописује: „*О МЕСЕЧНОМ РЕЗУ (камату). Месечну камату за мало (дана, тј. за мање од године) треба да узме (прими); ако се враћање новца продужи до године дана, тада плаћа 'в трет', а месечни рез онда отпада*”.¹⁸

Овај члан може да се тумачи као извесно ублажавање правне норме о неограниченој висини каматне стопе. Висина камате зависила је од уговореног рока враћања дуга. Дужи рок за његову отплату подразумевао је и висок износ каматне стопе и камате у целини. Месечна камата се наплаћивала уколико се дуг враћао у року од неколико дана до највише једне године.

Ова одредба Руске правде била је предмет несугласица многих истраживача. М. Н. Тихомиров сматра да су овим чланом прописане три врсте камате – месечне, тромесечне и годишње каматне стопе. Он тврди да је дужницима најтеже било да плаћају месечне камате, и да је законодавац увео тромесечне камате да би олакшао дужницима враћање зајма.¹⁹ С. В. Јушков сматра да је годишња камата била најнижа, тромесечна нешто виша, а за месечну камату претпоставља да је била изузетно висока.²⁰ В. О. Кључевски, с друге стране, веома детаљно анализира поменути одредбу Руске правде и износи мишљење да су зајмодавци узимали месечну камату на основу уговора само ако је зајам био закључен на кратак рок, тј. на рок до годину дана. Уколико су стране уговорнице закључиле зајам на више од годину дана, тада је зајмодавац узимао камату „в трет”. По мишљењу В. О. Кључевског, та каматна стопа је износила 50% од укупног дуга, тј. он сматра да се на два дела (а то је

¹⁸ Д. Николић, А Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 128.

¹⁹ М. Н. Тихомиров, *Исследование о Русской правде*, Москва-Ленинград 1941, стр. 410.

²⁰ С. В. Юшков, *Общественно-политический строй и право Киевского государства*, стр. 429.

по 50% дуга), узимао трећи.²¹ Остаје недоумица да ли је овим чланом Шире правде уведено ограничење износа камате.²² По свој прилици, порекло ове одредбе треба тражити у временима која су претходила великој реформи обичајног права. Зеленаштво је у тадашњем руском друштву, као и у осталим средњовековним друштвима, било веома присутно и сматрало се великим злом средњовековног града уопште. У крајњој линији, зеленаштво као тада веома раширена појава у руском друштву, водило је дужничком ропству некада слободних људи.

Дакле, у неколико чланова Шире руске правде поменути су „послухи” који су конститутиван елемент закључења појединих облигационих уговора у најдревнијем периоду руског права. Те правне норме много су старије од времена њиховог записивања и сведоче о првобитном начину закључења уговора уопште, а посебно уговора о зајму. Слично уговору о купопродаји на тргу, и зајам се испочетка закључивао усмено, у присуству сведока. У литератури чак има мишљења да су сведоке могли да замене „митници”, слично закључењу купопродаје на тргу.²³ Таква аналогија у овом случају ипак није прихватљива, будући да нема непосредног помена ових нарочитих функционера древноруске државе приликом закључења уговора о зајму. С друге стране, члан 48. Шире правде сведочи о закључењу једног посебног уговора о зајму приликом чијег закључења сведоци уопште нису ни били потребни.

Одељак Шире правде посвећен облигационом праву, завршава се одредбама које такође имају додирних тачака са уговором о зајму. Члан 55. Шире правде носи наслов „О дугу” и гласи: „Ако је неко многим дужан, па дође трговац из другог града или странац, те му, не знајући препусти (своју) робу, па (презадужени) неће да том трговцу преда новац, а први (ранији, његови?) дужници почну да га спречавају не дајући му новац, тада 'вести' на трг и продати, па најпре вратити новац страном трговцу, а

²¹ В. О. Ключевский, *Курс русской истории*, Том 2, Москва 1988, стр. 456.

²² Има ставова да је овим чланом ипак постигнуто ограничење каматне стопе. М. Б. Свердлов, *Од Закона Русского к Руской Правде*, стр. 130. Овај истраживач не слаже се са тумачењима М. Н. Тихомирова која се односе на члан 51. Шире правде. М. Б. Свердлов сматра да је поменути члан Руске правде легализовао огромне износе каматне стопе, али и да их је ипак ограничио. У литератури чак има и тврдњи да је реформатор Владимир Мономах у извесној мери наставио зеленашку политику свог претходника на престолу. И. И. Смирнов, *Очерки социально-экономических отношений Руси XII-XIII веков*, Москва-Ленинград 1963, стр. 273-274.

²³ А. И. Загоровский, *Исторический очерк займа по русскому праву до конца XII ст.*, стр. 33. Овај аутор тврди да је закључењу зајмова присуствовало два посебно овлашћена сведока, „митника”.

*домаћи нека поделе оно што преостане; ако је и кнезу дуговао, најпре њему исплатити, а остатак нека се дели; ако је неко (од поверилаца) „многo пута” (већ) наплатио **камату**, томе да се не даје”.*²⁴

Овај члан Руске правде говори о инсолвентном дужнику, вероватно трговцу. Посебно интересовање ствара синтагма „*вести*” на *трг* и *продати*, будући да није јасно да ли се мислило на њега лично или на робу коју је евентуално имао. М. Н. Тихомиров преноси нам два супротна гледишта поводом поменути формулације – Б. Д. Грекова да је реч о продаји имовине и М. А. Ђаконова да је законодавац имао у виду личну одговорност. М. Н. Тихомиров подржава претпоставке М. А. Ђаконова и других истраживача да је ипак реч о личној одговорности дужника, позивајући се на сличне ситуације у далматинском словенском праву и једном међународном уговору Новгорода и Либека из 1229. године.²⁵ На основу тих мишљења и одредаба овог међународног уговора, не треба искључити могућност да је лична одговорност била веома присутна у грађанскоправним пословима раног руског права. То се у највећем броју случајева односило управо на уговор о зајму.

Члан 55. значајан је и због установљавања првенства које су поједини повериоци имали у наплати дуговања. Из текста ове одредбе Руске правде уочљиво је да су страни трговци („гости”) и велики кијевски кнез имали предност у наплати својих потраживања, без обзира на временски редослед настанка тих потраживања. Тиме је, бар у члану 55. Шире правде, нарушен староримски правни принцип „*први у врмену, јачи у праву*”.

Постоји разлог зашто је већина одредаба Шире правде која регулише облигационоправну материју посвећена управо уговору о зајму. Великом кијевском кнезу Владимиру Мономаху,²⁶ било је јако важно да

²⁴ Д. Николић, А. Борђевић, *op.cit.*, стр. 128-129.

²⁵ М. Н. Тихомиров, *Пособие для изучения Руской правды*, Москва 1949, стр. 99. Трговински међународни уговор закључен између Новгорода и Либека садржао је следећу формулацију у чл. 5: „...и ако се жена поручи (јемчи) за мужа, нека иде у дужничко ропство заједно са својим мужем, уколико не могу да плате...” *Грамоты Великого Новгорода и Пскова*, стр. 61.

²⁶ Владимир II Всеволодич Мономах био је један од најзначајнијих древноруских кнежева који је у годинама почетка распада Кијевске Русије сачувао формално државно јединство све до своје смрти 1125. Одредбе Руске правде које су њему приписане представљају еволутивни напредак древноруског права. Оне су посебно битне за уговор о зајму, јер је по први пут у обичајно право руске државе уведено ограничење у погледу висине износа камате која се до тада вероватно наплаћивала искључиво по жељи повериоца.

нареди доношење прописа којима ће се уредити нови односи зајмодаваца и зајмопримаца. Те одредбе Руске правде тичале су се висине камате и враћања дуга насталог закључењем уговора о зајму. Део Руске правде посвећен овим новим правилима назива се *Устав Владимира Мономаха* и највероватније је донет 1113. године, после великог незадовољства Кијевљана које се претворило у прави грађански рат.²⁷

Важно је истаћи, с друге стране, да се зајам у најстаријем периоду закључивао без унапред одређеног износа камате. У обичајном праву древноруске државе, очигледно се предност давала повериоцима, будући да нема података о ограничењу годишњег износа камате све до велике побуне и поменутог народног устанка. Побуна слободних грађана и сељака био је првенствено управљена против зеленаша, тачније против њихове апсолутне самовоље у одређивању висине износа камате.²⁸

Огромно незадовољство настало је због превеликих износа камата. Тадашњи кијевски велики кнез био је практично принуђен да мења деценијама старо обичајно право. Оно је до тада било формулисано искључиво у интересу зајмодаваца. Руски кнежеви са својим крупним феудалцима, бојарима, почињу да воде рачуна и о интересима и друштвеном положају зајмопримаца. О томе баш сведочи тзв. *Устав Владимира Мономаха* формулисан у члану 53. Шире правде: „**УСТАВ ВЛАДИМИРА ВСЕВОЛОДИЧА. Владимир Всеволодич, после Свјатополка, сазва своју дружину на Берестову: Ратибора кијевског тисјацког, Прокочија белогородског тисјацког, Станислава перејаславског тисјацког, Нажира, Мирослава, Иванка Чудиновича Олговог мужа и утврдише уредбу о 'трећем резу' код узимања новца 'в трет'; ако је двапут узео рез, тада да (још само) узме 'исто' (главницу), ако је трипут узео рез да не узима (ни) главницу (тј. дужник више ништа не дугује). Ако узима десет куна годишње од једне гривне (тј. 20%), у томе га не спречавати**”²⁹

Овај веома значајан члан Руске правде несумњив је доказ да је велики кијевски кнез заједно са својим најкрупнијим бојарима и државним

²⁷ О догађајима у Кијеву 1113. руски летописци забележили су после смрти Свјатополка да су „Кијевљани устали и кренули на Јевреје...” М. Ф. Владимирский-Буданов, *op.cit*, стр. 698. Овај аутор тврди да је у временима пре Мономаховог законодавства ограничен износ месечне камате, сходно чл. 51. Шире правде. Познато је да су се у средњовековној Европи Јевреји бавили давањем новца на зајам уз камате које су биле изузетно високе, па су изазвали гнев домаћег осиромашеног становништва. Кијевска Русија у том погледу није представљала изузетак.

²⁸ Б. Д. Греков, *Киевская Русь*, Москва 1953, стр. 501-504.

²⁹ Д. Николић, А. Ђорђевић, *op.cit*, стр. 128.

функционерима донео нове прописе, мењајући старо обичајно право. Члан 53. Шире правде, међутим, много је значајнији због друге ствари. Он посредно показује како се закључивао уговор о зајму у ранијим временима. Будући да је овом одредбом ограничена висина камате као и рок њеног узимања, намеће се закључак да у пракси пре доношења „Устава Владимира Мономаха”³⁰ ограничења у висини износа камате и начина њеног узимања суштински нису ни постојала. Због тога се тумачи и као одредба којом је самовоља зеленаша коначно ограничена.

Суштина реформе обичајног права садржана је на крају текста члана 53. где је висина камате ограничена на 20% (десет куна на једну гривну).³⁰ Постоји могућност да је за стара потраживања уведена обавеза о максималном „трећем резу”, док је за нова потраживања проистеклих из уговора о зајму ограничена каматна стопа на једну петину од износа главнице.

Што се тиче израза „в трет” у литератури постоје различита мишљења. До скоро је преовлађујуће и готово општеприхваћено изложено мишљење В. О. Кључевског, да је реч о половини главнице дуга која се могла наплатити сукцесивно три пута, тако да је извршењем обавезе зајмопримца, зајмодавац остваривао 50% укупне зараде у односу на главницу. Постоји битно другачије мишљење које се заснива пре свега на етимолошким разлозима, будући да „трет” изворно значи и трећи део, а не само три пута. На основу тога, А. А. Зализњак тврди да поминути израз значи трећину износа главнице (33, 3%) и да зајмодавац после троструког узимања трећине главнице задржава право и на саму главницу, тако да његова укупна добит износи 100%.³¹

Правне норме Руске правде које помињу термин „в трет” нису остале без примене у пракси. Постоје материјални докази да су се баш ове одредбе Шире правде примењивале у XII веку. Захваљујући проналаску многих берестјаних грамота, сазнајемо да су се одредбе Руске правде заиста и поштовале у правној пракси широм древноруских земаља.

Најстарија од пронађених берестјаних грамота у чијем тексту уочавамо примену члана 53. Шире правде потиче из 1120-1130. године. Она је обележена ознаком № 332б и гласи: „...*ти не шаљеш... гривне в трет. Ако не пошаљеш, конфисковаћу робу коју има Уро...*(не види се које

³⁰У литератури је општеприхваћено мишљење да је у време доношења овог прописа 1 гривна вредела 50 куна.

³¹А. А. Зализњак, *Древненовгородский диалект*, Москва 2004, стр. 220.

је име у питању)... у другу трет..."³² Из ове кратке забелешке са неколико прекида у тексту сазнаје се много тога о примени древноруског права у пракси. Најпре, ова берестјана грамота је доказ примене права из Руске правде. Посебно је значајно то што је она настала само неколико година после реформе Владимира Мономаха. Неизвршавање основне обавезе зајмопримца доводило је до конфискације нечије имовине, а не до дужничког ропства. Није искључено да је уз имовинску одговорност постојала и лична, али је суштина Мономахове реформе била и у укидању дужничког ропства и постепеног преласка са личне на имовинску одговорност дужника. Затим, у овој берестјаној грамоти помиње се конфискација имовине неког другог лица, а не дужникове имовине. То подсећа на одредбе српског права о дозвољеној самопомоћи за дуг, која је такође проистицала из неиспуњене обавезе из уговора о зајму. Реч је о правној установи „изам”, прописаној у односима српског становништва са Дубровником.³³ Слична установа очигледно је постојала и у руском средњовековном праву. И најзад, у тексту овог документа поменут је баш израз „в другую трет” (у другу трет, други део камате). Баш то је прописано чланом 53. Шире правде. Ко је узео другу „трет”, може да узме још само главницу. Право на „трећи трет” („трећи рез”) поверилац - зајмодавац вероватно није ни имао.

Новгородска берестјана грамота № 75 гласи једноставно - „*зајато в трет*”, што значи узети зајам са каматама „трет”, дакле по члану 53. Шире правде. И она је из XII века.³⁴ И ова кратка белешка сведочи о начину узимања ствари у зајам. Из ње се не види која је конкретно врста и количина ствари узета на зајам, али на основу садашњих сазнања о древноруском праву претпоставља се да је реч о примени члана 53. Шире правде.

Са територије древноруског града Смоленска дошла је из средине XII века до наших времена берестјана грамота са ознаком смол. № 12. Она такође потврђује примену одредбе прописане Руском правдом:

³² *ibid*, стр. 432-433.

³³ Да је такав институт српског средњовековног права био у употреби, тврди С. Новаковић у *Удава или апшење дужника за дуг, Васкрс државе српске*, Београд 1986, стр. 232-233.

³⁴ А. А. Зализняк, *op.cit*, стр. 453. Будући да је ово прва пронађена берестјана грамота са изразом „заяти”, њен први тумач превео га је на савремени језик као „узети у зајам”, А. В. Арциховский, *Новгородские грамоты на бересте*, Москва 1954, стр. 76. Исто значење даје и И. И. Сразњевски у свом речнику, позивајући се на сасвим друге изворе древноруског права, будући да за време његовог живота није пронађена ниједна берестјана грамота.

„Од Ивана Русили. Испуни ми, молим те.... Узми **гривну** од Конуза Нежатица (или Нежатица брата, унука). Ако ти не да, тада **позајми в трет**. А ја се налазим... Ако код мене све буде добро, послаћу ти... Ако хоћеш, пошаљи ми човека...”³⁵ Ово писмо говори и више о древноруском обичајном праву, него што је то прописано Руском правдом. Зајмопримац Иван, пишући неком Русили, моли га да за његов рачун узме новчани износ од једне гривне. Иван уопште не помиње начин обрачунавања камате, нити рокове за враћање дуга. Он каже: „Ако ти не да, тада позајми в трет”. То вероватно значи да је међу пријатељима могао да се закључи уговор о зајму под много повољнијим условима. Није искључено да је тадашње древноруско право познавало бескаматни уговор о зајму. Тек ако извесни Конуз Нежатиц не би дао једну гривну на зајам, Иван даје прецизна упутства њему блиском лицу: узми зајам под оним условима који су прописани чланом 53. Шире правде.

Осим општег назива за каматну стопу на годишњем нивоу, члан 53. Шире правде, значајан је и по помену назива за главницу, „исто” или „истина”. И у другим релевантним изворима древноруског права овај израз има идентично значење. Текстови великог броја берестјаних грамота поново сведоче о примени правних норми Руске правде у пракси.

Термин „исто” у смислу главнице дуга поводом уговора о зајму, садржи берестјана грамота № 61: „... исплатите камату за 25 гривни сребра за **исто** (основни капитал, главницу) и 10 пудова меда за три године. А остало сами знате, када (или где) да платите, када (или где) да добијете. А мене упознајте са свим тим”³⁶ Овај исечак писане забелешке доказ је да су се у пракси узимали зајмови чија је главница вишеструко превазилазила износ од три гривне. Помен извесне количине меда³⁷ који се враћао као камата показује да је зајам могао бити изражен и у другим потрошним стварима, меду или житу, као што то иначе прописује Шира правда. Значајно је што је поменут рок од три године, будући да га Руска правда изричито не прописује. Ова берестјана грамота представља допуну и разраду ранијих древноруских прописа о зајму. Древноруско право користи правни стандард, израз „више година” у члану 47. Шире

³⁵ А. А. Зализњак, *op.cit*, стр. 345.

³⁶ А. А. Зализњак, *op.cit*, стр. 484.

³⁷ „Пуд” („пудъ”) – стара руска мера за тежину која се дуго одржала у пракси. Помиње се и у XIX веку. Један пуд тежио је највероватније 40 фунти. В. И. Даль, *Толковий словарь живого великорусского языка*, том 3, Санкт Петербург-Москва 1907, стр. 1406. У средњовековној Русији често се користио као мера за одређивање тежине различитих врста потрошних и заменљивих ствари. Један пуд износио је оквирно 16-17 кг, будући да је познато да је фунта тежила око 400 грама.

правде. Рок од три године могао би бити рок у којем је зајмопримац имао обавезу да плати камату. Могуће је и да дужник једноставно три године није плаћао никакву камату, а да је зајмодавац тек после три године судски тражио исплату камате. Ова берестјана грамота, с друге стране, можда представља и део тужбе, судске пресуде или неког сличног документа јавноправног карактера.

Берестјана грамота № 526 из друге трећине XI века, тј. из периода пре реформе Владимира Мономаха, помиње списак дужника поводом уговора о зајму. Она гласи: „Код Бојана у Руси гривна. Код Житобуда у Руси **исто** (главни дуг, без процента) 13 куна и гривна...”³⁸ На нечијем списку дужника, посебно је истакнуто да зајмопримац, извесни Житобуд, дугује још само главницу у тачно одређеном износу. Постоји могућност да је износ камате већ исплатио, тако да је зајмодавцу преостало само да тражи и главни дуг, тј. новчани износ који је својевремено дао у зајам. Захваљујући општем називу за главницу у древноруском праву, основано се претпоставља да је и у овом историјском извору забележен доказ о закљученом уговору о зајму.³⁹

Два века после реформе Владимира Мономаха, правне норме Руске правде нису избледеле, већ су се и даље примењивале у пракси. То доказују две берестјане грамоте из XIV века. Прва од њих, берестјана грамота № 142 у преводу гласи: „Од Јосифа Онфиму. Ако Олекса пошаље код тебе или код моје жене Маркове људе, одговори му: како си се Марко договорио са мном, морам на Петров дан да допутујем код тебе... Моја обавеза је да ти исплатим камату, а **исто** (главница) ти је већ исплаћено...”⁴⁰ Реч је о дугу у новцу за који је плаћена камата, а остао је такође само главни износ дуга. Врло је вероватно да и у овом случају можемо говорити о директној примени правних норми Руске правде. Претпоставља се да је зајмодавац већ два пута узео „рез”, па му је преостало још само право на главницу тј. „исто”, „истое” или „истину”. Од посебног интереса за проучавање уговора о зајму јесте помен тачно одређеног датума (Петров дан). То је вероватно био дан када је зајмопримац имао обавезу враћања позајмљеног новца.

³⁸ А. А. Зализняк, *op.cit*, стр. 241.

³⁹ Постоји мишљење да се ова берестјана грамота односила на припаднике једне новгородске бојарске породице који су организовали узимање камате на огромној територији. Могуће је да су имали поседе на веома удаљеним крајевима новгородске земље. Зајмодавци бојари бавили су се „резоимством”, узимањем огромних износа камате од обичних људи. В. Л. Јанин, *Новгородская феодальная отчина*, Москва 1981, стр. 256.

⁴⁰ А. А. Зализняк, *op.cit*, стр. 536-537.

Друга берестјана грамота из XIV века, са ознаком № 278 такође представља списак дужника и потраживања проистеклих из уговора о зајму. Она у преводу гласи: „Код Икегала Кривца 3 кунице. Код жене Иголајда пола рубље и две кунице. Код Филипа дјака 30 белки. Код Захарија Калинича 25 белки. Код Сидуја Авинича четири кунице. Код Миките Иванова **исто** (главница без процената) 6 куница...”⁴¹ Приликом набрајања дужника, писац ове писане белешке посебно је истакао да извесни Микита дугује још само износ главнице. Сасвим је могуће да је и овде реч о правном акту службеног карактера. Не треба искључити могућност да су овакви спискови били чак и део извршне судске пресуде која се предавала на извршење званичним судским извршитељима. Због тога је и назначено који од њих дугује камату и главни дуг, а ко само „исто”, (главницу).

Међу многим текстовима различитих берестјаних грамота има и оних које показују да је реч о потпуно приватним забелешкама. Тако на пример берестјана грамота № 114 (крај XII или почетак XIII века) веома прецизно и кратко гласи: „Од Богше Ујки (или ујаку). Дај гривну **исто**”⁴² Очигледно да је зајмодавац упутио писани захтев зајмопримцу да врати главни дуг. На зајам је дата једна гривна. Слична је по садржини берестјана грамота № 567 из последње трећине XIV века: „Дајте **истину** да он не би оставио гостбу (трговину ван града)”.⁴³ И овај запис такође је јасан. Зајмодавац, иначе трговац са удаљенијим областима, „гост” захтева хитно од дужника враћање главног дуга да би могао да настави са својом професијом.

Литература

- Ю. Г. Алексеев, *Псковская судная грамота и ее время*, Ленинград 1980.
- М. Ф. Владимирский-Буданов, *Обзор историруского права*, Киев 1907.
- Б. Д. Греков, *Киевская Русь*, Москва 1953.
- В. И. Даль, *Толковый словарь живого великорусского языка*, том 3, Санкт Петербург-Москва 1907.
- А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, Москва 2004.
- А. А. Зимин, *Памятники древнерусского права*, вып. 2, Москва 1953.
- В. Л. Янин, *Новгородская феодальная вотчина*, Москва 1981.

⁴¹ *ibid*, стр. 596-597.

⁴² А. А. Зализняк, *op.cit.*, стр. 439.

⁴³ *ibid*, стр. 563.

Д. Николић, *Древноруско словенско право*, Београд 2000.

Д. Николић, А Ђорђевић, *Законски текстови старог и срењег века*, Ниш 2014.

Очерки по историји русској деревни XI-XIII вв, том 32, Москва 1956.

Росийское законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси, том 1, Москва 1984.

М. Б. Свердлов, *Од Закона Русского к Руской Правде*, Москва 1988.

И. И. Смирнов, *Очерки социально-экономических отношений Руси XII-XIII веков*, Москва-Ленинград 1963.

И. И. Сразневский, *Материалы для словаря древне-русского языка*, том 3, Санкт Петербург 1912.

М. Н. Тихомиров, *Исследование о Русской правде*, Москва-Ленинград 1941

М. Н. Тихомиров, *Пособие для изучения Руской правды*, Москва 1949.

В. Удинцев, *История займа*, Киев 1908.

Prof. Aleksandar Đorđević, LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

LOAN AND INTEREST IN THE CONSTITUTION OF RUSSIAN PRINCE VLADIMIR MONOMAKH

Summary

Russkaya pravda, as the most important source of ancient Russian law, contains a special section which regulates loan agreements and the method of collecting interest rates. In legal history, this part of Russkaya pravda (Russian justice/truth) is known as the Constitution of Prince Vladimir Monomakh. These legal norms envisaged taking monthly, quarterly and annual interest rates, and imposed a limit on high interest rates for the first time.

Russkaya pravda contains several provisions on the loan agreement. At the time of its validity, this contract was concluded orally and in the presence of witnesses. Russkaya pravda made a distinction between a loan concluded between merchants and other types of loans. In the first case, the presence of witnesses was not a requisite element for the contract to be valid; in case of a dispute, the oath of one of the contracting parties about handing over the loan sum was sufficient. When the loan amount was lower than three silver hryvnias, the law-maker also prescribed that the loan agreement could be concluded without the presence of witnesses; in case of a dispute, it was sufficient to take an oath. In legal history literature, one part of the subsequently developed Comprehensive edition (Prostrannaya) of Russkaya pravda is called “the Constitution of Vladimir Monomakh”. It includes several articles, the most important of which is Article 53. This article envisaged the collection of monthly, quarterly and annual interest rates. It also introduced “the third cut” rule, imposing a limitation on high interest rates in ancient Russian law. Besides being paid in money, a loan could be paid in kind (honey and grain). There are indications that an over-indebted borrower could lose the status as a free man. Article 55 of the Comprehensive edition of Russkaya pravda prescribed personal responsibility of an insolvent debtor. All these norms of Russkaya pravda were applied in the daily life of the inhabitants of Kievan Rus. Numerous documents preserved on birch tree slates (берестјане зрамоте, written on the bark of a birch tree) bear witness of the application of the “third cut” rule and other provisions in practice, especially in the years immediately after the reform introduced by Prince Vladimir II Monomakh. The term for the principal debt amount used in Russkaya pravda („исто” or „истина”, meaning true value) was found in the texts of some birch

tree slates (берестјане грамоте), which reconfirms the literal application of these legal norms in practice.

Keywords: *Russkaya pravda, Prince Vladimir Monomakh, Kievan Rus, loan agreement, interest rate, birch tree slates (берестјане грамоте).*

ИЗАЗОВИ ИНТЕРДИСЦИПЛИНАРНОГ ПРИСТУПА У ОБЛИГАЦИОНОМ ПРАВУ²

Апстракт: Током рада на свом чланку из опште теорије Облигационог права “Новчане обавезе и криптовалуте”, суочио сам се са двоструким проблемом интердисциплинарности. Поред друштвено-хуманистичких знања из Економије, као најшире науке о вредности и новцу, истраживање је захтевало упознавање са појмовима и концептима као што су криптографија, електронски потписи, јавни и приватни кључеви, као и терминима за које не постоје домаће речи већ искључиво туђице као нпр. „blockchain”, „tokenomics”, „oracle”. Разумевање информационих технологија заслужних за поменути новине било је предуслов правне анализе.

Са сличним проблемом сусрео сам се на и терену Одшетног права, као ментор за тему „Правни положај животиња у Одшетном праву”, где је било потребно успоставити критеријуме како би кандидат остао на терену Цивилистике, без претераног уплива у Право заштите животиња (као подврсте Права заштите животне средине). Поред тога, једна од главних тема дисертације ослања се на класификацију животиња, односно Биологију, ради одговора на питање које животиње се евентуално могу третирати као правни субјекти *sui generis*.

Обе поменути ситуације повезује сличан проблем: колико далеко цивилиста треба да залази у друге науке да би његово истраживање било заокружено, а притом остане правно истраживање? Да ли постизање оригиналних резултата увек захтева интердисциплинарност или постоје алтернативни начини за унапређење

¹ mihajloc@prafak.ni.ac.rs

² Рад је саопштен на међународном научном скупу „Изазови и перспективе развоја правних система у XXI вијеку”, одржаном 15. и 16. септембра 2022. године, у организацији Правног факултета Универзитета у Бањој Луци.

правне теорије? Одговоре нуди методологија правне науке, али не она класична са докторских студија.

Кључне речи: *методологија, облигације, истраживање, нормативизам, позитивизам.*

1. Увод

Интердисциплинарност је тежња многих правних истраживача зато што се право суочава са проблемима стварног света, који проучавају и објашњавају друге науке - друштвене, природне и техничке. Упркос тој врло присутној тежњи, у правној теорији нема пуно анализа о томе шта интердисциплинарност заиста значи. Нарочито је проблематично када одређено правно истраживање, од стране аутора означено као интердисциплинарно, да слабе научне резултате јер скреће у аматеризам или једноставну полемику.³

Право не постоји у вакууму, већ је друштвена појава која настаје и делује у одређеном ширем контексту. У том смислу, антропологија као наука о страним културама корисна је сваком правнику када се бави упоредним правом. Слично важи и за лингвистику, нарочито двојезичност, политичке науке, књижевност. Да би се право разумело потребна су знања из филозофије, социологије и других друштвених наука. Метод и знање не могу се одвојити. Научна расправа о методологији је заправо расправа о стварању знања, о фундаменталним епистемолошким проблемима. Уместо да се право посматра као независна појава, обликована друштвеним, политичким и економским факторима, постоји и обрнути утицај права на стварност. Правни појмови, категорије и технике генеришу конкретне друштвене, политичке и епистемолошке стварности. Другим речима, правни институти и принципи су уграђени у друштвене науке, исто као што су сазнања из друштвених наука уграђена у право.⁴ Речено за друштвене науке, све више важи и за природне и техничке науке и њихову улогу у правним истраживањима.

Два табора на терену епистемологије, монодисциплинарно (класично) и мултидисциплинарно истраживање имају своје одразе и на терену правне науке. Нарочито се амерички факултети удаљавају од класичних доктринарних истраживања, за разлику од европских. Дебата о

³ Bogojevic, Sanja. Interdisciplinarity. У: Course in Legal Research Method Faculty of Law University of Oxford, стр. 14

⁴ Samuel, Geoffrey. An introduction to comparative law theory and method. Vol. 11. Bloomsbury Publishing, 2014, стр. 23-24

научној природи правних истраживања је врло жива. Пројектно финансирање утицало је на транзицију од класичног монодисциплинарног правног истраживања ка новом мултидисциплинарном приступу. Полазна хипотеза тврди да је инструментализација права и правних истраживања умањила интересовање академских правника за методологију и креирање нових сазнања кроз изградњу правне теорије. Смањила се здрава професионална дистанца од предмета истраживања што је резултирало умањењем академског критицизма.⁵

Правно образовање и правна пракса крећу се у супротним смеровима. Док се на факултетима баве чистом теоријом, правници практичари усмерени су на чисто тржиште. Амерички студенти (а тамошњи факултети важе за најбоље) обучавају се да буду практичари, а не истраживачи. Истраживач проучава проблем сакупљањем информација, истраживањем алтернативних објашњења и тестирањем претпоставки. Са друге стране, студенти се обучавају да прикупе аргументе и доказе у прилог ставу који заступају, специјализују се за уметност убеђивања. Најважније је победити у дебати. „Факултети за адвокате” немају академску ширину, недостаје им неопходна интелектуална отвореност и нису усмерени ка унапређењу корпуса знања.⁶

Научно правно истраживање је у Европи очувало доминантну позицију, како на националном тако и на европском нивоу, што је добро све док истраживачи нису одсечени од важних дешавања у пракси. Ипак, многи академски истраживачи не постављају најбоља питања зато што су превише фокусирани на европског законодавца и ЕУ интеграције. Европи није потребан раскол између правне праксе и правне науке или јаз између правног истраживања и образовања као што се то дешава у САД. Тамо факултетски професор права има две дубоко раздвојене улоге: као академик (научник) и као наставник. У првој улози, научник настоји да разуме природу права и правних процеса и да каже шта је истина. У другој улози он је често приморан да напусти радикалније или спорне погледе и ставове у настојању да помогне студентима, будућим практичарима, у оквиру конвенционалних схватања тренутног система.⁷

⁵ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?. European University Institute, Florence, Department of Law. Доступно на: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16825/LAW_2011_05.pdf (2011), стр. 2-3.

⁶ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 6.

⁷ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe:

Уочена је беспомоћна потрага за правним методом који омогућава интеграцију неправних дисциплина у правни систем. Карактеристика европске правне науке су непрекидни покушаји да се интегришу формална, емпиријска и морална димензија права. Европљани се диве методолошком плурализму у САД, где правни научници у великој мери примењују методе других дисциплина. Додуше, не увек успешно. Истраживач мора да иде даље од „описивања, супротстављања и поређења”. Правници треба да да познају различите правне културе, да добро владају језицима, познају историју, економију и политику, као и матичну методологију.

Да ли европски правници треба да се угледају на амерички емпиризам? Или амерички правни научници треба да уче европску правну догматику? Лекција коју европски правни научници треба да науче јесте свакако да мултидисциплинарност уноси додатну вредност у правно истраживање све док не потисне класичну правну науку која тренутно није у моди.⁸

Коначно, важно је раздвојити методе од методологије. Методологија је апстрактни приказ који објашњава зашто одређене методе функционишу. Методологија објашњава принципијелне разлоге због којих је истраживање успешно када се специфичан метод примењује на прави начин у правим околностима. Синоними за „метод” су „алат” и „приступ”. „Алат” наглашава инструментални карактер метода. За разлику од тога, „приступ” је шири појам и примењује се са једнаким легитимитетом да означи и метод и методологију, у зависности од контекста.⁹

2. Одвојеност научних дисциплина и класично правно истраживање

2.1. Традиционални поредак

Рани универзитети јужне Европе били су усмерени на право (посебно канонско) и медицину, док су се универзитети северне Европе, пре свега Париз, касније Оксфорд и Кембриџ, фокусирали на теологију. Факултети нису имали за циљ креирање нових знања, већ су извори знања

What about Methodology?, стр. 7

⁸ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 23

⁹ O'Rourke, Michael. Comparing methods for cross-disciplinary research. The Oxford handbook of interdisciplinarity 2 (2017), стр. 279

дати изван универзитета, и представљају догму. „Дисциплина” је значила заштиту догме, а настава је била обука о догмама. Постојала је потреба да се догме формулишу и примене у новим околностима, кроз правну и теолошку казуистику, што је довело до извесних иновација, али се оне нису цениле. Модеран универзитет је другачији, али се корен научних дисциплина задржао. Вреди подсетити да је много тога што данас узимамо здраво за готово у универзитетском образовању заправо наслеђе средњовековног универзитета, који је био оријентисан махом на преношење догме.¹⁰

Одвојене дисциплине опстале су на модерном истраживачком универзитету. Најуспешније научне дисциплине редовно имају своје матичне факултете (нпр. психологија, историја, економија, право) и препознају се по засебним дипломама, док ужа поља као што су археологија, криминологија, демографија или лингвистика немају такву одвојеност и самосталност.

Поставља се питање зашто дисциплине постоје? Дисциплине су манифестација академске поделе рада. Знања из одређене области треба препознати, организовати са другим релевантним теоријама и налазима и пренети следећој генерацији. Дисциплине су створене имајући на уму ове конкретне задатке. Колико год несавршене и разнолике биле, дисциплине су суштинске организационе јединице модерног универзитета.¹¹ Мада понекад нејасно разграничене, научне дисциплине имају корене у бројним интелектуалним традицијама и сложеним унутрашњим структурама. Уз све своје недостатке, оне ипак пружају организациону основу за наставу, сертификацију нових научника, избор и напредовање колега и процену нових сазнања. Ове улоге дисциплина су незаменљиве. Свака одржива визија интердисциплинарног система ослања се на истовремено постојање дисциплина и њихову виталност.¹²

Термин „наука” (*scientia*) се у западној Европи везује за природне дисциплине. Израз „правна наука” повремено су користили и традиционални правни писци. Према Christopher Columbus Langdell „право је наука” и „сви доступни материјали те науке садржани су у штампаним књигама”. Према Карлу Ларенцу под правном науком [Rechtswissenschaft]

¹⁰ Turner, Stephen. Knowledge formations: An analytic framework. (2017). У: Frodeman, Robert, Julie Thompson Klein, and Roberto Carlos Dos Santos Pacheco, eds. The Oxford handbook of interdisciplinarity. Oxford University Press, 2017. стр. 14

¹¹ Jacobs, Jerry A. The need for disciplines in the modern research university. У: The Oxford handbook of interdisciplinarity 2 (2017), стр. 35

¹² Jacobs, Jerry A. The need for disciplines in the modern research university, стр. 38

подразумева се наука усмерена на решавање правних случајева на основу одређеног историјски насталог правног поретка”.¹³ Генерално у академској заједници, нарочито међу природњацима, право се првенствено посматра као практична, а не академска дисциплина.¹⁴

У прошлости је већина научника повезивала правну доктрину пре свега са устаљеном и доследном применом правних правила и принципа од стране судова. Сви релевантни материјални извори правне науке се већ налазе у библиотеци која је за правника исто што и лабораторија за физичара или хемичара. Некада је владао поглед да је право објективно и неутрално. Позитивизам види право „такво какво је”, а не проучава како би право „могло или требало да буде”. Доктринарни метод је био широко критикован, углавном зато што никада није био довољно јасан лаицима, па чак и самим правницима који нису истраживачи. Правни истраживачи немају праксу да описују методологију у оквиру свог академског рада.¹⁵

На теоријском нивоу, „затвореност” у оквиру једне дисциплине није мана ако је једини истраживачки задатак да се представи правни систем и његова унутрашња конзистенција.¹⁶ Класично научно истраживање је доказало своју вредност. Доктринарно-правно истраживање је и даље важно за проучавање европског права. У доктринарном раду аргументи се изводе из ауторитативних извора, као што су постојећа правна правила, принципи, преседани и научне публикације. Право се посматра као систем. Стварањем општих и оборивих теорија, правна доктрина представља право као кохерентну мрежу принципа, правила, мета-правила и изузетака, на различитим нивоима апстракције. Одлуке у појединачним случајевима нису произвољне јер морају бити уклопљене у систем. Одлучивање у тешким случајевима подразумева да се постојећа правила прошире или чак замене, али увек тако да на крају систем поново буде кохерентан.¹⁷

¹³ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert. *Journal of Commonwealth Law and Legal Education* 7.1 (2009), стр. 9

¹⁴ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 12

¹⁵ Hutchinson, Terry. The doctrinal method: Incorporating interdisciplinary methods in reforming the law. *Erasmus L. Rev.* 8 (2015), стр. 131

¹⁶ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 7-8

¹⁷ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 26

Квалитетно класично истраживање подразумева: дизајн самог истраживачког процеса, са посебном пажњом на формулацију доброг истраживачког питања/хипотезе. Истраживање је уграђено у научну дебату тако што показује „на чијим раменима стоји”, али и где одступа од *mainstream* размишљања; истраживач објашњава теоријски значај свог истраживања, другим речима, које се доктринарне позиције и теорије нападају, прилагођавају или јачају, или како се одређени развој позитивног права објашњава или предвиђа; истраживач излаже циљ истраживања у односу на постојећи корпус знања о одређеној теми. Истраживач објашњава методе или технике које ће се користити да би одговорио на истраживачко питање и оправдати зашто је баш такав приступ погодан.¹⁸

2.2. Криза традиционалног истраживања

Правна наука је постепено прихватала друге дисциплине. Расправа о научној природи правне доктрине отворена је још у 19. веку када се правни формализам сукобио са правним натурализмом. Класично научно правно истраживање није следило дух природног права како га народ у стварности разуме, већ је јуриспруденција била пука репродукција оног што су законодавац и судови говорили. Зато је школа слободног права (немачка историјска школа) отворила врата социологији и другим друштвеним наукама да се интегришу у правни систем. Академски правници на северу Европе бавили су се емпиријским аспектима права и тако је настао скандинавски правни реализам, где принцип верификације важи и за правну науку, а академски предлози подложни су провери у судској пракси.

Почетком 20. века социолошка јуриспруденција указује на раскорак између права у књигама и права у стварном животу.¹⁹ Брзо је уочено да одлука о томе које норме важе и како се оне примењују зависи од многих унутрашњих и екстерних фактора, укључујући личне предрасуде и предубеђења, правосудну идеологију и друштвено-економске последице одређених одлука.²⁰ Данашњи истраживачи не покушавају да открију божанско право и свесни су да одређени правни проблем има више могућих тачних решења.

¹⁸ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 30

¹⁹ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 5-6

²⁰ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 26

Друга велика прекретница на путу као интердисциплинарном праву је 1968. година, када на крилима такозване мајске француске револуције, академски правници гласно указују на друштвено-економску укорененост правног система и истичу улогу правног истраживања у борби против друштвене неправде: правна теорија треба да трансформише друштво путем права. За разлику од њих, традиционалисти ослањени на догматски приступ никада нису сматрали да је право средство за постизање одређеног друштвеног циља. Зато они и не проучавају друштвене услове у којима право делује у стварном свету.²¹ Амерички правни реализам учи да се исправно правно резонување гради на знању о социолошком, антрополошким, економском и сличним основама друштва. Право је више од пуке логике изграђене на нормама и укључује чињенице као и искуство.

Европска правна истраживања су у великој мери вођена политиком. Заживеле су „необориве претпоставке”: хармонизација права је добра, а правна разноликост лоша; западна демократија има превласт над било којим другим политичким системом; приватна својина је неприкосновена; треба обезбедити слободу уговарања и одржати личну одговорност.²² Да ли се то некадашња догма поново вратила у новом облику?

Доминира идеја да је право политички пројекат и средство за постизање друштвених промена. Законодавна тела широм Европе напуштају кодификацију (озаконити правила из друштва по принципу „одоздо према горе”) и окрећу се модификацији људског и корпоративног понашања. Законодавство постаје инструмент политике. Инструментализација европског права имала је значајне последице и за правну науку. „Менталитет крда” подразумева да истраживачи прате актуелне теме и трендове, које заправо намећу креатори политике (нпр. Европска комисија) уместо да развијају сопствене истраживачке планове. Бесконечно дисертација, књига, чланака једноставно прате наметнуте „mainstream” идеје и идеологије, не доводећи их у питање. У многим случајевима аутори се чак и не труде да објасне на чијим плећима стоје, где одступају од колега истраживача или од уобичајених веровања. Уопштеније, нема нових доприноса корпусу знања.²³

²¹ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 4-5

²² Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 8

²³ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 8-9

3. Интердисциплинарна истраживања у праву

3.1. *Интердисциплинарност у науци и пракси*

Интердисциплинарност подразумева најмање две дисциплине. Међутим, у неким областима фузија између дисциплина је толико одмакла, да се граница више не примећује. Прожимање је нарочито присутно у дисциплинама као што су правна филозофија, правна историја, као и у правно-економским дисциплинама. На факултетима се ови предмети изучавају посебно у односу на „чисто“-правне предмете, као помоћни или изборни предмети, без нарочитог указивања на њихово двојно порекло.

Током развоја правне науке последњих 200 година мењало се схватање шта интердисциплинарност заправо значи. У рано модерно доба свако упоредно правно истраживање је било интердисциплинарно, јер је захтевало поред знања домаћег права и знање страног језика на којем је писан извор. Страно право послужило је за израду већине националних правних система. И данас упоредно право утиче на националне правне системе, али они губе аутономију повезујући се међусобно. Раније се нису сви академски правници бавили упоредним правом, а сада се то подразумева. Страни извори су лако доступни преко интернета, модерни академски правници говоре бар два језика, па скоро свака научна публикација садржи и упоредно-правни преглед. Међутим, то не значи да су сви ти радови интердисциплинарни.

Интердисциплинарност се заговара и мимо науке, у примени права. Интердисциплинарни приступ подупире идеја да право постоји у друштвено-политичком контексту, а не као независан систем правила како су тврдили правни формалисти и правни позитивисти. Границе између правне доктрине формалног права и других друштвених поретка постају порозне када се призна да је право само један облик друштвене контроле, обликован културом, друштвеном структуром, обичајима, традицијом и низом узајамних права и дужности. Ова плуралистичка правна перспектива у складу је са концептом „живог закона”,²⁴ социолошком јуриспруденцијом и правним реализмом. Социополитички утицаји обликују право и његову примену. Тврдња правног формализма о независности и неутралности закона је „велика лаж” пошто су и закон и његова примена обликовани политиком, што показује важност друштвеног контекста. Управо у примени права видимо његову

²⁴Henry, Stuart. *Interdisciplinarity in the Fields of Law, Justice, and Criminology*. (2017). U: *The Oxford handbook of interdisciplinarity 2* (2017), стр. 398

интердисциплинарну хибридизацију, на пример, у „плодоносном браку” између међународних односа и међународног права, права и медицинске етике, права и социјалне заштите. Под окриљем клиничког правног образовања, интердисциплинарност постаје тематска када се право користи као инструмент за постизање социјалне правде. У породичном праву нпр., интердисциплинарност омогућава концепт права као терапеутског агенса, при чему судови следе еколошки и терапеутски приступ ради добробити породица. Интердисциплинарна судска пракса породичног права која усваја перспективу екологије људског развоја и појмове из терапијске јуриспруденције осигурава да доносиоци одлука и судови буду извор снаге и подршке за побољшано функционисање породица.²⁵

Везу између права и других дисциплина добро илуструју прописи о интелектуалној својини, који тако дубоко задиру у питања економије, културе, здравства, трговине, креативности и интелектуалне слободе, да расте литература о праву интелектуалне својине која не долази од правника, већ од аутора из других дисциплина.²⁶

3.2. Таксономија правних интердисциплинарних истраживања

Постоје разлике између мултидисциплинарног, интердисциплинарног, трансдисциплинарног и међудисциплинарног правног истраживања, а такође се сугерише да постоји градијент у интердисциплинарном истраживању, у распону од мањег до већег степена синтезе. Приступи који одвајају дисциплине означени су као „мултидисциплинарни”, а који их интегришу „интердисциплинарни”.²⁷

Базично (основно) интердисциплинарно истраживање има исто полазиште као монодисциплинарно правно истраживање. С једне стране, то могу бити конкретна, односно „микро-правна питања”. На пример, истраживач обрађује одређени правни концепт, одређену одредбу прописа, конкретан случај или низ случајева. С друге стране, истраживач можда истражује „макро-правно питање”, односно опште концепте, проблеме и правне принципе, на пример, структуру одређене правне области или значење појмова као што су закон, правда или субјективно право.²⁸

²⁵ Henry, Stuart. *Interdisciplinarity in the Fields of Law, Justice, and Criminology*, стр. 398

²⁶ Henry, Stuart. *Interdisciplinarity in the Fields of Law, Justice, and Criminology*, стр. 398

²⁷ Siems, Mathias M. *The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert*, стр. 5

²⁸ Siems, Mathias M. *The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert*, стр. 6-7

Илустрација микро-питања. На пример, истраживач заинтересован за правна средства против повреде уговорне обавезе може да започне класично истраживање анализом правила и принципа уговорног права. Међутим, и најбоља догматска анализа на крају испадне незадовољавајућа, јер „коментари закона који насељавају академске музеје имају незнатну сличност са законом у пракси уговарача и њихових адвоката”.²⁹ Зато савремени истраживач треба да узме у обзир емпиријска истраживања о правним средствима против повреде уговора, па ће открити да поједина средства нису много важна у пракси зато што уговарачи привредници преферирају алтернативно решавање спорова или зато што нису ни упознати шта им закон нуди. Штавише, ако истраживач жели да изнедри *de lege ferenda*, вредело би размотрити економичност поменутих правних средстава. У оквиру правно-економске литературе постоје опсежне расправе о томе.³⁰ Поред тога, шире истраживање историје развоја судске заштите објаснило би рецимо зашто европско уговорно право у случају повреде уговора протежира испуњење обавезе онако како гласи, док је у америчком праву примарна накнада штете.

Илустрација макро-питања. Истраживач упоредног права проучава судску праксу у различитим државама. За почетак, он испитује традиционалне разлике између *common law* и континенталног грађанског права. Касније, разматра и друге академске дисциплине. На пример, анализира како поменуте разлике потврђују постојање различитих типова капитализма. Такође, може дискутовати о тврдњи правно-финансијске литературе да је већа прилагодљивост *common law*-а, који су израдиле судије, један од разлога зашто су *common law* државе финансијски развијеније. Очигледни противаргумент је да и континенталне правне системе такође обликују судови, додуше у мањој мери.³¹ Ово даље отвара врата интердисциплинарном приступу кроз социолошко-правно питање како судије заправо одлучују о предметима...

Напредно интердисциплинарно истраживање (тип 1): Истраживачко питање не односи се на право *per se*. Типичан први утисак Европљанина који чита амерички правни часопис је да он једва да садржи правне

²⁹ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 7

³⁰ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 7

³¹ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 7

чланке. Ова перцепција је погрешна јер је право само један од неколико елемената који се користе да би се објаснила одређена неправна појава.³² Овај приступ илуструју два примера.

Пример 1: савремени академски истраживачи компанијског права често наводе многе факторе неопходне за стварање јаког тржишта капитала (неформалне институције, ефикасно правосуђе, транспарентност тржишта, репутациони ризик), док је закон је само један од њих. Идентификовани су следећи предуслови за јако тржиште капитала: ефикасна законодавна тела, државни органи, тужиоци и судови; уредно финансијско извештавање; репутациони посредници; одговорност компанија и инсајдера; транспарентност тржишта; корпоративна културе; активност неформалних институција. Дисперзовано власништво акција, као главни индикатор развијеног тржишта капитала, је резултат политике, историје и приватних институција, а не само адекватног закона о компанијама и закона хартијама од вредности.³³

Други пример за актуелну неправну тему је питање које мере су најприкладније поводом климатских промена. У погледу законске реформе, указује се на различите националне и међународне подухвате као што су регионално планирање транспорта и становања, Кјото протокол и ЕУ програм за трговину емисијама. Наравно, тема „климатске промене” превазилази реформу закона, нпр. технолошки напредак и промена понашања потрошача смањују потрошњу енергије. Привлачност овог типа напредног интердисциплинарног истраживања је у томе што пружа релативно свеобухватан поглед на одређену тему. Предуслов за успех је спремност правника да стекне одређена знања о другим академским областима и да буде спреман да се укључи у заједнички рад са колегама из других дисциплина. Поред тога, треба усвојити прагматичан поглед на разлике између права и других академских области, јер комбиновање различитих метода има предност у односу на формалистичку јасноћу стриктног раздвајања.³⁴ Дакле, када правници проучавају „неправне теме”, интердисциплинарност не само да је пожељна него и нужна.

Напредна интердисциплинарна истраживања (тип 2 и тип 3). Најнапредније интердисциплинарно истраживање не разликује се од тра-

³² Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 8

³³ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 8

³⁴ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 8

диционалног правног истраживања по истраживачком питању. Уместо тога, ради се о промени метода, зато што правник инкорпорира научне методе природних наука у правно размишљање. То доноси велику промену у начину рада академских правника. Овај метод ослања се на конструисање модела и тестирање хипотеза. Традиционално, академски правници (истраживачи) једва да примењују овај природњачки приступ.³⁵ Правници позајмљују методе из других наука, као што су економија, социологија, психологија, биологија и политичке науке.³⁶

Правно-економске дисциплине илуструју природњачки приступ праву. На пример, истражује се какав утицај имају одређена правна правила на целокупно друштвено благостање па истраживач конструира правне моделе независне од реалног правног система. Главна иновација ових дисциплина је чиста теорија слична економском и математичком моделирању. Једно такво истакнуто истраживање мери утицај који законска правила и њихова примена имају на финансијски развој. Слично истраживање испитује како политичке разлике утичу на ниво заштите запослених у различитим државама.³⁷

У напредна истраживања (тип 2 и тип 3) спадају и емпиријска истраживања, што посебно важи за квантитативне методе. Да би се добили квантитативни подаци о примени закона, користе се експерименти и социолошка истраживања. Сви ови примери спадају у напредна интердисциплинарна истраживања јер је суштинско питање правно, али је методологија не-правна, природњачка.

Емпиријска правна истраживања развијају се бар 100 година у Сједињеним Државама на крилима социолошког покрета у праву који заговара социолошку јуриспруденцију, правни реализам, критичке правне студије, међусобни утицај права и економије, историјско-институционално правну теорију, етнографију, интерпретативну правну теорију, феминистичку јуриспруденцију итд. Истраживачи користе статистичке методе да би одговорили на социолошко-правна питања. Њихови истраживачки методи обухватају анализу макро и микро података ради обраде националних и међународних правних проблема. На пример, истраживачи користе интервју или етнографске податке за

³⁵ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 10

³⁶ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 23

³⁷ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 10

квантитативну обраду. Студентима је доступна обука о географском информационом систему или компјутерској анализи текста ако је то у вези са њиховим предметом истраживања.³⁸ Теорија игара прикладна је за алеаторне уговоре.

4. Разлози који су допринели продору интердисциплинарног истраживања

4.1. „Право у контексту” као искрен мотив истраживача

Често се право посматра „у контексту”, што указује на интердисциплинарност. Да ли посматрамо право у контексту или тражимо контекст у праву? Контекст има бар два значења: како се једна правна норма односи према другим правним нормама или према свом друштвеном, политичком, економском или религијском окружењу. Прво питање има интерну перспективу па је монодисциплинарно, а друго екстерну перспективу која захтева уплив других, не-правних дисциплина. Екстерна перспектива знатно је тежа за правника истраживача јер се отвара питање колико је он стручан да спроведе не-правно истраживање.³⁹ Интерна перспектива односи се на проучавање у оквиру права, она истражује односе између норми и њихово место у правном систему. Екстерна перспектива је интердисциплинарна и захтевнија у погледу истраживачког питања и метода за његову обраду, али заузврат нуди заокружене одговоре.

Како се суочити са интердисциплинарним проблемом? Контекст је толико широк и сложен да као целина представља несавладив колач за истраживача. Зато треба одабрати један или неколико аспеката за обраду. На пример, институционални контекст је основа у коју су правна правила укорењена. Истраживач који жели да разуме, а не само да опише правне норме треба да проучава институције које стварају, тумаче и примењују право. Ради се о организацијама, процедурама и субјектима укљученим у правне операције. Правне институције нису лишене утицаја и притиска не-правних (нпр. политичких) институција, па и њих треба укључити у институционални контекст.⁴⁰

³⁸ Harrington, Christine B, and Sally Engle Merry. Empirical legal training in the US academy. U: Cane, Peter, and Herbert Kritzer, eds. The Oxford handbook of empirical legal research. OUP Oxford, 2012, стр. 1050-1051

³⁹ Adams, Maurice, and Dirk Heirbaut. Prolegomena to the method and culture of comparative law. U: The method and culture of comparative law: essays in honour of Mark Van Hoecke. Oxford and Portland: Hart Publishing (2014), стр. 15-16

⁴⁰ Adams, Maurice, and Dirk Heirbaut. Prolegomena to the method and culture of

Други израз по коме се интердисциплинарност познаје је „правна култура”. Правна култура је интелектуални елеменат, са широким обухватом свих идеја и очекивања релевантних за право. Анализа правне културе је корисна због интернационализације права што му доноси нову димензију. Норвешки правник бави се правом створеним ван граница Норвешке, па поред домаћег културног контекста треба да зна и страни културни контекст.⁴¹ Аутори из Аустралије и Јапана, анализирали су недавну реформу уговорног права у Јапану и установили да постоје паралеле са реформама уговорног права у Француској и Немачкој, као и са Заједничким европским правом продаје (CESL). Специфична микрополитика реформе уговорног права у Јапану је сама по себи фасцинантна. Аутори анализирају игру моћи између различитих интересних група и појединаца, што на крају одређује садржај реформе и њен успех. Њихова анализа је пример примене институционалног приступа. Доминантни фактори законодавне моћи у Јапану су судије Врховног суда и Министарство правде. Професори права су само помоћници ове бирократске коалиције, макар само зато што су као професори дужни да се међу собом сукобљавају. С друге стране, ако професори заговарају одређени „глобални стандард”, то ипак има одређену тежину. Тако су ипак нека страна и међународна правила нашла место у реформи, иако је њихова практична примена у Јапану и даље сумњива.⁴² Методи овде нису само алат теоретичара, већ такође корисно средство за убеђивање стручне и шире јавности у разумност њихових одлука.

4.2. Како је уговорно право постало интердисциплинарно

Продор интердисциплинарности у европско уговорно право одвијао се у три фазе. Прва фаза су „ЕУ интеграције путем права”. Европу су 1968. године захватили протести са захтевом да државе успоставе праведније друштво. Право треба да помогне у прерасподели богатства и економске моћи, обезбеди слободе и правду за најслабије у друштву. Нешто касније, године 1986. развија се пројекат успостављања јединственог унутрашњег тржишта ЕУ. Требало је усвојити више од 300 директива и уредби у периоду од пет година са циљем стварања тржишта без граница. Идеолошка веза између 1968. и 1986. лежи у

comparative law, стр. 18

⁴¹ Adams, Maurice, and Dirk Heirbaut. Prolegomena to the method and culture of comparative law, стр. 18

⁴² Adams, Maurice, and Dirk Heirbaut. Prolegomena to the method and culture of comparative law, стр. 19

чињеници да никада раније у историји право (закон) није био систематски коришћен у одређене инструменталне сврхе, као средство за постизање циља. Другим речима, јединствена ЕУ није била могућа без јединственог тржишта, створеног скупом прописа. Тако је рођен савез између Европске комисије и ЕУ настројених академских правника. У међувремену је Европска комисија постала најважнији спонзор истраживања. У том периоду се чак говори о извесној хегемонији права над другим наукама.⁴³

Другу фазу обележавају ЕУ интеграције без права. Европски друштвени модел требало је да буде чврста основа за трансформацију ЕУ у економију знања. У законодавни поступак, којим су некада доминирали правници, улазе нове дисциплине, као што је наука о управљању, где политиколози преузимају примат. Правно истраживање се замењује мултидисциплинарним, а класични правни методи различитим методама из друштвених наука. Правници добијају само помоћне улоге, њихове компетенције су потребне само за попуњавање шаблона које су осмислили политиколози и економисти. Од 1990-их, правне науке се суочавају ЕУ интеграцијама без права.⁴⁴

Интеграције мимо права теку од 2000. године. Право и прописи подвргнути су новој идеологији економске ефикасности. То доказује новије Потрошачко право ЕУ које је са минималне прешло на максималну хармонизацију. Чак је и DCFR подвргнут тесту економске ефикасности. Правничко академско стадо следи нови тренд, „признато” научно истраживање подразумева познавање економије.⁴⁵ Академски правници губе самосталност, шанса за финансирање њиховог истраживања своди се на интеграцију у STEM polje (science, technology, engineering and mathematics).⁴⁶

4.3. Предности интердисциплинарног рада

Зашто су друге дисциплине корисне при истраживању специфичних или општих правних питања? Зашто нису довољна традиционална

⁴³ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 11-12

⁴⁴ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 13-15

⁴⁵ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 16-19

⁴⁶ <https://horizoneuropencppportal.eu/academy/integrating-social-sciences-and-humanities-horizon-europe>

правна истраживања, посебно доктринарна (академска, научна)? Главни разлог је то што се данас традиционалне методе сматрају корисним, али често сувише уским. На пример, монодисциплинарном раду се замера да је „ригидан, догматичан, формалистички и затворен; да подстиче „интелектуално тунелско гледиште“ кроз нездраву преокупацију техничким детаљима; неразумевање права и друштва; и „осиромашивање истраживачког духа студената и наставника“. Насупрот томе, интердисциплинарно истраживање води ка образложеном и уравнотеженом просуђивању.⁴⁷

Многи истраживачи сматрају да су границе дисциплина клаустрофобичне и неоправдано рестриктивне. Ако је дисциплинарност ауторитарна, онда је интердисциплинарност бунтовна, чак романтична. То је облик интелектуалног мучеништва и саможртвовања против ауторитета који нуди визију независног ума и духа. Интердисциплинарни научници су романтични бунтовници.⁴⁸

Успешни интердисциплинарни приступ омогућио је професорима права да емпиријским методама расветле сложена истраживачка питања као што су пристрасност у правосуђу или нежељени ефекти одређених прописа. На пример: како строги режим објективне одговорности у одштетном праву резултира непожељним понашањем; како широко схватање узрочне везе подстиче дефанзивну медицину. Ове нежељене резултате одлично описује наука о понашању (**бихејвиористичка** теорија), мада се ради о чисто правним појмовима, основу и услову одговорности.

Академским правницима сметају претпоставке и упрошћавања која праве економисти и други научници из ДХ поља. Међутим, интердисциплинарна правна истраживања имају низ предности. Његова општа вредност је у томе што воде ка потпунијем и уравнотеженијем схватању права у односу на традиционално истраживање које проучава „норму као такву“.⁴⁹

4.4. Слабости и замке интердисциплинарности

Интердисциплинарност пребацује моћ са истраживача и катедре на декана и ректора. Таква претерана централизација угрожава иновације

⁴⁷ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 6

⁴⁸ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 6

⁴⁹ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 12

и креативност, што су главне вредности универзитета. Интердисциплинарне организационе јединице јачају централне органе универзитета и воде ка његовој „балканизацији”.⁵⁰

Главна потешкоћа интердисциплинарног рада је недостатак знања и вештина на страни правника за потпуно разумевање методологије других академских дисциплина. Могуће решење је сарадња са истраживачима из тих дисциплина.⁵¹ Штавише, интердисциплинарно истраживање је критиковано као непрактично и претешко; производи апстрактно знање од малог значаја за конкретне проблеме, или се бави конкретним питањима на потпуно теоријски начин. Такође, интердисциплинарност је прекомерно захтевна. Традиционално (монодис.) правно истраживање је у предности јер се „редовно обавља без напуштања светих просторија наших библиотека и канцеларија”. Довољно је „читати неке истакнуте случајеве и коментаре те из удобног кабинета саопштити своје мишљење”.⁵²

Емпиријска правна истраживања су нарочито допринела увозу не-правних метода у правну науку. У Сједињеним Америчким Државама професори права своје студенте усмеравају ка методолошким канонима других друштвених наука када треба спровести емпиријско истраживање. Из антропологије, економије, историје, политичке науке, психологије или социологије студенти бирају методе које најбоље одговарају предмету истраживања. Недостаци оваквог приступа долазе до изражаја када постане очигледно да методолошки канони друштвених наука не посматрају право као релативно посебан друштвени феномен. Тако нпр. политичка наука не разликује довољно право од партијске политике. Студенти примењују методе прилагођене другим наукама које не уважавају друштвене, економске, политичке, психолошке и културолошке димензије самог права. Уместо тога, студенти се понашају као политиколози када проучавају изборе, социолози друштвену стратификацију или психолози когнитивни развој, а заправо им је потребан метод прилагођен појавама које проучава правно емпиријско истраживање, као што су парнице и спорови. Правници емпиричари немају своје оригиналне емпиријске методе, већ метод из других друштвених

⁵⁰ Jacobs, Jerry A. The need for disciplines in the modern research university. *V: The Oxford handbook of interdisciplinarity* 2 (2017), стр. 37

⁵¹ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 12

⁵² Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 7

дисциплина прилагођавају свом предмету истраживања.⁵³ Такав приступ ствара више проблема него што их решава.

Откривене су методолошке слабости правних емпиријских истраживања. Да постоји озбиљан проблем квалитета овог приступа у Сједињеним Државама, показује кључни рад два стручњака за методологију истраживања након проучавања 350 чланака са емпиријским амбицијама, објављених у америчким правним часописима између 1990. и 2000. године, укључујући 50 најцитиранијих SSRN чланака. Аутори су закључили да је „тренутно стање емпиријске правне науке суштински лоше”.⁵⁴ Када правник није обучен да користи методе других дисциплина, јавља се ризик аматеризма.

Класична доктринарна правна експертиза је често кључна да би се поставила права питања и одредиле варијабле које треба тестирати у покушају да се објасни одређени правни феномен. Штавише, нормативна питања (у смислу како би закон требало да гласи), не могу се решити у потпуности емпиријским или социо-правним истраживањем. Правно тумачење и правничка аргументација су увек нужни да би се премостио јаз између чињеница и норми.⁵⁵

Савремени правници истраживачи морају да прихвате да без додатних метода њихово истраживање може остати површно или чак дати погрешне резултате. Истовремено, правник не би требало да заборави своју матичну дисциплину и њене методе. Сем у баналним ситуацијама, примена правне норме увек ће бити сложена, нијансирана и спорна. Право није статично и развија се на начине који су понекад запањујући и бескрајно инвентивни.⁵⁶

5. Закључак

Још пре 200 година запажено је да су правници фасцинирани другим наукама како би правно истраживање било убедљиво, а право неутрално. Правни научници су увек сумњали да је право самостално

⁵³ Harrington, Christine B, and Sally Engle Merry. Empirical legal training in the US academy, стр. 1046-1047

⁵⁴ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 24

⁵⁵ Gestel, Rob V, and Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?, стр. 25

⁵⁶ Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert, стр. 12

способно да реши тешке друштвене и моралне сукобе. Интердисциплинарност у Облигационом праву, а то важи и за грађанско право уопште, треба схватити као градијент. Правно питање се обрађује из аспекта друге науке, или се питање које има шире оквире обрађује са правног аспекта. Монодисциплинарно истраживање, карактерисано догматским методом, ограничено је на анализу и синтезу права.

Два табора на терену епистемологије, монодисциплинарно и мултидисциплинарно истраживање, имају своје одразе и на терену правне науке као класично и модерно правно истраживање. Правни научници све више користе методе и доказе из других дисциплина како би ојачали своје тврдње. Они не морају сами да спроводе неправне методе, али укључују резултате ових метода у свој рад.

Квалитетно класично истраживање, засновано на традиционалној правној методологији, није супротност интердисциплинарном. Пресудно је да „неправни” истраживачки методи не потисну класично истраживање, већ да се комбинују са традиционалним правним методама. Добро мултидисциплинарно или емпиријско истраживање ослања се на класичну правну методологију.

Што је одређена област боље истражена, то је граница између права и друге науке уочљивија. Тако нпр. у медицинском праву готово инстинктивно се осећа прелаз између правних и медицинских питања. Са друге стране, неистражене нове области границу бришу и истраживач је приморан да пређе на не-правни терен (нпр. када истражује однос новчаних обавеза и криптовалута, или када се ослања на биолошку класификацију животиња ради испитивања да ли осећају бол, а у вези са евентуалним правом на накнаду нематеријалне штете). Рад није „интердисциплинаран” само зато што обрађује случај где је штета проузрокована хакерским нападом, ако се аутор задржи на искључиво терену Одштетног права.

Разликују се интердисциплинарности по теми и по методу. Када истраживач у свој рад увезе „готове” резултате из других наука, онда је сам рад у већој или мањој мери интердисциплинаран, али се то не може рећи и за истраживање. Многа истраживања, амбициозно од аутора означена као интердисциплинарна, то заправо нису. Да би истраживање истински било интердисциплинарно потребно је да истраживач примени метод друге науке, а у вези са правним предметом свог истраживања. Мала деца разликују кућне мајсторе према карактеристичном алату: молер користи четку, водоинсталатер кљешта, електричар

жицу. Слично, интердисциплинарно истраживање правника ослања се на алате из других друштвених или природних наука (нпр. различите врсте обрачуна затезне камате објашњавају забрану анатоцизма). Ово све важи ако се интердисциплинарност просуђује према примењеним методама, а не према самој теми. Уколико се као пресудни критеријум узме тема истраживања, онда је праг постављен много ниже јер је употреба резултата из других наука редовно једноставнија него ослањање на не-правне методе.

Продор интердисциплинарности на терен Облигационог права је резултат научних, али и практичних (опортуних) разлога. Искрени мотиви истраживача да се упусте у интердисциплинарно истраживање везани су за његове предности. Ова истраживања премошћују јаз између права и стварног живота, тако да имају практичан значај. Истовремено, будући да су погодна за апстракцију, њихов теоријски потенцијал је велики, кроз изградњу нових знања. Друга страна медаље је чињеница да се интердисциплинарност често намеће правнику. То показује развој европског заједничког уговорног права, и вероватно важи и за друге гране Облигационог права. Нормално је да се правници окрећу другим наукама ако је то услов за добијање финансирања. Готово све апликације за пројектно финансирање садрже део о интер-или крос-дисциплинарном раду. Овакав развој није добар ни за правну науку јер долази до инструментализације права, а истраживачи губе самосталност. Позитивно облигационо право се појачано користи за све врсте друштвених, политичких и економских циљева. Догађаји у периоду 1968-2000 везани за европске интеграције показали су политички карактер уговорног права.

Истраживање права није резервисано искључиво за научни рад на универзитетима. Право свакодневно истражују и правници практичари, али се од њих интердисциплинарност не очекује. Интердисциплинарном приступу се замера да ствара апстрактна знања која нису релевантна за правну праксу, односно правнике практичаре. Са друге стране, ово је предност за академски рад.

Главна потешкоћа интердисциплинарног приступа се јавља када истраживач не разуме не-матичну дисциплину и њен метод. Или горе: у заблуди је да их разуме па добије погрешан резултат. Откривене грешке у емпиријским правним истраживањима то потврђују. Оптимално решење овог проблема је сарадња се стручњацима из других области, уместо доквалификације правника. Академска подела рада и одвојеност дисциплина су опстали јер су се доказали.

Литература

Adams, Maurice, Dirk Heirbaut. Prolegomena to the method and culture of comparative law. У: The method and culture of comparative law: essays in honour of Mark Van Hoecke. Oxford and Portland: Hart Publishing (2014)

Bogojevic, Sanja. Interdisciplinarity, Course in Legal Research Method Faculty of Law University of Oxford (2017)

Gestel, Rob V., Hans-W. Micklitz. Revitalizing Doctrinal Legal Research in Europe: What about Methodology?. У: European University Institute, Florence, Department of Law, (2011). Доступно на: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/16825/LAW_2011_05.pdf

Harrington, Christine B., Sally Engle Merry. Empirical legal training in the US academy. У: Cane, Peter, Herbert, Kritzer, eds. The Oxford handbook of empirical legal research. OUP Oxford (2012)

Henry, Stuart. Interdisciplinarity in the Fields of Law, Justice, and Criminology. (2017). У: The Oxford handbook of interdisciplinarity 2 (2017)

Hutchinson, Terry. The doctrinal method: Incorporating interdisciplinary methods in reforming the law. Erasmus L. Rev. 8 (2015)

Jacobs, Jerry A. The need for disciplines in the modern research university. У: The Oxford handbook of interdisciplinarity 2, (2017)

O'Rourke, Michael. Comparing methods for cross-disciplinary research. У: The Oxford handbook of interdisciplinarity 2, (2017)

Samuel, Geoffrey. An introduction to comparative law theory and method. Vol. 11. Bloomsbury Publishing, (2014)

Siems, Mathias M. The taxonomy of interdisciplinary legal research: Finding the way out of the desert. Journal of Commonwealth Law and Legal Education 7.1, (2009)

Turner, Stephen. Knowledge formations: An analytic framework. (2017). У: Frodeman, Robert, Julie Thompson Klein, Roberto Carlos Dos Santos Pacheco, eds. The Oxford handbook of interdisciplinarity. Oxford University Press, (2017)

Prof. Mihajlo Cvetković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CHALLENGES OF THE INTERDISCIPLINARY APPROACH IN OBLIGATION LAW

Summary

While working on the article in the field of general obligation law, titled “Monetary Obligations and Cryptocurrencies”, the author encountered a dual interdisciplinarity issue. In addition to the socio-humanistic knowledge from the field of Economics, as the broadest science dealing with value and money, the research required some insight into IT terminology and concepts, such as cryptography, electronic signatures, public and private keys, as well as some foreign (borrowed) terms which do not have a Serbian equivalent, such as: blockchain, tokenomics, oracle, etc. An understanding of information technologies and concepts was a prerequisite for legal analysis of the aforesaid novelties.

A similar problem was encountered in the field of Tort Law. In the process of mentoring the doctoral thesis “The Legal Position of Animals in Tort Law”, it was necessary to establish criteria to keep the research in the field of Civil Law, without excessive interference in the area of Animal Protection Law (as a subdiscipline of Environmental Protection Law). In addition, one of the main topics of this dissertation relies on the classification of animals, which is borrowed from Biology for the purpose of addressing the issue which animals can possibly be treated as legal entities sui generis.

These two situations are connected by a similar problem: to what extent should a civil law researcher delve into other sciences in order for make the research comprehensive, but still ensure that it is legal research? Does the attainment of original research results always call for an interdisciplinary approach, or are there alternative ways to advance legal theory? The answers are offered in the methodology of legal science, but not the traditional methodology used in PhD studies. In an attempt to address this issue, the author refers to the recent publications of the European Academy of Legal Theory.

Keywords: legal methodology, obligations, research, normativism, positivism.

ОСНОВНИ ПРИНЦИПИ ЈАВНОГ ИНФОРМИСАЊА У ПРАВНОМ ПОРЕТКУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ²

Апстракт: Закон о јавном информисању и медијима — као основни закон у области јавног информисања — уређује основне правне принципе, на којима почива телеолошка целовитост јавног информисања као области правног поретка. Посебни медијски закони морају бити сагласни са основним медијским законом у делу основних правних принципа и основних правних института јавног информисања, што одговара уставном принципу јединства (јединственог) правног поретка. Јер, правни принципи као телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у области јавног информисања, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности медија као субјеката правног поретка. Поврх тога, основним медијским законом утврђени су основни циљеви у области јавног информисања, који са принципима јавног информисања сачињавају основну садржину јавног интереса и темељ на којем би требало подићи зграду јавног информисања.

Кључне речи: основни принципи јавног информисања, основни (системски) медијски закон, посебни медијски закони, телеолошки правни ставови, системски правни ставови, регулативни правни ставови.

1. Основни медијски закон и посебни медијски закони у правном поретку Републике Србије

Медијско законодавство сачињавају основни (системски) медијски закон и посебни медијски закони. Закон о јавном информисању и

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

медијима („Сл гласник РС”, бр. 83/2014, 58/2015 и 12/2016) је системски (основни) медијски закон у правном поретку Републике Србије, а карактер посебних медијских закона имају Закон о електронским медијима („Сл гласник РС”, бр. 83/2014 и 6/2016) и Закон о јавним медијским сервисима („Сл гласник РС”, бр. 83/2014, 103/2015 и 108/2016).

Основним (системским) медијским законом је на телеолошки заокружен (целовит) начин уређена област јавног информисања, за разлику од посебних медијских закона, којима је регулисан правни режим појединих медија, следствено чему је исправно важење режима правне упућености посебних закона на основни (општи) медијски закон.

Сви системски (основни) закони према својој садржини имају мешовит карактер, имајући у виду да садрже телеолошке правне ставове (правне принципе), системске правне ставове (организационе и процесне норме) и регулативне правне ставове (материјалноправне норме и правне стандарде), док обични закони превасходно садрже регулативне правне ставове. Према нашем гледишту³, телеолошки правни ставови изражавају основне правне идеје и усмеравају правну свест у поретку правне државе, опредељујући тиме правни основ правних норми као регулативних правних ставова и правни основ делатности субјеката правног поретка. Системски правни ставови уређују међусобни однос градивних ентитета правног поретка те правно уређују ток, обим и домаћај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка, док регулативни правни ставови непосредно правно уређују субјективна права и правне дужности субјеката правног поретка.⁴ Следствено наведеном, правне норме и правни принципи по својој унутарњој (правнологичкој) структури јесу правни ставови,⁵ али правни ставови

³ М. Прица, *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и унутрашњег правног система*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80/2018. стр. 135-180.

⁴ У нашој правној књижевности уобичајно се израз „норме о понашању” (Р. Лукић, *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд, 1995. стр. 84-85), при чему регулативни правни ставови немају у виду само понашање физичких лица, већ и делатност државних органа и других субјеката правног поретка.

⁵ Петровић вели: „Правни став (немачки: *Rechtssatz*) и правни акт представљају последње, коначне носиоце испољавања права. Све што се права тиче, у једном је или у другом, или је са њима повезано; с тим, што је правни став интенционалан израз правне статике (у њему право заправо правна мисао, „стоји”), док је правни акт елемент правне динамике, правног живота и кретања.” (М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд, 1981. стр. 75). Становиште о правној норми као правном ставу заступао је и Тома Живановић (Т. Живановић, *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права*

различитог својства. Правни принципи представљају зрачеће телеолошке правне ставове, док се правне норме јављају као системски и регулативни правни ставови. Системски правни ставови искључиво имају облик општих правних норми са општим правним дејством, док се регулативни правни ставови јављају као правне норме са дејством *erga omnes* и правне норме са дејством *inter partes*.⁶ Правни принципи као основни телеолошки правни ставови имају општи правни карактер, при чему системско-телеолошка конкретизација писаног права исходује да се правни принципи развију као снопови општих и конкретизованих телеолошких правних ставова. У том смислу, правни принципи као телеолошки правни ставови опредељују правни основ правних норми као регулативних и системских правних ставова.

Одавде произлази да својство основног (системског) задобија закон који прописује: (1) основне правне принципе (телеолошке правне ставове) важеће у једној области правног поретка и (2) основне системске правне ставове којима се правно уређују ток, обим и домашај правног уређивања и делатности субјеката правног поретка у дотичној области правног поретка. Као што за устав кажемо да је основни закон правног поретка, имајући у виду да устав садржи превасходно телеолошке и системске правне ставове важеће у односу на правни поредак у целисти, тако и системски закони јесу основни закони важећи за поједине области правног поретка.

Закон о јавном информисању и медијима је основни (системски) закон у области јавног информисања, будући су њиме уређени: (1) позитивноправни појам медија, (2) основни правни принципи јавног информисања, као и (3) општи правни режим (основни правни институти) јавног информисања као једне области правног поретка.

Закон о јавном информисању и медијима као основни закон прописао је појам медија, и то методом енумерације облика који потпадају и не потпадају под окриље позитивноправног појма медија. Битна карактеристика медија у позитивноправном значењу јесте редакцијски осмишљен склоп медијских садржаја, следствено чему унутарња организациона структура медија нужно подразумева однос између издавача медија, главних уредника и новинара, при чему унутарња организациона структура није иста код свих медија. За разлику од штампаних

1, Београд, 1997. стр. 60; 65 итд.).

⁶ М. Прица, *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и унутрашњег правног система*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80/2018. стр. 135-180.

медија и већине електронских медија, код којих унутарње устројство подразумева искључиво однос између издавача, одговорних уредника и новинара, републички и покрајински медијски сервис као електронски медији имају и органе (управни одбор, генералног директора и програмски савет), што доприноси њиховом засебном статусу. Друго, и правни режим контроле није исти код свих медија. Примерице, контролу над радом електронских медија врши Регулаторно тело за електронске медије, при чему је контролна делатност овога тела сведена на минимум код јавних медијских сервиса, а потпуно је искључена у односу на штампане медије. То значи да се медији у позитивноправном значењу разликују према правном режиму устројства, делатности и контроле, следствено чему се уочавају врсте медија. Закон о јавном информисању и медијима у односу на штампане медије није само основни — већ је и једини меродавни — закон, који у свему уређује њихов правни режим, за разлику од електронских медија чији је правни режим регулисан Законом о електронским медијима, док је правни режим јавних медијских сервиса као електронских медија уређен Законом о јавним медијским сервисима. Одавде произлази потреба постојања неколико правних режима медија и нужност међусобне правне повезаности медијских закона као посебних и општих закона, следствено чему би било важно утврдити критеријуме за успостављање система медијског законодавства — уређивањем односа између основног (општег) медијског закона и посебних медијских закона.

Закон о јавном информисању као основни медијски закон, осим појма медија и правних принципа, уредио је и основни правни режим који важи за све медије. Општи правни режим обухвата: (1) однос између издавача, одговорних уредника и новинара; (2) регистар медија; (3) основни подаци о медију (импресум, скраћени импресум и др); (4) дистрибуцију и чување медијских садржаја; (5) одговор на информацију и исправку информације; (6) одговорност за штету и (7) суфинансирање пројеката у области јавног информисања.

Све одредбе Закона о јавном информисању и медијима непосредно се примењују на све медије, а посебним законима могу бити прописани посебни правни режими појединих медија, под условом да правни режими у питању буду усаглашени са одредбама Закона о јавном информисању и медијима. Таква два посебна правна режима медија у правном поретку Републике Србије установљена су у погледу електронских медија и јавних медијских сервиса, као једне врсте електронских медија.

Правни режим електронских медија разликује се од правног режима штампаних медија, превасходно по томе што у погледу статуса и делатности електронских медија регулативну и контролну делатност врши Регулаторно тело за електронске медије, као независан субјект у институционалном поретку Републике Србије. Ово тело је надлежно и за доношење решења о издавању дозвола и одобрења за оснивање електронских медија, осим у погледу оних електронских медија који се оснивају без дозволе и одобрења. Овде на видело излази разлика између регистрације својствене штампаним медијима и режима оснивања којем подлежу електронски медији, чиме се такође потврђује посебност правног режима електронских медија.

Медији су субјекти територијалне заједнице са дужношћу објективног, непристрасног и истинитог обављања делатности јавног информисања, а јавно информисање припада општем добру, следствено чему сви медији, укључујући и комерцијалне, превасходно служе остваривању општих и јавних интереса. Сви медији подлежу јавном интересу, само се садржина јавног интереса разликује код појединих медија. Назив јавни медијски сервис стога је посве бесмислен, имајући у виду да сви медији јесу јавни сервиси подвргнути режиму јавног права и јавног интереса. Не може постојати медиј који стоји ван јавног интереса, само се садржина јавног интереса као регулативне детерминанте разликује у зависности од врсте медија. Уз то, сви медији су јавни сервиси, будући да обављају делатност од наглашеног јавног значаја. Имајући ово у виду, уместо назива „јавни медијски сервис”, који очевидно представља последицу некритичког преузимања страних речи и израза, било би исправније користити изразе „републички медијски сервис” и „покрајински медијски сервис”.

У поретку правне државе заступљена су различита правна добра и правни интереси као динамички изрази правних добара.⁷ Својство правног добра у правном поретку имају индивидуална добра (слобода, приватна својина, достојанство људске личности и др.) припадајућа човеку-грађанину као субјекту правног поретка, с тим да својство правног добра има и опште добро, које има у виду државу као територијалну заједницу. Правни интереси су динамички изрази правних добара у правном поретку. Примерице, јавно здравље је клаузула општег добра, а спречавање ширења вируса COVID-19 представља пример општег интереса као динамичког интереса општег добра. С друге стране, здравље

⁷ М. Прица, *Управна ствар и управно-судска ствар*, Зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, 2019. стр. 597-639.

појединца је пример једног индивидуалног правног добра у правном поретку, а потреба појединца да његови лични подаци о властитом здравственом стању не буду доступни другима — представља пример приватног интереса као динамичког израза индивидуалног правног добра у поретку правне државе. Одавде произлази да у поретку правне државе постоје општи интереси као динамички изрази општег добра и приватни интереси као динамички изрази правних добара појединца као субјеката правног поретка. Општи и приватни интереси су супстанцијалне категорије у поретку правне државе.

За разлику од општих и приватних интереса као супстанцијалних категорија, јавни интерес је релациона категорија. Јавни интерес је регулативна детерминанта у поретку правне државе, настала у следству потребе да се правно уреди однос између различитих правних добара и интереса. Јавни интерес у поретку правне државе обухвата и опште и приватне интересе, следствено чему јавни интерес није исто што и општи интерес и стога јавни интерес никако није основано поистовећивати са општим интересом. У горе наведеном примеру о јавном здрављу и здравственом стању појединца, јавни интерес у погледу јавног информисања подразумевао би успостављање равнотеже између права свих да буду упознати са информацијама о вирусу COVID-19 и права појединца да подаци о његовом здравственом стању не буду доступни другима.

Слобода медија има карактер правног добра у поретку правне државе. Слобода медија је у поретку правне државе укотвљена између: општих и приватних интереса; општег добра и индивидуалних правних добара; интервенционизма органа државне власти и аутономије грађанског друштва те институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка територијалне (просторне) заједнице. Медијско право представља систем састављен од телеолошких, системских и регулативних правних ставова, а јавно информисање је засновано на јавном интересу као регулативној, етичкој и демократској детерминанти у поретку правне државе, што значи да је делатност медија утемељена на писаном праву као регулативној детерминанти, јавности као демократској детерминанти и врлинама као етичкој детерминанти јавног интереса.

Постојање различитих правних режима појединих медија долази услед чињенице да се разликују циљеви које треба остварити у оквиру јавног информисања као области правног поретка, следствено чему правни режими уређени посебним медијским законима изражавају посебност

садржине јавног интереса код појединих врста медија. Основна садржина јавног интереса под окриљем јавног информисања утврђена је основним медијским законом, а на темељу основне садржине јавног интереса из основног закона допуштено је развијати посебне правне режиме јавног информисања – делатношћу појединих медија. У том погледу, знаковити примери јесу јавни медијски сервиси и тзв. телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу, као електронски медији који имају нарочите дужности у систему јавног информисања. Језгро јавног интереса у области јавног информисања утврђено је одредбама чл. 15 и 16 Закона о јавном информисању и медијима, што је полазиште за даље одређивање садржине јавног интереса, која ће према посебним прописима важити за телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу и јавне медијске сервисе.

У погледу телевизија са целодржавном (националном) покривеношћу на снази је правни режим уређен одредбама Закона о електронским медијима и Правилника о минималним условима за пружање медијске услуге и критеријумима за одлучивање у поступку издавања дозволе за пружање медијске услуге на основу спроведеног јавног конкурса („Службени гласник РС”, број 46 од 13. маја 2016.). У погледу програмских услова, поменути правилником су прописани минимални услови које мора испунити телевизија која претендује да добије статус медија са целодржавном покривеношћу, а минимални услови у питању подразумевају обавезу емитовања: 1) информативног програма; 2) научно-образовног програма; 3) културно-уметничког програма; 4) документарног програма; 5) дечијег програма и програма за малолетнике (члан 11 Правилника).⁸ Одавде произлази да су телевизије са целодр-

⁸ У погледу телевизија са целодржавном покривеношћу, данашња ситуација у Републици Србији посве је несрећна, имајући у виду да ниједна од четири комерцијалне телевизије са целодржавном (националном) покривеношћу (Пинк, О2, Хепи и Прва) није емитовала свих пет обавезних програмских жанрова (информативни, дечји, научно-образовни, документарни и културно-уметнички), како је прописано меродавним правилником. Као показатељ несрећне медијске ситуације у Србији може послужити податак о порасту ријалити програма у структури медијских садржаја телевизија са целодржавном покривеношћу. Примерице, током 2018. и 2019. године удео информативног и ријалити садржаја на телевизијама Пинк и Хепи износио је 65,97, односно 74,86 одсто. Пораст информативног и ријалити програма по природи ствари значи и смртну болест за културу и уметност под окриљем телевизије, чему је верни показатељ околност да су документарни, научно-образовни и дечји програм на телевизијама са целодржавном покривеношћу, у периоду од 2012. до 2020. године, били на нивоу статистичке грешке – од 0,03 до 0,54 одсто, док културно-уметнички програм на ТВ Пинк није добио ни минут времена од 2013. године до данас. М. Прица, *Правна држава и медији - канони медијског права*, Ниш, 2021. стр.381-384.

жавном покривеношћу везане посебном садржином јавног интереса и стога имају знатно веће дужности од других телевизија, изузимајући јавне медијске сервисе чије су дужности највеће у области јавног информисања.

Основна делатност јавних медијских сервиса у функцији је остваривања посебних интереса у области јавног информисања кроз производњу, куповину, обраду и објављивање радио, телевизијских и мултимедијалних садржаја, нарочито информативних, образовних, културно-уметничких, дечјих, забавних, спортских, верских и других који су од јавног интереса за грађане и субјекте територијалне заједнице. Циљеви делатности јавних медијских сервиса знатно премашују оквира делатности других електронских медија,⁹ следствено чему би било исправно да јавни медијски сервиси представљају најшире оваплоћење јавног интереса у области јавног информисања. Телевизије са целодржавном покривеношћу и јавни медијски сервиси обављају и комерцијалну делатност, али би комерцијална делатност требало да представља споредни елемент садржине јавног интереса делатности јавног информисања које обављају.

Одавде произлази да је смисао посебних медијских правних режима у ствари продубљено и проширено остваривање општег правног режима јавног информисања, следствено чему би идеално било остварити кружно повезивање посебних правних режима са општим правним режимом у систему медијског законодавства, путем потпуне усклађености свих медијских закона.

2. Основни принципи јавног информисања у правном поретку Републике Србије

Закон о јавном информисању и медијима јемчи слободу јавног информисања и постојање јавне сфере као услова демократског друштва у

⁹ Реч је о следећим циљевима: 1) развој медијске писмености становништва; 2) производња домаћег документарног и играног програма; 3) благовремено обавештавање о актуелним збивањима у свету и о научним, културним и осталим цивилизацијским достигнућима; 4) унапређивање општег образовања, здравственог образовања и образовања у вези са заштитом животне средине; 5) развијање културе и уметничког стваралаштва; 6) неговање хуманих, моралних, уметничких и креативних вредности; 7) задовољавање забавних, рекреативних, спортских и других потреба грађана; 8) информисање наших грађана у иностранству, као и припадника српског народ који живи ван територије Републике Србије; 9) представљање културног наслеђа и уметничког стваралаштва у земљи и иностранству и 10) информисање иностране јавности о догађајима и појавама у Републици Србији.

поретку правне државе: „Јавно информисање је слободно и не подлеже цензури. Забрањена је непосредна и посредна дискриминација уредника медија, новинара и других лица у области јавног информисања, нарочито према њиховој политичкој опредељености и уверењу или другом личном својству. Не сме се угрожавати слободан проток информација путем медија, као ни уређивачка аутономија медија, а нарочито вршењем притиска, претњом, односно уценом уредника, новинара или извора информација. Физички напад на уредника, новинара и друга лица која учествују у прикупљању и објављивању информација путем медија кажњава се на основу закона. Слобода јавног информисања не сме се повређивати злоупотребом службеног положаја и јавних овлашћења, својинских и других права, као ни утицајем и контролом над средствима за штампање и дистрибуцију новина или мрежама електронских комуникација које се користе за дистрибуцију медијских садржаја.

Јавно информисање служи јавној сфери без које нема демократског друштва и правне државе, следствено чему се путем медија објављују информације, идеје и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима субјекти територијалне заједнице имају оправдан интерес да знају. Свако има право да истинито, потпуно и благовремено буде обавештен о питањима од јавног значаја и средства јавног обавештавања су дужна да то право поштују.

Заштита медијског плурализма и забрана монопола у области јавног информисања представљају један од основних принципа у овој области. У вези са овим, системски медијски закон предвиђа: „Ради омогућавања грађанима да формирају сопствено мишљење о појавама, догађајима и личностима, обезбеђује се разноврсност извора информација и медијских садржаја. Ради заштите конкуренције и разноврсности идеја и мишљења, забрањен је сваки вид монопола у области јавног информисања. Нико не може имати монопол на објављивање информација, идеја и мишљења у медију. Нико не може имати монопол на оснивање, односно дистрибуцију медија.”

Подаци о медијима морају имати јавни карактер: „Ради формирања сопственог мишљења о веродостојности и поузданости информација, идеја и мишљења објављених у медијима, ради сагледавања могућег утицаја медија на јавно мњење, као и ради заштите медијског плурализма омогућава се јавност података о медијима.”

Даље, слободних медија у правној држави не било без слободне јавне критике носилаца јавних и политичких функција: „Изабран, постављен,

односно именован носилац јавне и политичке функције дужан је да трпи изношење критичких мишљења, која се односе на резултате његовог рада, односно политику коју спроводи, а у вези је са обављањем његове функције без обзира на то да ли се осећа лично повређеним изношењем тих мишљења.”

Веома важан принцип јавног информисања је дужност новинарске пажње: „Уредник и новинар дужни су да с пажњом примереном околностима, пре објављивања информације која садржи податке о одређеној појави, догађају или личности провере њено порекло, истинитост и потпуност. Уредник и новинар дужни су да преузете информације, идеје и мишљења пренесу веродостојно и потпуно, а ако се информација преузима из другог медија — да наведу и назив тог медија.”

Делатност јавног информисања мора узимати у обзир интересе и потребе одређених осетљивих субјеката територијалне заједнице, а то су поглавито малолетници, особе са инвалидитетом и припадници националних мањина. Спрам информисања особа са инвалидитетом, наш системски медијски закон прописује следећу обавезу: „У циљу заштите интереса особа са инвалидитетом и обезбеђивања њиховог равноправног уживања права на слободу мишљења и изражавања, Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе, предузима мере којима им се омогућава да несметано примају информације намењене јавности, у примереном облику и применом одговарајуће технологије, и обезбеђује део средстава или других услова за рад медија који објављују информације на знаковном језику или Брајевом писму или на други начин омогућавају тим лицима да несметано остварују права у јавном информисању.” У погледу припадника националних мањина, законска дужност гласи: „У циљу омогућавања остваривања права националних мањина на информисање на сопственом језику и неговање сопствене културе и идентитета, Република Србија, аутономна покрајина, односно јединица локалне самоуправе обезбеђује део средстава, путем суфинансирања, или других услова за рад медија који објављују информације на језицима националних мањина, преко органа надлежног за послове јавног информисања.” Заштита малолетника такође припада основним принципима јавног информисања: „У циљу заштите слободног развоја личности малолетника, посебно се мора водити рачуна да садржај медија и начин дистрибуције медија не нашкоде моралном, интелектуалном, емотивном или социјалном развоју малолетника.” И забрана јавног емитовања порнографије има карактер основног принципа јавног информисања:

„Не сме се на начин доступан малолетницима јавно излагати штампани медиј са порнографским садржајем. Штампани медиј са порнографским садржајем на насловној и последњој страни не сме да садржи порнографију, а мора имати видно упозорење да садржи порнографију, као и упозорење да није намењен малолетницима. На порнографске аудио и аудио-визуелне медијске садржаје, као и на садржаје који се дистрибуирају путем интернета примењују се одредбе посебног закона којим се уређују електронски медији.”

Кругу основних принципа јавног информисања треба придодати важне правне гаранције у области јавног информисања — предвиђене нашим системским медијским законом.

Карактер правне гаранције у наведеном значењу има претпоставка невиности: „У циљу заштите људског достојанства, као и независности, угледа и непристрасности суда или другог надлежног органа, нико се у медију не сме означити учиниоцем кажњивог дела, односно огласити кривим или одговорним пре правноснажности одлуке суда.” Информације из кривичног поступка који је у току могу се објавити ако су изнете на главном претресу или ако су прибављене или ако су могле бити добијене од органа јавне власти на основу закона којим се уређује приступ информацијама од јавног значаја.

Карактер основног принципа има и забрана говора мржње: „Идејама, мишљењем, односно информацијама, које се објављују у медијима не сме се подстицати дискриминација, мржња или насиље против лица или групе лица због њиховог припадања или неприпадања некој раси, вери, нацији, полу, због њихове сексуалне опредељености или другог личног својства, без обзира на то да ли је објављивањем учињено кривично дело.” Не постоји повреда забране говора мржње ако је информација део новинарског текста, а објављена је: 1) без намере да се подстиче на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица посебно ако је таква информација део објективног новинарског извештаја; 2) с намером да се критички укаже на дискриминацију, мржњу или насиље против лица или групе лица или на појаве које представљају или могу да представљају подстицање на такво понашање.

Напослетку, достојанство личности је сврстано међ основне принципе јавног информисања: „Достојанство личности (част, углед, односно пијетет) лица на које се односи информација правно је заштићено. Објављивање информације којом се врши повреда части, угледа или пијетета, односно лице приказује у лажном светлу приписивањем осо-

бина или својстава које оно нема, односно одрицањем особина или својстава које има, није допуштено ако интерес за објављивање информације не претеже над интересом заштите достојанства и права на аутентичност, а нарочито ако се тиме не доприноси јавној расправи о појави, догађају или личности на коју се информација односи. Приказом или описом сцене насиља у медију или медијском садржају не сме се повредити достојанство жртве насиља. Карикатурално, сатирично, колажно и друго слично приказивање лица, не сматра се повредом достојанства, односно права на аутентичност.

Исто тако, јавно информисање у поретку правне државе не би смело да прелази границу која означава повреду приватне сфере: „Информација из приватног живота, односно лични запис (писмо, дневник, забелешка, дигитални запис и сл.), запис лика (фотографски, цртани, филмски, видео, дигитални и сл.) и запис гласа (магнетофонски, грамофонски, дигитални и сл.), не може се објавити без пристанка лица чијег се приватног живота информација тиче, односно лица чије речи, лик односно глас садржи, ако се при објављивању може закључити које је то лице. Пристанак дат за једно објављивање, за одређени начин објављивања, односно за објављивање у одређеном циљу не сматра се пристанком за поновљено објављивање, за објављивање на други начин, односно за објављивање за друге циљеве.”

Наведени правни принципи су полазиште и темељ на којем би требало подићи зграду јавног информисања. Но, осим формалноправне прокламације, неопходно је да принципи о којима говоримо задобију и збиљску утемељеност у правном поретку, да би се могло говорити о слободном и на врлини заснованом јавном информисању. Примера ради, забрана медијског монопола је полазиште да се у правном поретку одистински развије плурализам (разноврсност) медијских садржаја. Поштовање садржине принципа о забрани медијског монопола у делу обједињивања власничких, оснивачких и управљачких права, није гаранција да ће збиљски постојати плурализам медијских садржаја и информација. Ово тим пре ако знамо да данас важи монопол крупног капитала у погледу оснивања медија. Утицај крупног капитала на сузбијање медијског плурализма белодано до изражаја долази у погледу свих питања код којих се види интерес крупног капитала. Рецимо, у последњих двадесет година на нашим медијима се уопште не поставља питање правичности банкарских кредита који се нуде грађанима (стамбених и других), иако би било у јавном интересу да се ови банкарски аранжмани у погледу услова јавно упореде са режима

банкарских кредита у другим европским државама! Исто тако, било би од јавног значаја испитати и путем медија објавити однос између цене и квалитета прехранбених и других производа заступљених на нашем тржишту наспрам истих и сличних производа у европским државама. Даље, зашто на нашим медијима нема прилога о решавању стамбених питања млађих људи, у смислу могућности да државни органи, органи јединица локалне самоуправе, универзитети и др. омогуће куповину станова по условима вишеструко повољнијим од оних који данас важе на нашем тржишту? Како, даље, проблем „купљених факултетских диплома” није тема о којима ће медији свакодневно указивати, ако знамо да су ове дипломе заступљене у стварности и да се њима грубо угрожава јавни интерес и опште добро. Опет, како је могуће да нема медијских садржаја о броју буџетских студената у оквиру докторских студија на факултетима у Србији, будући да је број буџетских места веома мали, а износи школарина су веома високи! Белодано се у овим примерима види интерес крупног капитала? Према томе, то што су постављене границе утицаја конкретизованих власника крупног капитала на оснивање медија неће довести до медијског плурализма у садржинском смислу, ако су медијски садржаји збиљски детерминисани утицајем крупног капитала. Одавде произлази смисао изреченога става да формалноправна прокламација принципа јавног информисања представља полазиште, што по себи није довољно за збиљску утемељеност правних принципа на којима почива систем јавног информисања.

Осим тога, Закон о јавном информисању не регулише однос властитих одредби са одредбама других медијских закона, што је крупан недостатак у погледу система медијског законодавства и одистинскога важења основних принципа јавног информисања. Основни медијски закон требало би да садржи правни основ за доношење посебних медијских закона, а одредбе основног медијског закона треба да одреде границе и домашај правних режима који ће се установити посебним законом.¹⁰ Уз то, неопходно је да основним медијским законом буде регулисана могућност одступања од властитих одредби, у делу општег медијског режима и правних института уређених основним медијским законом. Смисао основног (системског) закона јесте у уобличавању могућности развијања правних режима у оквиру области правног поретка коју системски регулише, а не само то да основни закон служи као општи закон у питањима који није уредио посебан закон.

¹⁰ Једина одредба Закона о јавном информисању и медијима која говори о односу са другим законима садржана је у члану 67, у ком члану је предвиђена сходна примена Законика о кривичном поступку – везано за забрану дистрибуције.

Посебан медијски закон у области јавног информисања треба да буде конкретизација правних принципа и правних норми основног медијског закона као општег закона, тако што ће се посебним законом нормирати посебни случајеви испољавања правних института садржаних у основном (општем) закону. При томе, посебним законима могу се предвидети и нова решења у односу на решења општег закона, под условом да решења у питању нису несагласна са одредбама општег закона. Овде није посредни конкретизација правних института општег закона, већ је реч о посебним одредбама посебног закона, које су језички и системско-телеолошки посве усаглашена са општим законом. С друге стране, одступања од правних норми у одредбама посебних закона морају имати правни основ у основном (општем) закону, што одговара својству основног (општег) закона са непосредном применом.¹¹

Закон о јавном информисању и медијима као системски закон уређује правне институте тако што поставља основне правне норме као системске правне ставове који ће обезбедити да правни институти на општи начин важе у свим гранама јавног информисања, што не значи да треба искључити могућност одступања од општег режима правних института у одредбама посебних закона. Али, за допуштеност таквих одступања мора постојати правни основ у општем медијском закону, тако што ће Закон о јавном информисању и медијима изречно установити могућа одступања и њихове границе. На описани начин обезбедиће ће се да све одредбе посебних закона имају правни основ у општем медијском закону, чиме ће Закон о јавном информисању и медијима уистину задобити својство системског и општег закона. То ће јамачно значити да се у области јавног информисања примарно примењују одредбе посебног закона које су усаглашене са Законом о јавном информисању и медијима, а Закон о јавном информисању и медијима ће се супсидијарно (у целисти) применити на сва питања која нису уређена посебним законом.

Закон о електронским медијима не регулише правоваљано однос властитих одредби према основном медијском закону¹², а уопште не уређује

¹¹ М. Прица, *Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу број 91/2021, стр. 97-116.

¹² Члан 3 Закона о електронским медијима: „Одредбе овог закона тумаче се у корист унапређења вредности демократског друштва, у складу са начелима Устава Републике Србије, закона којим се уређује област јавног информисања и важећим међународним стандардима у области људских и мањинских права, као и пракси међународних институција које надзиру њихово спровођење.” Уместо наведене формулације, исправно је било предвидети превасходство и непосредну примену Закона о јавном информисању и медијима — у свим питањима која нису регулисана Законом о електронским медијима,

однос властитих одредби према Закону о јавним медијским сервисима, док Закон о јавним медијским сервисима — у питањима која не регулише — упућује без разлике и ближег одређења на истовремену примену основног медијског закона и Закона о електронским медијима!¹³ Имајући ово у виду и узимајући у обзир да ни Закон о јавном информисању не регулише однос својих одредби са другим медијским законима — не би се могло закључити да у правном поретку Републике Србије постоји систем медијског законодавства, чему као белодани доказ може послужити чињеница да медијским законима није јасно уређен однос између различитих субјеката у области јавног информисања. У питању је однос између Народне скупштине, министарства у чијем су делокругу послови јавног информисања, Регулаторног тела за електронске медије и јавних медијских сервиса.

Најпре, делатност електронских медија не може бити предмет контроле од стране ресорног министарства и Владе, али су електронски медији подвргнути јакој контроли коју врши Регулаторно тело за електронске медије. Будући да је Регулаторно тело за електронске медије по свом статусу независан субјект, надзор над његовим радом може вршити искључиво Народна скупштина, а разуме се и надлежни судови у погледу правних аката. Поврх тога, јавни медијски сервиси за разлику од осталих електронских медија нису подвргнути јакој контроли Регулаторног тела за електронске медије, при чему и стицање статуса јавних медијских сервиса стоји ван одлучивања Регулаторног тела за електронске медије.¹⁴ Ово долази у следству чињенице да су јавни

посебно имајући у виду да Закон о електронским медијима јасно регулише однос према неким другим законима (Законом о радиодифузији у члану другом, Законом о општем управном поступку у члану 41 и Законом о управним споровима у члану 42).

¹³Члан 52 Закона о јавним медијским сервисима: „На питања која се односе на јавни медијски сервис а која нису регулисана одредбама овог закона, примењују се одредбе закона којим се регулише област јавног информисања и електронских медија.” Једнака примена двају медијских закона није исправна, нити је могућа. У односу на јавне медијске сервисе правоваљано је било предвидети супсидијарну примену основног медијског закона и сходну примену Закона о електронским медијима.

¹⁴Без обзира на то што је у природи ствари да јавни медијски сервиси не подлежу контроли од стране Регулаторног тела за електронске медије, овлашћења Регулаторног тела за електронске медије према јавним медијским сервисима остварују се у погледу конституисања управног одбора јавних медијских сервиса, што доводи до неодвојиве повезаности јавних медијских сервиса и Регулаторног тела за електронске медије. При томе, Закон о електронским медијима (чл. 28) предвиђа сужена контролна овлашћења Регулаторног тела за електронске медије према јавним медијским сервисима, при чему су дотична овлашћења неразумна и непримењива, ако знамо да је посреди однос између двају независних субјеката.

медијски сервиси независни субјекти, подређени контроли од стране Народне скупштине, што важи и за Регулаторно тело за електронске медије. То значи да и јавни медијски сервиси и Регулаторно тело за електронске медије имају статус независних ималаца јавних овлашћења, а независни субјекти подлежу контроли Народне скупштине и судова, али не и контроли других органа јавне власти.¹⁵ Међутим, контролна овлашћења Народне скупштине нису јасно одређена, следствено чему овај облик контроле постоји као траг у песку, а талас самовоље Регулаторног тела за електронске медије не допушта да се у Републици Србији постави темељ на коме ће се подићи зграда просвећеног јавног информисања. Овде додајмо да није уређен ни однос између ресорног министарства у чијем су делокругу послови јавног информисања, Регулаторног тела за електронске медије и јавних медијских сервиса, што се види и у погледу надзора над спровођењем медијских закона, имајући у виду да министарство у чијем су делокругу послови јавног информисања врши надзор над спровођењем одредби Закона о јавном информисању и медијима и Закона о јавним медијским сервисима, али не врши надзор над спровођењем Закона о електронским медијима.

Једино исправно је да се одредбама Закона о јавном информисању и медијима уреде контролна овлашћења и међусобни однос Народне скупштине, Регулаторног тела за електронске медије, јавних медијских сервиса и ресорног министарства, а да се даље одредбе основног медијског закона конкретизују путем посебних медијских закона. Уз то, мишљења смо да у области јавног информисања влада институционална неравнотежа између независних субјеката јавног информисања. Будући да контрола Народне скупштине над над радом независних тела још увек није задобила јасан правни облик, корак у правцу успостављања институционалне равнотеже у области јавног информисања — било би установљивање повереника за јавно информисање. Повереника би из реда угледних медијских посленика бирала Народна скупштина, а поступање повереника састојало би се у праћењу рада свих медија и других субјеката јавног информисања. Повереник не би имао овлашћење да непосредно задире у рад медија, али би праћење медија, Регулаторног тела за електронске медије и других субјеката јавног информисања, омогућило поверенику да субјектима територијалне заједнице обелодањује своја запажања, а да Народној

¹⁵ Имајући ово у виду, Закон о јавним медијским сервисима предвиђа да РТС и РТВ једном годишње подносе Народној скупштини, ради разматрања и одлучивања, а Савету Регулаторног тела за електронске медије ради информисања, Извештај о раду и пословању за претходну годину, са извештајем независног овлашћеног ревизора.

скупштини упућује предлоге у вези са унапређивањем рада субјеката јавног информисања. Поступање повереника јавног информисања служило би одстрањивању самовоље Регулаторног тела за електронске медије и успостављању институционалне равнотеже, а допринело би и развијању контролне парламентарне функције, што су неопходни услови за успостављање медијског права као система телеолошких, системских и регулативних правних ставова заснованих на усклађености медијских закона и неприкосновеној примени основних принципа јавног информисања.

Литература

Лукић, Р., *Теорија државе и права, II. Теорија права*, Београд, 1995.

Живановић, Т., *Систем синтетичке правне филозофије, синтетичка филозофија права I*, Београд, 1997.

Петровић, М., *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд, 1981.

Прица, М., *Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка - Уједно излагање о унутрашњем правном систему*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 78/2018, стр. 103-126.

Прица, М., *Правни принципи у поретку правне државе: канони правног поретка и унутрашњег правног система*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 80/2018, стр. 135-180.

Прица, М., *Управна ствар и управно-судска ствар*, Зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, 2019, стр. 597-639.

Прица, М., *Правна држава и медији — канони медијског права*, Правни факултет Универзитета у Нишу, Ниш, 2021.

Прица, М., *Однос Закона о општем управном поступку и других закона*, Зборник радова: Изазови правног систему, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, Источно Сарајево, 2021, стр. 148-179.

Прица, М., *Супсидијарна и сходна примена Закона о општем управном поступку*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 91/2021, стр. 97-116.

Prof. Miloš Prica, LL.D.,

Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

THE BASIC PRINCIPLES OF PUBLIC INFORMATION IN THE LEGAL ORDER OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In the Republic of Serbia, the Public Information and Media Act is the basic (systemic) legislative act in the field of public information which regulates the basic legal principles underlying the teleological integrity of public information as an area of the legal order. Special media laws must comply with this basic media law in terms of the basic legal principles and basic legal institutes of public information, in line with the constitutional principle of the unitary legal order. In effect, legal principles as teleological legal positions express the basic legal ideas and guide legal awareness in the field of public information, thus defining the legal grounds of legal norms as regulative legal positions and the legal grounds of media activities. In addition, the basic media law establishes the basic goals in the field of public information which, alongside with the principles of public information, constitute the basic content of the public interest and the foundation for building the edifice of public information. Yet, the Public Information Act and Media Act does not regulate the mutual relationship between its provisions and the provisions of other media laws, which is a major deficiency in terms of ensuring a comprehensive media legislation system and the genuine validity of the basic principles of public information. The basic media law should set out the legal basis for adopting special media laws, and its provisions should define the limits and the scope of legal regimes that are to be established by special laws. Moreover, in the part regulating the general media regime and related legal institutes, the basic media law has to regulate the likelihood of deviation from its own provisions. In addition, rather than serving as the basic (general) law on matters which are not regulated by a special law, the basic (systemic) law shall be essentially geared towards shaping the possibility of developing legal regimes within the area of the legal order that it systemically regulates.

Keywords: *basic principles of public information, basic (systemic) media law, special media laws, teleological legal positions, systemic legal positions, regulative legal positions.*

ГРАЂАНСКОПРАВНА ОДГОВОРНОСТ ЗА ИМИСИЈЕ У ПРАВУ ФРАНЦУСКЕ²

Апстракт: *Тема овог истраживања је грађанскоправна одговорност за прекомерне имисије у француском праву, односно један сегмент ове широке области - правног основа одговорности за имисије. Француски грађански законик (C. civ.) ни данас, након више од две стотине година његовог важења, не садржи ниједно посебно правило о грађанскоправној заштити од прекомерних имисија. Због тога је у француској грађанскоправној теорији никао велики број учења о основу грађанскоправне одговорности за штете од суседских сметњи.*

Кључне речи: *прекомерне имисије, Француски грађански законик, грађанскоправна одговорност.*

1. Увод

Због непостојања посебног законског оквира за заштиту од прекомерних имисија, постојећа правила о грађанскоправној одговорности за прекомерне имисије у француском праву резултат су еволуције која се одиграла у судској пракси. Прве значајније случајеве суседских спорова због прекомерних имисија грађански судови су пресуђивали на основу тадашњег чл. 1382 C. civ-а (сада, након измена грађанског законика из 2016. године, члана 1240), који регулише одговорност за скривљено проузроковање штете³. Судска пракса је, током XIX века, када су ови про-

¹ milica@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту *Одговорност у правном и друштвеном контексту, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, за период 2021-2025.*

³ Суседско право је у Француској много старије од њеног грађанског законика. В. М. Fournel, *Traité du voisinage - considéré dans l'ordre judiciaire et administratif, et dans ses rapports avec le Code civil, tome second*, Paris, 1834. стр. 2-4, 24-25, 28, 56, 62-63, 69, 87-89, 107-119, 120-129, 134-140, 148-154 итд. J-B. Blaise, *Responsabilité et obligations*

блеми у суседским односима почели бивати све уочљивији, настојећи да се чврсто придржава правила о одговорности по основу кривице, креирала формулу грађанскоправне заштите од имисија, засновану на њиховој прекомерности. Прекомерност имисија је било откриће и спас за правнике, који дуго нису успевали да успоставе складан систем правила грађанскоправне одговорности за штете од прекомерних имисија, те су лутали кроз светове намере, квази-деликта, злоупотребе права својине, непажње и ризика⁴.

2. Грађанскоправна одговорност за имисије у савременом француском праву

Критеријум за утврђивање одговорности суседа за прекомерне имисије утврђен је, као принцип за решавање свих случајева ове врсте, одлуком француског Касационог суда од 27.11.1844. године. У овом спору је поступак био покренут тужбом власника једне болнице против власника суседне фабрике. Фабрика парних котлова била је отворена у суседству болнице, па су дим и бука који су трајно стварани на непокретности на којој је била подигнута фабрика, ометали миран опоравак корисника болничких услуга. Апелациони суд Париза је осудио фабриканта на накнаду штете, али је доцније Касациони суд вратио случај на поновно одлучивање, будући да је апелациони суд у својој пресуди пропустио да констатује да су имисије прешле „границу уобичајених обавеза међу суседима”⁵. У судским одлукама које су уследиле након ове, била је проширена примена тадашњег чл. 1382 грађанског законика, ослањањем на „веома оригиналну концепцију кривице” засновану на чисто објективној процени, на самој чињеници прекорачења границе трпљења сметњи у суседству.⁶ Тако је формирана пракса и учење о својеврсној одговорности без кривице или независно од сваке

coutumières dans les rapports de voisinage, Revue trimestrielle de droit civil, no. 2, Paris, 1965, стр. 284-285. Његове различите регулативе и појавни облици били су расути по бројним зборницима обичајног права (види нпр. E. D. Laboulaye - R. Dareste, Le grande coutumier de France, Paris, 1868.), из којих су затим изведена начела суседског права и сажимањем добијена општа правила, обогаћена тековинама Револуције (1789. г.). Развој суседског права није могао да се заустави у тој тачки, тако да га је судска пракса даље развијала, посебно сегмент који се односи на прекомерне имисије (les troubles anormaux du voisinage).

⁴В., А. Colin - Н. Capitant - L. J. de la Morandière, Droit civil, II, Dalloz, Paris, 1964, стр. 30-31.

⁵Cass. civ, 27 novembre 1844, S. 44.1.211, D. 45.1.13, нав. по М. С. Р. Yocas, Les troubles de voisinage, Paris, 1966., стр. 16.

⁶М. С. Р. Yocas, op. cit., стр. 18-21.

кривице⁷, заснована на начелу да „нико не сме другоме узроковати прекомерну суседску сметњу” - „Nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage”⁸.

Прекомерност имисија зависи од њихове врсте, интензитета, трајања, од тога у које време се оне производе, и наравно, од места у ком се производе. Када је реч о месним приликама, процена је у сваком конкретном случају усмерена на укупан локални контекст и на употребу непокретности која је типична за одређено место⁹. Утврђење прекомерности је у највећој мери препуштено слободној оцени суда¹⁰. Прекомерност имисија може бити условљена и самом прекомерношћу штете. Штета треба да је сигурна и актуелна¹¹. Важна карактеристика прекомерне штете је њено трајање, или, боље рећи - континуитет, постојаност, док тежина штете, по себи, која, при том, није довољно постојана у свом трајању или понављању, не чини ову прекомерном¹².

Француски Касациони суд је познат у свету грађанског права као традиционално штур на образложењима¹³. Тако ће судије овог суда констативати да је штета „*абнормална или претерана с обзиром на терете суседства*”¹⁴; или да сенке од дрвећа на суседовом плацу не представљају прекомерну имисију, не образлажући ту констатацију¹⁵. Овај суд ће утврдити да се, уколико је, по закону, закуподавац одговоран за различита узнемиравања, сметње и злоупотребе између више закупаца исте непокретности, онда када та узнемиравања и штете премашују

⁷ Ibidem, стр. 43.

⁸ Cass.civ, 2, 17. oct, 1990, no 89-14309, Cass. civ, 3, 3. déc, 2002, no 01-10982, Cass. civ, 1, 8. juin 2004, no 02-20906, Cass. civ, 2, 15. mars, 2007, no 06-11571, CA Paris, 10. nov. 2017, RG 15/18928, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 09.12.2017. г., 12.34.

⁹ J.-L. Bergel - M. Bruschi - S. Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, Paris, 2000., стр. 120-121, CA Lyon, 21. oct. 2008. RG 08/03379, CA Angers, 21. oct. 2008. RG 07/01784, CA Paris, 28. fevr. 2008, RG 06/17494, CA Caen, 3. juin, 2008, RG 07/1447, CA Agen, 25. mars 2008, RG 07/00572, CA Bordeaux, 16. oct. 2008, RG 07/00970, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 13.12.2017. г., 15.56.

¹⁰ Ph. Boulisset - Ch. Couchet, *Relations et conflits de voisinage*, Paris, 2010., стр. 453-454.

¹¹ P. Capoulade, *Rapport français sur le troubles de voisinage, La protection du voisinage et de l'environnement, Travaux de l'association H. Capitant*, t. 27, Dalloz, Paris, 1976, стр. 98.

¹² J.-L. Bergel - M. Bruschi - S. Cimamonti, *op. cit.*, стр. 119-120.

¹³ I. Griss, *How Judges Think: Judicial Reasoning in Tort Cases from a Comparative Perspective*, *Journal of European Tort Law*, 2013, vol. 4, no. 3, стр. 251.

¹⁴ P. Capoulade, *op.cit.*, стр. 98-99.

¹⁵ Cass. civ. 2, 17. oct. 1990, no. 89-14309, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 12.12.2017. г., 16.45.

ниво нормалних сметњи у суседству, та одговорност се не примењује онда када штетне радње закупаца уопште не представљају *нормално коришћење непокретности*, већ су резултат *лоших суседских односа*¹⁶. При том, неће се позвати на неко одређено правило из законика. Под *теретима суседства, нормалним сметњама у суседству, нормалним коришћењем непокретности, лошим суседским односима* и сл., он, вероватно, подразумева садржину која се сматра општеприхваћеном за ове појмове, иако је задатак суда да их у примени, конкретизује и образложи. Дискрециона власт француског Касационог суда је јако велика и не доводи се у питање, иако је француска правна теорија већ указивала на проблем недовољне одређености критеријума прекомерности, односно абнормалности¹⁷. Тврди се, у критикама његове праксе, да он готово и да не дефинише појмове којима се служи у одлукама, нити поставља јасна и чврста правила у области грађанског одштетног права, већ се ослања на начела грађанског законика, или, чак, сам ствара нова начела, без образложења¹⁸.

У правној теорији је у том погледу изражена већа наклоњеност чисто објективним показатељима прекомерности имисија, утврђених применом метода егзактних наука, с обзиром да се сматра да њихова примена са собом носи потребну дозу прецизности у одређивању граница трпљења суседских сметњи¹⁹. Када је реч о објективним показатељима прекомерности, предвиђеним прописима јавног права, Касациони суд је напустио праксу коју је једно време установљавао. Наиме, овај суд се изјаснио да се о прекомерности имисија не може закључивати само на основу тога што је повређено правило јавног права о дозвољеном нивоу одређеног вида имисије²⁰. Свакако, повреда наведених одредаба „доприноси утврђењу прекомерности”²¹.

¹⁶ Cass. Civ. 3, 20. avr. 2005, no. 03-18390, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 12.12.2017. г., 16.45.

¹⁷ „Trop c'est trop, voila le principe, mais ou commence le trop?” „Сувише је сувише, ето нам принципа, али где почиње то сувише?” G. Cornu, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, Paris, 1991, стр. 355.

¹⁸ J-S. Borghetti, *The Culture of Tort Law in France*, *Journal of European Tort Law*, 2012, vol. 3, no. 2, стр. 180-181.

¹⁹ J-L. Bergel - M. Bruschi - S. Cimamonti, *op.cit.*, стр. 115.

²⁰ F-G. Trébuille, *Les techniques contentieuses au service de l'environnement*, www.courdecassation.fr, посећено: 01.02.2018. г., 09.15, стр. 5.

²¹ CA Paris, 10. nov. 2017, RG 15/18928, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 12.12.2017, 18.20.

Имисије, по правилу, потичу од неке радње вршења права на непокретностима, која је законита делатност или активност, а најчешће и лукративна или, макар корисна, у најширем смислу те речи²².

Урбанистички прописи, начелно, нису од утицаја на утврђење прекомерности, исто као ни постојање грађевинске дозволе или административног одобрења за обављање одређене делатности²³. Има и одлука у којима се одступа од правила, где нпр. суд констатује да услед тога што је непокретност ситуирана у одређеној специјалној зони, имисије, чак и када су врло интензивне и трајне, нису прекомерне, с обзиром да се ради о месту које је константно изложено имисијама од друмског саобраћаја²⁴.

За прекомерне имисије одговара лице које их производи, по правилу, без обзира на правни основ коришћења непокретности²⁵.

О активној легитимацији се може просудити најбоље из принципа или формуле, настале у грађанскоправној теорији, на бази судске праксе: „Када у обављању својих законитих и нормалних активности неко лице узрокује свом суседу, или животної средини, штету која премашује меру нормалних суседских сметњи, он тиме ангажује сопствену одговорност према жртвама сметњи које је проузроковао”²⁶. Из овог принципа произилази да је активно легитимисани субјект у парницама поводом спорова због прекомерних имисија сусед који од тих имисија трпи штету или узнемиравање, али и да „творец” имисија одговара и за прекомерну штету нанету животної средини. Ово показује велику усмереност француских правника на анализу улоге грађанскоправне одговорности за штету од имисија у очувању и заштити животне средине. У том простору отворене су и данас расправе у правној теорији и судској пракси²⁷.

²² P. Capoulade, *op.cit.*, стр. 98.

²³ J-L. Bergel - M. Bruschi - S. Cimamonti, *op.cit.*, стр. 120.

²⁴ CA Angers, 23. oct. 2007, RG 06/2117, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 12.12.2017, 18.20.

²⁵ Ph. Boulisset - Ch. Couchet, нав. дело, стр. 459-460, CA Bordeaux, 7. fevr. 2008, RG 06/004557, <https://www.legifrance.gouv.fr>, CA Angers, 1. avr. 2008, RG 07/00564, <https://www.legifrance.gouv.fr>, приступ: 12.12.2017, 18.20.

²⁶ G. Cornu, *op.cit.*, стр. 353.

²⁷ B. Grimonprez, *Le voisinage a l'aune de l'environnement, Variations sur le thème du voisinage*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, (ed.) J. P. Tricone, Paris, 2012, стр. 141.

3. Теоријска схватања о основу грађанскоправне одговорности за прекомерне имисије

Француска правна теорија дала је, почев од првих кључних одлука у овој области, различите предлоге за објашњење основа одговорности за имисије. Не улазећи у бројне поделе тих учења, присутне у радовима француских правника, осврнућемо се на нека од њих, која су, чини се, имала највећи број, и присталица и противника.

3.1. Теорија ризика

По теорији ризика, у разрешавању суседских имисионих спорова треба поћи од правила о одговорности за створени ризик. Најистакнутији представник овог учења био је Л. Жосеран. Руководно правило је старо правило — Чија корист тога и штета (*Ubi emolumentum ibi et onus esse debet*). По Жосерану, вршење права својине, чак и на правно беспрекоран начин и у општем интересу, имплицира, поред директне користи за титулара, и ризик штете за његове суседе. Тај ризик штете суседи не стварају, нити доприносе његовом стварању или реализацији, а начело дистрибутивне правде налаже да онај у чију корист је створен и одржаван ризик штете треба да поднесе терет његове реализације²⁸.

Због тога је у правној теорији изнето становиште — противаргумент, да приступ грађанскоправној одговорности за прекомерне имисије из угла теорије ризика, може имати инхибиторно дејство на људске активности²⁹. Ми се придружујемо критици наведеног учења — његове присталице изгубиле су из вида да се прекомерне имисије јављају у свакодневном вршењу права својине на непокретности и обављању разноврсних делатности, чак и врло корисних, па и неопходних, од којих нису све потенцијално опасне, тј. бремените ризиком штете за трећа лица. Посматране кроз ову визуру, све људске активности биле би потенцијално шкодљиве, па би чак и сам човек, по себи, морао бити сматран потенцијално опасним за околину (иако се то потврђује у дискусијама поводом еколошких тема). Прихватање створеног, контролизованог или одржаног ризика штете, као основа одговорности за прекомерне имисије, вероватно би, кроз доследну примену у пракси, водило потпуном сузбијању сваке иницијативе у коришћењу непокретности, што би умањило корисност ових ствари за целу једну одређену друштвену заједницу. Због тога је оно и превазиђено у материји сусед-

²⁸ L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, I, Recueil Sirey, Paris, 1932, стр. 777-778.

²⁹ G-C. Henriot, *Le dommage anormal*, Paris, 1960., стр. 20.

ских односа, иако је играло значајну улогу у укупном току еволуције одговорности за штету и допринело социјализацији одговорности за одређене врсте штета³⁰.

Поменућемо још један, врло снажан аргумент, истакнут у правној теорији против овог учења. Поставило се питање, да ли се прекорачењем границе толеранције у суседским односима остварује неки ризик? Дошло се до закључка да то није тако, због тога што у имисијама од законите активности нема ни вероватноће ни ризика. Извесност њиховог наступања је непобитна. „Не може се рећи да штета узрокована суседству представља реализацију ризика. На почетку активности штета није нити евентуална, нити могућа, нити вероватна, већ је њена реализација апсолутно сигурна”³¹.

3.2. Теорија ненормалног (изузетног) вршења права својине

Ово учење је варијанта теорије ризика, коју је разрадио Рипер, надовезујући се на изнето становиште Жосерана. Она је, такође, наишла на бројне критике и није преживела као прихваћено објашњење основа грађанскоправне одговорности за штету од прекомерних имисија. Међутим, теорија изузетног вршења права својине има и једну значајну заслугу, која се огледа у томе што је у њеним оквирима, по први пут у француском праву (које је познато по субјективном схватању злоупотребе права), уочена могућност да се одговара за штету узроковану другом, без икакве кривице, вршењем свог субјективног права³².

По теорији абнормалног вршења права својине, одговорност власника непокретности за штету узроковану суседу вршењем права својине почива на чињеници да он то своје право није вршио у складу са нормалним условима времена и места, као и стања непокретности. Његова одговорност проистиче из одступања од оног што се сматра нормалним у вршењу права својине у одређеној епохи, како се изјашњавао Рипер³³. По њему, грађанскоправна одговорност власника у суседским односима је „заснована на обавези поправљања штета проузрокованих у вршењу права, када то вршење излази из оквира нормалних услова људске активности, или, другим речима, када изазивач штете врши

³⁰ Л. Жосеран, Еволуција одговорности, Правни живот, Штета и њена накнада, први том, бр. 9-10, Београд, 1992, стр. 1178.

³¹ G-C. Henriot, op.cit., стр. 21.

³² C.Yocas, op.cit., стр. 103.

³³ М. Planiol - G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, III, Les biens, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1952, стр. 463-465.

право својине на ненормалан, изузетан начин, којим се нарушава равнотежа која постоји између суседних непокретности³⁴.”

Ова два учења су у основи слична, будући да је у сржи и једног и другог идеја о нарушавању правичне равнотеже у вршењу два или више права својине у једном, просторно и временски омеђеном микросвету. Заједничко им је и то да наглашавају, једно ризик и опасност, друго екстремност, као битна обележја радњи које су извор имисионе штете. У томе леже и мањкавости наведених теоријских система, иако оба, по нама, исправно наглашавају нарушеност равнотеже између права на непокретностима путем проузроковања, прекомерним имисијама које потичу са једне, штете на другој, или другим непокретностима.

Претераност овог учења, по његовим бројним критичарима, а и по нашем мишљењу, састоји се у томе што оно везује ризик штете, за који се одговара по принципу „чија корист, тога и штета”, за сам начин вршења права и корисност која отуда потиче за титулара тог права. Тиме се она показује као један „ригидан и екцесиван шематизам; штавише, чини се да она гради један довршен систем који ће гарантовати систематско кажњавање сваке делатности (...)”³⁵.”

3.3. Једнакост пред (јавним) теретима

Једно од решења предложено у француској правној теорији било је и учење јавног права о једнакости пред јавним теретима. У основи тог решења проблема основа одговорности за прекомерне имисије, јесте схватање да суседу треба да буде пружена надокнада за знатну штету коју трпи од прекомерних имисија са суседне непокретности, на којој се обавља делатност која је у општем или јавном интересу, због тога што му је неправично наметнут претеран (неједнак) терет у вршењу права својине у односу на оптерећења других приватних својина у заједници³⁶.

Ова теорија није прихваћена у француском праву, и поред великог броја присталица. Њен главни недостатак уочен је у покушају да се формирају одвојени режими одговорности за прекомерне имисије, један јавноправни, други приватноправни³⁷, и да се делатности које су админи-

³⁴ Yocas, op.cit., стр. 103; M. Planiol - G. Ripert, op.cit., стр. 455.

³⁵ M. C. Yocas, op.cit., стр. 107.

³⁶ G- C. Henriot, op.cit., стр. 25; М. Петровић, Индустијско суседство и одговорност за штету, Ниш, 2011., стр. 62.

³⁷ Ти одвојени режими одговорности постоје у савременом праву. Тако, у француском праву ће о одговорности државе за штете од прекомерних имисија одлучивати управни

стративно одобрене и у општем су интересу, подвргну посебном режиму одговорности. Ипак, њена заслуга је у томе што је указала на то да се у области суседских односа треба руководити специфичним правилима једног посебног и оригиналног режима одговорности³⁸.

С друге стране, било је и аутора који су заступали оригинално гледиште о могућности прилагођавања саме идеје садржане у теорији о једнакости пред јавним теретима одговорности за прекомерне имисије које се морају трпети. Тако они пишу: „Ако сам израз може да одговара једино у случају сметње коју ствара делатност управног органа, идеја, напротив, може бити примењена на сметње коју стварају индустријска постројења. Она су од општег интереса. Но, било би супротно једнакости и друштвеној солидарности да њихови суседи сами трпе терет њиховог функционисања, најмање у форми једне сметње која је већа од оне коју нормално намеће живот у друштву. Исто као што и правно лице јавног права, које проузрокује функционисањем једног постројења претеране сметње, мора обештетити своје суседе, да би терет био подељен између њега, онога који ствара профит и свих оних којима су потребни његови производи³⁹.”

Сматрамо да се учење о једнакости пред јавним теретима не може применити на област грађанскоправне заштите од прекомерних имисија, због приватноправног и индивидуалистичког карактера те заштите. Њени инструменти су усмерени на разрешење конфликта приватних интереса поводом непокретности. Чак и када је једна од тих непокретности у режиму државне својине, у складу са начелом равноправности субјеката у грађанском праву, примењују се идентична правила као у случају судара приватноправних сфера коришћења двеју или више непокретности у приватној својини.

3.4. Одговорност за штету од прекомерних имисија због кривице

У старијој француској судској пракси постоји велики број одлука у којима је штетник осуђиван да надокнади штету коју је проузроковао суседу намерно или непажњом, при чему се уопште није водило рачуна

суд, без обзира што је штета нанета субјекту приватног права. Ово учење је, међутим, покушало да наметне посебан режим у одлучивању о грађанскоправној одговорности приватноправних субјеката чија је шкодљива делатност на неки начин повезана са општим или јавним интересом.

³⁸ G- C. Henriot, *op.cit.*, стр. 25-26; M. C. Yocas, *op.cit.*, стр. 107-108.

³⁹ H. et L. Mazeaud - A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, I, тач. 621-2, нав. по М. Петровић, *op.cit.*, стр. 154.

о томе да ли је у конкретном случају дошло до прекорачења границе толеранције у суседским односима⁴⁰.

Када је реч о самој граници толеранције, као битном елементу грађанскоправне заштите од прекомерних имисија, било је покушаја да се иста доведе у везу са непажљивим поступањем и квази-деликтном одговорношћу француског права, на тај начин што би се понашање које води прекорачењу границе толеранције квалификовало као понашање супротно стандарду пажљивог и уредног поступања у суседским односима, дакле, супротно специфичном стандарду пажње, чије кршење конституише квази-деликтну кривицу.⁴¹

Примећено је да се овде у ствари ради о покушају да се и ови случајеви проузроковања штете сместе под окриље опште теорије грађанске одговорности и тако поједностави њихово разрешавање.⁴²

У правној теорији је указано на то да је неодрживост концепта кривице у материји суседских имисија очигледна кад се стандард човека који показује одређени степен пажње при вршењу права својине доведе у везу са индивидуалним или колективним пређашњим заузимањем. Ако је од тренутка када се у суседству једног индустријског постројења појавио неко за ког су имисије од тог постројења постале неподношљиве, да ли је могуће очекивати да је власник постројења морао или могао предвидети штетне последице те делатности по суседство? Још је теже одржати концепт непажње у односу на колективно пређашње заузимање које, у ствари, представља локалну употребу. То би значило да нови станар зграде у стамбено-индустријској зони, који је до пресељења у тај крај живео у бањи, могао очекивати од свих који су у том крају већ били становали и(ли) обављали делатност, да предвиде да ће имисије које су у том крају уобичајене, за новопридошлог бити прекомерне.⁴³

Суштинским недостатком теорије о примени општих правила грађанске субјективне одговорности за штету на поље одговорности суседа за прекомерне имисије сматра се поистовећивање штете и кривице, по шаблону — ако је проузрокована штета која прелази одређене границе, онај ко је штету узроковао, крив је за то и мора одговарати. Истиче се да, када у образложењу одлуке стоји констатација да је власник фабрике крив за прекомерну штету од фабричких гасова, претрпљену

⁴⁰ М. С. Yocas, *op.cit.*, стр. 45-47.

⁴¹ Mazeaud - Tunc, *op.cit.*, нав. по М. С. Yocas, *op.cit.*, стр. 47-48.

⁴² М. С. Yocas, *op.cit.*, стр. 48.

⁴³ G-C. Henriot, *op.cit.*, стр. 12.

од стране суседа, јер није предузео све мере које је био дужан предузети да избегне ту прекомерну штету, то сугерише становиште да делатност фабрике треба ценити према њеним последицама. При свему томе, ни сама последица, прекомерна штета, не испуњава услове потребне за примену правила о намерном проузроковању штете. Нити је проистекла из противправне чинидбе, јер се надовезује на вршење права својине, у већини случајева потпуно законито и коректно, нити се на њу може примењивати претпоставка кривице.⁴⁴

Сматрамо да, уколико би се одговорност за штету од имисија заснивала на кривици — намери или грубој непажњи, би последице биле готово погубне, због тога што би свако ко користи неку непокретност, по било ком основу, морао да доказује да није крив (да обара претпоставку кривице), уколико би од те делатности проистекле прекомерне имисије, штетне по непокретност његовог суседа. Поред тога, мишљења смо да би било тешко формулисати прихватљив стандард пажње у случају одговорности за прекомерне имисије. По правилу, прекомерне имисије настају при уредном пословању или при уредном вршењу својинских овлашћења. Наношење штете суседу прекомерним имисијама разликује се и од незаконитог деловања и од злоупотребе права. Код узрокавања прекомерних имисија увек је у питању вршење неког права или фактичко вршење њихове садржине, у оквирима граница тог права и у складу са циљем ради ког је оно признато.⁴⁵ С друге стране, ако тужени обори претпоставку своје кривице, сусед ће остати без накнаде претрпљене штете, и поред тога што је успео да докаже и постојање штете и узрочну везу између ње и туженикове делатности.

3.5. Учење о одговорности за абнормалну (претерану) штету и нарушавање равнотеже између одређених права својине

„Ради се о захватању, правом уживања, на најапсолутнији начин, у друго право уживања, на ништа мање апсолутан начин, а обештећење треба да поново успостави равнотежу тих права”.⁴⁶

По овом гледишту, у разрешавању суседских спорова поводом прекомерних имисија треба поћи од односа равноправних права својине. Право својине је апсолутно грађанско субјективно право, што имплицира једнакост свих права својине. Претераним имисијама се нару-

⁴⁴ Ibidem, стр. 16-17.

⁴⁵ В., L. Josserand, op.cit., стр. 776-777.

⁴⁶ G-C. Henriot, op.cit., стр. 19.

шава друштвени склад једнаких права својина на непокретностима. Претеране имисије готово увек потичу од неке законите активности или делатности, везане за извршавање својинских прерогатива. Њима се нарушава равнотежа између права својине, тиме што се ово право суседа повређује као такво, у његовој суштини. Имајући то у виду, логичан би био став да на такву повреду право треба да реагује налагањем престанка радње повреде. Међутим, ради се о вршењу права својине и забрана би значила „противудар”. Одговор на повреду права својине била би повреда другог права својине и не би се могла успоставити нарушена равнотежа, већ би се продубила неравнотежа. Због тога је, међу присталицама овог учења, а у складу са судском праксом, присутан став о потреби да надокнада штете буде примарна санкција којом ће друштво реаговати на повреде права својине прекомерним имисијама из суседства.⁴⁷

Овај проблем је разматран и као проблем тзв. „абнормалне” или прекомерне штете или „штете која прелази нормалне границе”. Абнормална или прекомерна штета подразумева одређену тежину повреде. Тежина повреде коиндицира са степеном нарушења равнотеже између двају или више права својине. На њу се надовезује надокнада штете и „то је једна врста комутативне правде која захтева да вршење било чијег права, којим се вређају права другог, треба да се заустави на одређеној тачки равнотеже, која се не би могла прекорачити без неправде, где досуђење надокнаде штете има за циљ поновно успостављање ситуације у којој су уважена оба ова права, све до те тачке равнотеже.”⁴⁸

Тежина повреде или штете не поклапа се са појмом њене претераности или абнормалности. Абнормалну штету, поред те важне карактеристике, чине још две њене неопходне претпоставке. То су *трајност или континуитет штете* и то да се она јавља као *повреда једног основног и апсолутног права* (права својине), која произилази из вршења другог таквог права. Та повреда нарушава равнотежу између, у свему једнаких, права својине. *Континуитет штете* је карактеристика важна за разликовање прекомерних имисија од тренутних, случајних, пролазних, краткотрајних и изузетних повреда у суседству, које се, због побројаних карактеристика, не сматрају прекомерним имисијама у суседству, чак иако потичу од истих појава (нпр. бука и прашина од дводневних радова у суседном стану — имисије буке и прашине јесу присутне, али се ради о пролазној ситуацији, која се, у највећем броју таквих случајева, понавља

⁴⁷ М. С. Yocas, op.cit., стр. 141-144.

⁴⁸ М. Waline, предговор нав. дела G-C. Henriot-a, стр. X.

једном у пар година). Штете од прекомерних имисија одликује *континуитет* — оне се понављају свакодневно или у одређеним временским интервалима. Нпр. издувни гасови од аутомобилског саобраћаја на суседном ауто-путу; индустријски гасови и дим од суседне фабрике; бучни радио-апарат или музичка линија у суседном стану; прашина од вишегодишњих радова које организује држава или приватни инвеститор, од које посластичарски прозводи суседне посластичаре постају нејестиви, или суседни ресторан не може да услужује госте у башти итд. Трећа карактеристика која штету у суседству (односно имисије у суседству) чини прекомерном или абнормалном (претераном), јесте да *она настаје на једном праву вршењем другог права*, при чему се за однос тих двају права везује повређени принцип једнакости и равнотеже. Ово је за француске правне теоретичаре који заступају гледиште о ком је реч, кључ за одбацивање идеје о субјективној грађанскоправној одговорности за штету од имисија. Та карактеристика даје посебан печат реченој одговорности за прекомерне имисије. Чини је новом врстом, даје јој другачији основ. Такође, у овој карактеристици абнормалне штете, да настаје на једном апсолутном праву вршењем другог апсолутног права, налази се, по овим ауторима, одговор на питање коју санкцију треба применити, забрану обављања делатности од које потичу имисије или надокнаду штете. Забрана шкодљиве активности и натурална реституција, по њима су неприхватљиви због економске функције права својине, и у појединачном и у општем интересу. С друге стране, обавезом надокнаде штете не дира се, у тој мери, у економску функцију својине, али се, истовремено, она доводи у стање равнотеже са њеном социјалном функцијом.⁴⁹ Изложено гледиште можемо сматрати једним видом теоријског образложења и оправдања дуготрајне судске праксе у овој области, нарочито у делу који се односи на дискриминаторан приступ избору мера имовинске санкције. Док француски судови заштиту друштвено корисног и финансијски моћног имитента крију иза начела поделе власти, заступници ове теорије настоје да га сакрију иза начела једнакости правних субјеката, односно једнаке вредности различитих права својине. При том, судови ово чине из страха од друштвено погубног деловања њихових одлука, док коришћење начела једнакости у овој одбрани, по нашем мишљењу, стоји на граници са хипокризијом.

⁴⁹ В., G - C. Henriot, op.cit., стр. 32-34; M-F. Nicolas, La protection de la voisinage, Revue trimestrielle de droit civil, no 4, 1976., стр. 57-80.

4. Закључак

Бројне теоријске анализе поменуте формуле из судске праксе задржале су чисто академску вредност. Овде бисмо издвојили учење о ненормалном или изузетном вршењу права својине и учење о одговорности за абнормалну штету и нарушавање равнотеже између одређених права својине. Иако суштински представљају теоријско образложење судских одлука, претежно грађанског одељења Касационог суда, она у основи почивају на начелу једнакости правних субјеката, односно, једнаке вредности грађанских субјективних права и на идеји очувања те једнакости кроз уравнотежење вршења права на непокретностима. Једнако важна црта је и да се у њима указује на простор и време као важне детерминанте начина вршења својинских овлашћења на непокретностима. Сматрамо да грађанскоправна заштита од прекомерних имисија треба да буде један од инструмената равнотеже у коришћењу непокретности и средство за одржавање друштвености грађанских субјективних права, нарочито права својине. У том погледу, правила о грађанскоправној одговорности за штету од прекомерних имисија имају типичну улогу законских ограничења права својине, иако им, у француском праву, та улога никада није била намењена позитивно-правним прописима.

Литература

- Bergel, J. L. Bruschi, M. Cimamonti, S. Ghestin, J. (2000). *Traité de droit civil. Les biens*. Paris : LGDJ.
- Blaise, J-B. (1965). Responsabilité et obligations coutumières dans les rapports de voisinage. *Revue trimestrielle de droit civil*. 2.
- Borghetti, J-S. (2012). The Culture of Tort Law in France. *Journal of European Tort Law*. 3(2).
- Boulisset, P. Couchet, C. (2010). *Relations et conflits de voisinage*. Paris : Dalloz.
- Grimonprez, B. (2012). Le voisinage a l'aune de l'environnement. Au Tricône, J. P. (ed.). *Variations sur le thème du voisinage*. Paris: Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- Griss, I. (2013). How Judges Think: Judicial Reasoning in Tort Cases from a Comparative Perspective. *Journal of European Tort Law*. 4 (3).
- Josserand, L. (1932). *Cours de droit civil positif français I*. Paris: Recueil Sirey.
- Жосеран, Л. (1992). Еволуција одговорности. *Правни живот: Штета и њена накнада*. 9-10.

Yocas, M. (1966). *Les troubles de voisinage*. Paris : LGDJ.

Capoulade, P. (1976). Rapport français sur le troubles de voisinage. *La protection du voisinage et de l'environnement. Travaux de l'association H. Capitant*. t. 27.

Colin, A. Capitant, H. Morandière, L. J. de la. (1964). *Droit civil II*. Paris: Dalloz.

Cornu, G. (1991). *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*. Paris: Montchrestien.

Laboulaye, E. Dareste, R. (1868). *Le grand coutumier de France*. Paris : Auguste Durand et Pedone-Lauriel.

Nicolas, M. F. (1976). La protection de la voisinage. *Revue trimestrielle de droit civil*. 4.

Петровић, М. (2011). *Индустријско суседство и одговорност за штету*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Planiol, M. Ripert, G. (1952). *Traité pratique de droit civil français III. Les biens*. Paris: Libraire générale de droit et de jurisprudence.

Trébuille, F-G. (2018). Les techniques contetieuses au service de l'environnement, www.courdecassation.fr.

Fournel, M. (1834). *Traité du voisinage - considéré dans l'ordre judiciaire et administratif et dans ses rapports avec le Code civil. Tome second*. Paris : HACHETTE LIVRE-BNF.

Henriot, G-C. (1960). *Le dommage anormal*. Paris: Cujas.

СУДСКА ПРАКСА

Cass. civ. 2, 17. oct. 1990, no. 89-14309, <https://www.legifrance.gouv.fr>

Cass. civ, 3, 3. déc, 2002, no 01-10982, <https://www.legifrance.gouv.fr>

Cass. civ, 1, 8. juin 2004, no 02-20906, <https://www.legifrance.gouv.fr>

Cass. Civ. 3, 20. avr. 2005, no. 03-18390, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Cass. civ, 2, 15. mars, 2007, no 06-11571, <https://www.legifrance.gouv.fr>

CA Angers, 23. oct. 2007, RG 06/2117, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Bordeaux, 7. fevr. 2008, RG 06/004557, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Angers, 1. avr. 2008, RG 07/00564, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Lyon, 21. oct. 2008. RG 08/03379, CA Angers, 21. oct. 2008. RG 07/01784,

<https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Paris, 28. fevr. 2008, RG 06/17494, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Caen, 3. juin, 2008, RG 07/1447, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Agen, 25. mars 2008, RG 07/00572, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Bordeaux, 16. oct. 2008, RG 07/00970, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

CA Paris, 10. nov. 2017, RG 15/18928, <https://www.legifrance.gouv.fr>

CA Paris, 10. nov. 2017, RG 15/18928, <https://www.legifrance.gouv.fr>.

Doc. Milica Vučković, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

CIVIL LIABILITY FOR EMISSIONS IN FRENCH LAW

Summary

The subject matter of this research is civil liability for excessive emissions in French law, with specific reference to a particular segment of this broad area of law - the legal ground of liability for emissions. After more than two hundred years of its validity, the French Civil Code (Code civil) still does not contain specific rules on the civil-law protection against excessive emissions. For this reason, the French civil law theory has engendered a large number of theoretical studies on the legal ground of civil liability for damage caused by public and private nuisance.

Keywords: *excessive emissions, French Civil Code, civil liability.*

НЕКА РАЗМАТРАЊА О КОДИФИКАЦИЈИ ОПШТИХ ПРАВНИХ НАЧЕЛА У МЕЂУНАРОДНОМ ЈАВНОМ ПРАВУ²

Апстракт: У раду се анализира досадашњи рад Комисије за међународно право на кодификацији општих правних начела. Није случајно реч о последњем формалном извору међународног јавног права који пролази кроз овај процес. Наиме, кодификација општих правних начела представља вишеструко изазован и проблематичан подухват. Прво, због нејасноћа у вези њихове правне природе, затим због неслагања у утврђивању њиховог порекла, будући да се поред неспорног извора општих правних начела из националних правних поредака, јавила идеја о њиховом пореклу и из домена самог међународноправног поретка, и напослетку због тешкћа у одгонетању односа општих правних начела према другим главним формалним изворима међународног јавног права.

Кључне речи: општа правна начела, кодификација, Комисија за међународно право.

1. Уводне напомене

У чл. 38 (1) (в) Статута Међународног суда правде (надаље: МСП) „општа правна начела призната од стране цивилизованих народа” изричито су наведена као *издвојен и самосталан* формалан извор међународног јавног права (надаље: МЈП). Треба нагласити да овакво одређење води порекло још из 1920. године, односно идентичне формулације чл. 38 (3) Статута Сталног суда међународне правде. Ипак, данас се сматра да је пежоративно, политички некоректно и суштински нетачно говорити

¹ sanjadj@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

о „цивилованим” народима, те се оваква синтагма више не користи,³ већ се уместо тога предлаже „заједница народа”.⁴

Упркос чињеници да је реч о формалном извору права наведеном пре више од једног века, његова правна природа, порекло и домаћај и даље представљају предмет спорења,⁵ те се једино са сигурношћу може тврдити да је реч о правним начелима која су заједничка великом броју националних правних система која представљају неписану, али заједничку нит правне цивилизацијске тековине.⁶ Она постоје у већини

³ Pellet, A., Müller, D., Article 38, Zimmermann, A., Tams, C. J. (Eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2019, p. 927; Yee, S., *Towards an International Law of Coprogressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility*, Brill – Nijhoff, 2014, pp. 21-35; Yusuf, A., *Concluding remarks*, Andenas, M. T., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (Eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, Leiden, 2019, pp. 449-450; Bogdan, M., *General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46, 1977, p. 45; Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953, p. 25.

⁴ Реч је о предлогу специјалног известиоца, (Second report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, 72nd session of the ILC (2021), A/CN.4/741, para. 13), што су прихватиле бројне државе, те су у својим изјавама користиле новопредложени термин: Chile (A/C.6/76/SR.23, para. 151); China (A/C.6/76/SR.23, para. 84); Denmark (A/C.6/76/SR.23, para. 38); India (A/C.6/76/SR.24, para. 31); Ireland (A/C.6/76/SR.24, para. 60); Italy (A/C.6/76/SR.25, para. 15); Jordan (A/C.6/76/SR.24, para. 129); Latvia (A/C.6/76/SR.24, para. 134); Malaysia (A/C.6/76/SR.24, para. 88); Micronesia (Federated States of) (A/C.6/76/SR.24, para. 75); Niger (A/C.6/76/SR.25, para. 27); Philippines (A/C.6/76/SR.25, para. 34); Portugal (A/C.6/76/SR.23, para. 78); Republic of Korea (A/C.6/76/SR.24, para. 105); Romania (A/C.6/76/SR.24, para. 51); Sierra Leone (A/C.6/76/SR.23, para. 47); Slovakia (A/C.6/76/SR.24, para. 99); South Africa (A/C.6/76/SR.23, para. 66). Чланови КМП су се углавном сложили да је синтагма „цивиловани народи” анахрон и да се може заменити термином „заједница народа”, који се помиње у члану 15 (2), Међународног пакта о грађанским и политичким права; Third report of Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, 73rd session of the ILC (2022), A/CN.4/753, para. 2 (b).

⁵ „Општа начела међународног права” могу се наизменично односити на правила међународног обичаја, на општа начела права... или на одређене логичке пропозиције на којима се заснива судско резонување на основу постојећег међународног права. То показује да је ригидна категоризација извора неприкладна”, Crawford, J., *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 37.

⁶ У МЈП постоје бројна општа правна начела, која се начелно деле на материјална и процедурална. Многи од њих воде порекло још из римског права, док су други преузети из националних правних поредака. У материјална општа правна начела спадају: *pacta sunt servanda*, *bona fides*, *nemo plus juris ad allium transferre potest quam ipse habet*, *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, *inadimplendi non est adimplendum*, *restitutio in integrum*, затим накнаду штете која се дели на стварну и изгубљену добит (*damnum emergens i lucrum cesans*), начела која се односе на слободан пристанак и мане воље, принципи који се

правних система, без обзира на њихову географску или историјску позадину.⁷

Као и код међународних обичаја, и код овог формалног извора не постоји сметња формирања *регионалних* или *појединачних*, па чак и *локалних* општих правних принципа. Ипак, атрибут „опитности” подразумева постојање већег броја националних правних система којима је дато начело заједничко. Општа правна начела МЈП заслужују атрибут „опити” јер њихов садржај мора имати виши степен апстракције, као и „базични” у смислу да се налазе у основи одређених правила или пак оличавају важне вредности.⁸ Дакле, немају *сва* општа правна начела из националних правних поредака потенцијал да буду од важности за МЈП, већ само поједина која испуњавају горепоменуте захтеве *опитности* и *основности*, те као таква представљају заједничку нит која са једне стране *повезује већину* националних правних система, а са друге стране представља један од главних формалних извора МЈП. Другачије речено, принципе националног права треба посматрати само као изворе

односе на злоупотребу права и застарелост, вишу силу, стање нужде, неосновано обогаћење; Janković, B., Radivojević, Z., op. cit., str. 32-33. У процесна општа правна начела спадају: *iura novit curia*, *res iudicata*, *nemo iudex in causa sua*, *ejus est interpretare legem cuius condere*, *audiatur et altera pars*, принцип независности и непристрасности суда, правило да се ноторне и негативне чињенице не доказују, начело о изузећу судија, или начело да пресуда мора бити образложена, начело литиспенденције, начелу да сам суд одлучује о својој надлежности, начелу посредног доказивања; Ibid. Примера ради, Међународни суд правде је истакао да је принцип *bona fides* један „од основних принципа који регулише стварање и извршавање правних обавеза”; ICJ, Nuclear Tests Cases (Australia v France; New Zealand v France), ICJ Reports 1974, p. 268. Релативно се често врши позивање и на начело једнакости; PCIJ, River Meuse Case (Netherlands v Belgium) PCIJ Reports Series A/B No 70, p. 76; ICJ, Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali) (Judgment), ICJ Reports 1986, p. 567; ICJ, North Sea Continental Shelf cases, (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands), ICJ Reports 1969, p. 46-50. Такође су концепти естопела и правичности коришћени приликом решавања међународних спорова. Примера ради, држава која је својим понашањем подстакла другу државу да верује у постојање одређене правне или чињеничне ситуације и да се ослони на то уверење, не може тврдити или се понашати супротно томе; ICJ, North Sea Continental Shelf cases, (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands), ICJ Reports 1969, p. 26; ICJ, Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Merits), ICJ Reports 1962, p. 32-33.

⁷ Schachter, O., International law in theory and practice: General course in Public International Law, Collected Courses, The Hague Academy of International Law, 178, 1982-V, pp. 74-75.

⁸ First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, 71st session of the ILC, 2019, A/CN.4/732, para. 153.

инспирације, а никако као формални извор права који има директну примену у МЈП.⁹

2. Проблеми у разумевању правне природе општих правних начела у међународном јавном праву

Још од усвајања Статута Сталног суда међународне правде 1920. године па до данашњих дана, постоје бројне теоријске и практичне дилеме поводом општих правних начела МЈП. Са једне стране, истиче се да је пракса држава и међународног правосуђа поводом њих нејасна или двосмислена,¹⁰ док са друге стране ни у доктрини не постоји јединственост у ставовима.

У доктрини је раније било спорно да ли општа правна начела могу представљати *самосталан* формални извор МЈП, каква је њихова *улога* или *међусобни однос* у систему формалних правних извора МЈП.¹¹ Данас претеже гледиште по коме је реч о *самосталном* правном извору, који иако *главни*, има *супсидијаран* карактер.¹² У прилогу овој тврдњи говори чињеница да је не само у статутима Сталног суда међународне правде и МСП он издвојен као посебан формални извор, већ је то и становиште специјалног известиоца КМП задуженог за кодификацију ове проблематике.

Иако несумњиво главни, општа правна начела су уједно *допунски* или *супсидијарни* извор који првенствено опслужује међународно правосуђе у случајевима неопходног попуњавања правних празнина, чиме се превазилазе ситуације *non liquet*-а.¹³ Због појачаног уговорног и институци-

⁹ ICJ, International Status of South-West Africa (Advisory Opinion), ICJ Reports 1950, p. 148.

¹⁰ First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 71st session of the ILC, 2019, p. 5.

¹¹ Janković, B., Radivojević, Z., op. cit., str. 31-33.

¹² Third report, p. 2, para. 2 (f) (g); pp. 16-17, paras 39-41.

¹³ Andenas, M., Chiussi, L., Cohesion, convergence and coherence of international law, Andenas, M. T., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (Eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Brill, Nijhoff, 2019, p. 10, 14; Anzilotti, D., Cours de droit international (trans. Gidel, 1929), Panthéon-Assas/LGDJ, Paris, 1999, p. 117; Blondel, A., Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice, Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Institut universitaire de hautes études internationales, Geneva, 1968, p. 202, 204; Bogdan, M., op. cit., p. 37; Lammers, J. G., General principles of law recognized by civilized nations, Kalshoven, F., Kuypers, P. J., Lammers, J. G. (Eds.), Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys, Alphen aa den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980, p. 64; Pellet, A., Müller, D., Article 38, Zimmermann, A., Tams, C. J. (Eds.), The

оналног регулисања односа између субјеката МЈП, логично би следило да се значај општих принципа права начелно смањује. Чињеница је да, историјски гледано, међународни обичаји и општа правна начела „губе битку” у односу према међународним уговорима, као најбројнијим, најзаступљенијим и најзначајнијим формалним изворима МЈП данас. Међутим, не треба да постоји бојазан од изопштавања или маргинализовања општих правних начела као формалног извора, будући да ће процесу фрагментације и експанзије међународног права све више добијати на практичном значају захваљујући својој флексибилности због обележја неписаности.

Напослетку, конфузији у разумевању и примени општих правних начела нарочито доприноси терминолошка недоследност, будући да се за овај извор користе бројни термини и синтагме, попут: „принципа”, „општих принципа”, „општих правних принципа”, „општих принципа права”, „општих принципа међународног права”, „принципа међународног права”, па чак и „општеприхваћена правна начела”, при чему се не користе увек за означавање истих појмова.¹⁴ Наиме, често долази до забуне да ли се под *општим принципима међународног права* здружено поимају међународни обичаји и општа правна начела, што важи и за *општеприхваћена правна начела*. Са друге стране, под *општим међународним правом* понекад се подразумевају међународни уговори и међународни обичаји, а понекад међународни обичаји и општа правна начела.¹⁵

О недовољном познавању општих правних начела МЈП јасно говори чињеница да је кодификација ове материје започета тек 2018. године, и то пред двоструким стручним форумом. Прво, те године је усвојен нацрт извештаја под називом „*Позивање на националне правне принципе у развоју међународног права*” од стране Удружења за међународно

Statute of the International Court of Justice: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 923; Raimondo, F. O., General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008, p. 7; Redgwell, C., General principles of international law, Vogenauer, S., Weatherill, S. (Eds.), General Principles of Law: European and Comparative Perspectives, Hart, 2017, p. 7; Thirlway, H., The Sources of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 125-130.

¹⁴ Ibid, para. 161.

¹⁵ Овакав став је изнет од стране специјалног известиоца у Првом извештају о формирању и доказивању међународног обичајног права, First report on formation and evidence of customary international law, A/CN.4/663, para. 36, 42. Детаљније образложење забуне коју ствара недоследна терминологија налазимо у последњем делу Првог извештаја специјалног известиоца о општим правним начелима; First report, A/CN.4/732, paras 254-258.

право.¹⁶ Као што и произилази из назива, усвојен је опробан, неспоран али истовремено узак приступ који се усредсредило само на позивање на опште правне принципе изведене из *домаћих* правних система. Студијска група се изричито фокусира на опште принципе изведене из националних права,¹⁷ не улазећи у анализу да ли општи правни принципи евентуално могу произаћи и из других извора, иако нису искључили потенцијално постојање других извора општих правних начела. „Студијска група је завршила свој рад... с обзиром на сложеност и континуирану релевантност теме, препоручује се да Удружење размотри успостављање одбора са широм заступљеношћу који би допринео раду... Међународне правне комисије о широј теми општих принципа права (укључујући и друге потенцијалне изворе из којих се могу извући општи принципи)”.¹⁸

Други форум пред којим је исте, 2018. године, започета кодификација општих правних начела је КМП, чији рад је још увек у току. Досад су усвојена три извештаја специјалног известиоца, и то 2019, 2020. и 2022. године.¹⁹ За разлику од поменутог Удружења, КМП је констатовала постојање *двоструког* порекла општих правних принципа МЈП: 1) из националних правних поредака, и 2) из домена самог међународног права.²⁰ Дакле, према досадашњем раду КМП, општи принципи права нису ограничени само на оне који потичу из *foro domestico*, што је досад био прећутан став доктрине, па чак и стручних удружења. Имајући у виду такво двоструко порекло, истиче се да је реч о „*хетерогеном концепту*”,²¹ у смислу да се њихова природа и начин идентификације могу разликовати у зависности од тога о којој категорији општих принципа права је реч.

Поред правне природе општих принципа права као извора међународног права, дискусија се унутар КМП води око још два кључна и уједно врло проблематична питања - идентификације порекла општих прин-

¹⁶ Доступно на: https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReportSG_DomesticLawPrinciples.pdf (20.09.2022).

¹⁷ Ibid, paras 106-181.

¹⁸ Ibid, p. 70.

¹⁹ First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 71st session of the ILC (2019); Second report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/741, 72nd session of the ILC (2020); Third report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 73rd session of the ILC (2022).

²⁰ Lammers, J. G., op. cit, p. 67.

²¹ Ibid, pp. 74-75.

ципа права (нарочито оног који потиче из домена међународног права), као и односа општих принципа права према другим формалним изворима међународног права.²²

3. Предложени методи идентификације општих правних начела у раду Комисије за међународно право

Када је реч о првој категорији општих правних принципа, не постоје дилеме нити спорења међу теоретичарима нити члановима КМП да она потичу из националних правних система, код којих је усвојен *двостепени метод идентификације*. Прво, треба идентификовати принципе права који су заједнички већини националних правних система²³ да би се затим прешло на утврђивање да ли дати принцип уопште може бити применљив у међународном праву.²⁴ Дакле, прво и основно је да они „потичу из”, „прихваћени су у”, „пронађени су у”, „примењени су у” или су „позајмљени од” националних правних поредака. Треба посебно нагласити да *луко* постојање једног општег правног принципа унутар националног система још увек није довољно, већ је неопходно да је тај принцип такође применљив на међународном нивоу. Другачије речено, не постоји аутоматизам у транспоновању општих принципа из националних права у домен МЈП, што је последица њихових бројних и суштинских разлика. Да би дошло до испуњења другог корака, тј. до примене извесних општих принципа у сфери међународног права, неопходно је да они буду: 1) усаглашени са *основним* принципима међународног права, као и 2) да постоје претпоставке за њихову *адекватну примену* у међународном правном поретку, како би на одговарајући, а не злоупотребан начин, остваривали своју функцију. Поред тога, неопходно је да постоје докази који потврђују транспоновање општег правног начела из домена националног у домен међународног права, при чему као доказ најчешће служе међународни уговори.

За разлику од тога, идентификовање општих правних начела која потичу из домена међународног права логично не подразумева двостепеност у идентификацији. Оно што јесте неопходно је да постоји њихово

²² Vázquez-Bermúdez, M., Crosato A., General Principles of Law: The First Debate within the International Law Commission and the Sixth Committee, *Chinese Journal of International Law* (2020), 19 (1), p. 158.

²³ Детаљније у Другом извештају специјалног известиоца; Second report, paras 23-72.

²⁴ Питање применљивости општих правних начела детаљно је појашњен у Другом извештају, Second report, A/CN.4/741, para. 73.

„признање”,²⁵ или можда боље рећи *прихватање* или *препознавање* које може бити остварено на више начина. Стога се примећује да је идентификовање општих правних начела из домена међународног права нешто сложеније, те наликује идентификовању међународних обичаја,²⁶ при чему је неопходно пажљиво испитивање доступних доказа.

Признање се може дати на три начина: 1) путем међународних уговора и других међународних инструмената; 2) дедуктивним путем – пошто се на општим принципима могу заснивати општа правила међународног уговорног или обичајног права, чињеницом признања и прихватања датих међународних уговора и обичаја сматраће се да је дошло и до признавања општих правних начела које они садрже; 3) уколико је општи правни принцип својствен тзв. основним карактеристикама или/и основним захтевима међународноправног поретка, сматраће се да је аутоматски и признат. Једноставно речено, они су или „изведени из међународноправних материјала или структуре међународног правног система”.²⁷ Говорећи о признању, треба бити обазрив па нагласити да се различити облици признања међусобно не искључују, те врло често *коезистирају*. На основу реченог јасно следи да је идентификација општих правних начела који потичу из међународног права нешто сложенија операција.²⁸

Да би се утврдило постојање општих правних принципа који потичу из међународног права,²⁹ неопходно је испуњење два услова: 1) утврдити да је принцип општепризнат у уговорима и другим међународним инструментима, 2) да дати принцип лежи: а) у основи општих

²⁵ Признање у смислу чл. 38 (1) (в) Статута Међународног суда правде.

²⁶ КМП се приликом рада на међународним обичајима задржала само на проблематици њихове *идентификације*, а не и процеса формирања и доказивања као што је иницијално било предвиђено, што је условило и промену назива коначног извештаја. Иницијално се тема рада на кодификацији звала „Формирање и доказивање међународног обичајног права”, међутим Комисија је на шездесет петој седници 2013. године, одлучила да промени наслов теме у „Идентификација међународног обичајног права”, чиме се аутоматски и опсег кодификације значајно смањило; First report of the Special Rapporteur, Sir Michael Wood, A/CN.4/663, 65th session of the ILC (2013).

²⁷ Shao, X., What We Talk about When We Talk about General Principles of Law, *Chinese Journal of International Law*, 20 (2), 2021, p. 233.

²⁸ Vázquez-Bermúdez, M., Crosato A., op. cit, p. 168.

²⁹ Треба напоменути да ову идеју није изнедрио сам специјални извештач, будући да она већ неко време постоји у литератури. Видети: Cherif Bassiouni, M., A Functional Approach to “General Principles of International Law”, *Michigan Journal of International Law*, 11 (3), 1990, p. 768, 771; Rosenne, S., *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 1549.

правила уговорног или обичајног међународног права, или б) је својствен основним карактеристикама и основним захтевима међународноправног поретка.

Када је реч о општим правним начелима која су се формирала у оквиру међународног права, не само у литератури, већ и унутар саме КМП постоје опречни ставови, те остаје да се види да ли ће идеја и предлог специјалног известиоца наћи своје место у коначном нацрту. Начелно се међу представницима држава у Шестом (правном) комитету Генералне скупштине Уједињених нација и међу члановима саме КМП могу издвојити три групе гледишта: 1) оних које се слажу са постојањем овако дефинисане посебне категорије општих правних начела те подржавају, било у потпуности или макар делимично, приступ специјалног известиоца³⁰, 2) оних који заузимају неутралну позицију, те се још увек не изјашњавају сматрајући да је неопходно даље проучавање постојања и садржине оваквог порекла општих начела³¹, и напослетку 3) оних који су категорични у ставу да предложена друга категорија општих принципа права не постоји,³² макар не у смислу формалног извора из чл. 38 (1) (в) Статута МСП.

Иако поједини *подржавају* идеју о овако издвојеном извору општих правних начела, други сматрају да се и тада *суштински* ради о начелима изведеним из националних правних поредака,³³ те је њихово издвајање непотребно, будући да овакав извор општих правних начела заправо не представља *самосталан* правни извор.

Аргументи *против* издвајања овог извора општих правних начела су многобројни: 1) недовољна или/и некохерентна пракса, 2) суштинске потешкоће или чак немогућност разликовања два главна формална извора МЈП - општих правних начела из домена МЈП која потичу или се често преклапају са међународним обичајима, 3) опасност да критеријуми за идентификацију ових општих принципа права не буду преблиги, те да се праг примене ових правила исувише не снизи.³⁴

Имајући у виду да се читаво МЈП базира на сагласности воља субјеката, а у првом реду држава као доминантних субјеката МЈП, сви су изгледи да амбициозан предлог специјалног известиоца о дефинисању категорије

³⁰ Third report, para. 19, ft. 41.

³¹ Ibid, ft. 42.

³² Ibid, ft. 43.

³³ Second report, ft. 177-178.

³⁴ Признавањем као појмом се бави Први извештај; First report, paras 163-175.

општих правних начела која су инхерентна самом међународноправном поретку засада још увек представља превелик залог. Наиме, приликом кодификације било ког формалног извора МЈП треба се задржати на тзв. чистој кодификацији, а не залазити у поље прогресивног развоја,³⁵ што представља златни стандард који треба применити и при актуелној кодификацији општих правних начела.³⁶

4. Проблем односа општих правних начела према другим главним формалним изворима

Поред контроверзног предлога о двоструком пореклу општих правних начела, од којих поједини потичу из домена самог међународног права, у раду КМП јавио се и проблем дефинисања односа општих правних начела према другим главним формалним изворима. Питање *односа* се може посматрати и анализирати на више начина.

Прво, разматрајући питање *међусобног* односа између три главна формална извора МЈП (међународних уговора, међународних обичаја и општих правних начела), основни закључак је да међу њима не постоји хијерархијски однос.³⁷ Надограђујући на овакав приступ, следи да када опште начело права има идентичан или сличан садржај међународном уговорном или обичајном правилу: 1) дотично уговорно или обичајно правило не мора нужно имати примат над општим правним начелом; и 2) дато опште правно начело и даље има самосталност у постојању као и има засебну, различиту применљивост.³⁸ Будући да се њихов однос не сагледава као однос надређености и подређености, увиђа се да га треба сагледатавати кроз призму максиме *lex specialis derogat legi generali*, што је и учињено у последњем извештају из 2022. године, надограђујући се на већ усвојен и уобличен став из Извештаја КМП о фрагментацији међународног права.³⁹

³⁵ Third report, pp. 9-10, para. 20.

³⁶ Fifth report of the Special Rapporteur, Sir Michael Wood, A/CN.4/717, 70th session of the ILC (2018), pp. 9-10. Интересантно је запазити да се и сам специјални извештај, Vázquez-Bergmúdez, након упућених критика, бранио да његова идеја и није била да се не врши прогресивни развој, већ само кодификација постојећих општих правних начела; Third report, p. 12, para. 26.

³⁷ Third report, pp. 28-30, paras 76-82.

³⁸ Ibid, p. 31, para. 85; Skomerska-Muchowska, I., Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law, Polish Yearbook of International Law, vol. 37 (2017), pp. 256-257.

³⁹ Third report, pp. 35-38, paras 96-107.

Друго, однос који постоји или може постојати између пермпторних норми МЈП и општих правних начела расветљен је у извештају КМП који се тиче кодификације *ius cogens* норми МЈП, и у коме се истиче став да општа правна начела могу представљати *основ* за формирање императивних норми.⁴⁰

Треће, однос коме је посвећено највише простора у другом и трећем извештају специјалног известиоца у раду на кодификацији општих правних начела је однос *демаркације* или *разграничења* општих правних принципа од других главних формалних извора. Проблем одређења постојања и садржине општих правних начела нарочито је изражен код постојања тзв. *паралелних колосека*, који подразумева две могућности: 1) истовремено битисање правног правила као општег правног начела са истовремено двоструким пореклом (будући да може потицати не само из националних правних система већ и из међународног права),⁴¹ или пак 2) да извесно правно правило истовремено постоји у форми више формалних извора, те се јавља не само као опште правно начело, са једне, већ и као међународни уговор или међународни обичај, са друге стране.

Начелно, не постоји сметња за постојање паралелних колосека, било да је исто правно правило садржано у више правних система (национално и међународно право) или пак у више главних формалних извора МЈП. Као што је утврђено судском праксом, сметња овакве врсте не постоји између међународних уговора и међународних обичаја,⁴² те се говори похвално и позитивно о случајевима кодификације постојећих међународних обичаја. Будући да међународно правило може *симултано егзистирати* у међународном уговору и међународном обичају, сматра се да по аналогiji не постоји сметња за његово паралелно постојање у међународном уговору и као опште правно начело, или пак у међународном обичају и као опште правно начело.⁴³

⁴⁰ КМП се бави питањем перемпторних норми у општем међународном праву од 2015. године, и досад је специјални извештај поднео четири извештаја. У другом извештају је обрађена тема односа између *ius cogens* норми и општих правних принципа, у параграфима 48-52, Second report on jus cogens, A/CN.4/706, paras 48-52.

⁴¹ Најбољу илустрацију у том смислу представља начело *pacta sunt servanda*.

⁴² Third report, pp.30-31, paras 84-85.

⁴³ Као пример се наводи *res iudicata*, за које се тврди да представља опште правно начело, али које је такође садржано и у чл. 59, 60 и 61 Статута МСП. У том смислу је још Шел (*Scelle*) истакао да „било које начело међународног права своје порекло имало у обичају ... Пре него што је постало начело међународног права, стога је било које начело прво било опште начело националног права и у обе фазе свог развоја Суд

Нарочито се истиче *флуидни* однос између међународних обичаја и општих правних начела која потичу из међународног права.⁴⁴ Сматра се да је њихов однос одређен *хронолошки*, те да првоформирани и препознати општи правни принцип изнедрен у оквиру међународног права утире пут истом правилу које се може преобразити у међународни обичај.⁴⁵ Свакако, треба бити сасвим јасан те истаћи да је реч само о *потенцијалу* који се може, али и не мора остварити, што коначно зависи од воља и понашања субјеката МЈП, у првом реду држава као доминантних субјеката.

Стога се верује да је еволутивни пут појединих општих принципа права такав да они своје постојање и садржину „учвршћују” у форми међународних уговора или обичаја.⁴⁶ У том смислу, као сликовит пример може послужити развој принципа обавештавања о могућим опасностима у територијалним водама из случаја Крфског канала, који је касније уграђен у Женевску конвенцију из 1958. године, а затим и у Конвенцију Уједињених нација о праву мора, да би се данас неспорно сматрао и међународним обичајним правилом.⁴⁷ У том контексту, један од чланова КМП покушао је да појасни опште принципе права формулом: „међународни обичај минус *opinio juris*, или другачије – пуки међународни обичај који се искључиво заснива на пракси”.⁴⁸ Свакако, реч је само о једној групи општих правних начела, те овакав закључак није могуће проширити на читаву категорију.

Други аутори пак, сматрају да је суштински *немогућа дистинкција* између општих правних начела који потичу из међународног права и међународних обичаја,⁴⁹ што је била и остала јабука раздора, не само

је могао да их примени у међународним споровима”; UN Yearbook of the International Law Commission, 1949, p. 206, para. 81, доступно на: https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf (20.09.2022)

⁴⁴ Пара. 233 Првог извештаја.

⁴⁵ Simma, B., Alston, P., The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles, Australian Yearbook of International Law, vol. 12, 1989, p. 104.

⁴⁶ Shao, op. cit., p. 253.

⁴⁷ Palchetti, P., The role of general principles in promoting the development of customary international rules, Andenas, M. T., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (Eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Brill, Nijhoff, 2019, p. 51.

⁴⁸ Statement by Mr. Tladi (A/CN.4/SR.3489, p. 4).

⁴⁹ Yee, S., Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases, Journal of International Dispute Settlement, vol. 7, 2016, p. 490; Raimondo, F. O., op. cit., p. 42; Degan, V. D., Sources of International Law, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997, p. 83; Bogdan, M., op. cit., p. 42; Lammers, J. G., op. cit., pp. 67-69.

међу члановима КМП и члановима Шестог комитета, већ шире академске заједнице. Потреба да међународно јавно право постигне ниво кохерентног правног система од суштинског је значаја за разликовање општих принципа права у односу на међународне уговоре и међународне обичаје.⁵⁰ Непостојање јасне разлике међу њима би могло имати негативни учинак на оба *неписана* формална извора међународног права. За разлику од тога, поједини аутори истичу да је инсистирање на јасној разлици непотребно.⁵¹

Но упркос томе што се гледишта дијаметрално разликују, чињеница постојања правних правила на паралелним колосецима не може се негирати, што је потврдила и КМП у својим досадашњим извештајима. У том контексту, КМП је констатовала да паралелно постојање неког правног правила у међународном уговору и у форми општег правног начела представља много повољнију ситуацију услед писане форме међународних уговора, што значајно олакшава доказивање постојања и садржине општих правних начела. За разлику од тога, у другом случају, када се јавља паралелизам између међународних обичаја и општих правних принципа, непостојање писане форме оба извора представља значајан отежавајући фактор. Све и да постоји истоветно међународноправно правило у руху и међународног обичаја и општег правног начела, у оба случаја је тешко доказивање њиховог постојања, а још више прецизне садржине.

Но, упркос флуидности између међународног обичаја и општих правних начела, и упркос чињеници да општа правна начела неспорно имају потенцијал да утичу на формирање међународних обичаја,⁵² ипак се мора закључити да је реч о *одвојеним* и *самосталним* формалним изворима.⁵³

Генерална констатација која се може изнети код тзв. паралелних колосека је да услед постојања истоветног правила у множини формалних извора долази до *невидљивости* и *превелике апсорбованости* општих правних начела у МЈП другим главним формалним изворима, као и да се општа правна начела могу јавити као тзв. *транзициони* или *прелазни* извор.⁵⁴

⁵⁰ Shao, op. cit, p. 224, 229.

⁵¹ Gaja, G., General Principles in the Jurisprudence of the ICJ, Wouters, J., Andenas, M., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Chiussi, L., (Eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Brill – Nijhoff, 2019, p. 43.

⁵² First report, para. 71.

⁵³ First report, p. 8, para. 28; UN Yearbook of the International Law Commission, 2013, vol. I, 3183rd meeting, United Nations, New York, Geneva, 2018, p. 92, para. 14.

⁵⁴ Third report, p. 30, para. 83.

5. Закључна разматрања

Након више деценија рада на кодификацији међународних уговора и међународних обичаја, похвално је што је КМП најзад стигла до трећег главног, а уједно и супсидијарног формалног извора, те посветила пажњу комплексном питању анализе и кодификације општих правних начела.

Упркос чињеници да је реч о формалном извору права наведеном пре више од једног века, његова правна природа, порекло, терминологија, методи идентификације, као и однос према другим главним формалним изворима и даље представљају предмет спорења како у академским, тако и експертским круговима. Због дијаметрално супротних гледишта која постоје поводом општих правних принципа, с правом се може поставити питање оправданости тј. зрелости материје за кодификацију.

Није случајно да је реч о последњем формалном извору међународног јавног права који пролази кроз овај процес. Наиме, кодификација општих правних начела представља вишеструко изазован и проблематичан подухват, због: нејасноћа њихове правне природе, неслагања у утврђивању њиховог порекла, будући да се поред неспорног извора општих правних начела из националних правних поредака, јавила идеја о њиховом пореклу и из домена самог међународноправног поретка, као и одгонетању односа општих правних начела према другим главним формалним изворима међународног јавног права.

Похвалан је рад специјалног известиоца и његовог тима да у обиљу судске и арбитражне праксе, као и бројних изјава држава и појединих међународних организација извуче заједничку нит и покуша да на системски начин осветли општа правна начела. Но, чини се да је у својим амбицијама отишао предалеко на пољу дефинисања тзв. дво-струког порекла општих правна начела, јер је у дефинисању друге категорије општих правних начела дубоко загазио у прогресивни развој, предложивши да је једна група општих правних принципа инхерентно уграђена у међународноправни поредак, без њиховог јасног дефинисања и демаркације од оних који потичу из националних правних поредака.

Стога у сржи контроверзне дебате која се у последње три године води пред КМП, као главним кодификационим органом Уједињених нација, лежи схватање о *двоструком* пореклу општих правних начела. Наиме, према схватању специјалног известиоца Комисије за међународно право

задуженог за њихову кодификацију, она могу бити изведена не само из националних правних система, већ се изродио предлог да су поједина правна начела *инхерента* самом међународноправном поретку.

Имајући у виду жустру дебату и опречна мишљења која се сукобљавају у самој КМП, а затим преливају и у Шестом комитету Генералне скупштине Уједињених нација, и с обзиром на суштинску несагласност међу субјектима МЈП, првенствено држава као доминантним и најбројнијим поводом порекла општих правних начела, не треба очекивати да сви предлози специјалног известиоца буду усвојени у коначном нацрту.

Но, без обзира на коначан резултат рада на кодификацији општих правних начела, не постоји бојазан њиховог изопштавања или маргинализовања као формалног извора, будући да ће у процесу фрагментације и експанзије међународног права све више добијати на практичном значају захваљујући својој флексибилности због обележја неписаности.

Литература

Andenas, M., Chiussi, L., Cohesion, convergence and coherence of international law, Andenas, M. T., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (Eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, Nijhoff, 2019;

Anzilotti, D., *Cours de droit international* (trans. Gidel, 1929), Panthéon-Assas/LGDJ, Paris, 1999;

Blondel, A., *Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice*, *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Institut universitaire de hautes études internationales, Geneva, 1968;

Bogdan, M., *General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations*, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46, 1977, pp. 37-53;

Cheng, B., *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 1953;

Cherif Bassiouni, M., *A Functional Approach to "General Principles of International Law"*, *Michigan Journal of International Law*, 11 (3), 1990, pp. 768-818;

Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012;

Degan, V. D., *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1997;

Fifth report of the Special Rapporteur, Sir Michael Wood, A/CN.4/717, 70th session of the ILC, 2018;

First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 71st session of the ILC, 2019;

First report of the Special Rapporteur, Sir Michael Wood, A/CN.4/663, 65th session of the ILC, 2013;

Gaja, G., General Principles in the Jurisprudence of the ICJ, Wouters, J., Andenas, M., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Chiussi, L., (Eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Brill – Nijhoff, 2019;

ICJ, Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso v Republic of Mali) (Judgment), ICJ Reports 1986;

ICJ, Case Concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v Thailand) (Merits), ICJ Reports 1962;

ICJ, North Sea Continental Shelf cases, (Federal Republic of Germany v Denmark; Federal Republic of Germany v Netherlands), ICJ Reports 1969;

ICJ, Nuclear Tests Cases (Australia v France; New Zealand v France), ICJ Reports 1974;

International Law Association (ILA) Draft Report: *The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law*, https://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReportSG_DomesticLawPrinciples.pdf (20.09.2022)

Janković, B., Radivojević, Z., Međunarodno javno pravo, Niš, Sven, 2019;

Lammers, J. G., General principles of law recognized by civilized nations, Kalshoven, F., Kuyper, P. J., Lammers, J. G. (Eds.), Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys, Alphen aa den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980;

Palchetti, P., The role of general principles in promoting the development of customary international rules, Andenas, M. T., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (Eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Brill, Nijhoff, 2019;

PCIJ, River Meuse Case (*Netherlands v Belgium*) PCIJ Reports Series A/B No 70;

Pellet, A., Müller, D., Article 38, Zimmermann, A., Tams, C. J. (Eds.), The Statute of the International Court of Justice: A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2019;

Raimondo, F. O., *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2008;

Redgwell, C., *General principles of international law*, Vogenauer, S., Weatherill, S. (Eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives*, Hart, 2017;

Rosenne, S., *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2006;

Schachter, O., *International law in theory and practice: General course in Public International Law, Collected Courses, The Hague Academy of International Law*, 178, 1982-V, pp. 1-395;

Second Report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/741, 72nd session of the ILC;

Second Report on jus cogens, A/CN.4/706, Mr Dire Tladi, the Special Rapporteur of the International Law Commission;

Shao, X., *What We Talk about When We Talk about General Principles of Law, Chinese Journal of International Law*, 20 (2), 2021, pp. 219–255;

Simma, B., Alston, P., *The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles, Australian Yearbook of International Law*, vol. 12, 1989, pp. 82-108;

Skomerska-Muchowska, I., *Some remarks on the role of general principles in the interpretation and application of international customary and treaty law, Polish Yearbook of International Law*, vol. 37 (2017), pp. 255-274;

Third report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 73rd session of the ILC, 2022;

Thirlway, H., *The Sources of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2019;

UN Yearbook of the International Law Commission, 1949, United Nations, New York, 1956, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1949_v1.pdf (20.09.2022)

UN Yearbook of the International Law Commission, 2013, vol. I, 3183rd meeting; United Nations, New York, Geneva 2018, https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2013_v1.pdf (20.09.2022)

Vázquez-Bermúdez, M., Crosato A., *General Principles of Law: The First Debate within the International Law Commission and the Sixth Committee*,

Chinese Journal of International Law (2020), 19 (1), pp. 157-172;

Yee, S., Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7, 2016, pp. 472-498;

Yee, S., *Towards an International Law of Coprogressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility*, Brill – Nijhoff, 2014;

Yusuf, A., Concluding remarks, Andenas, M. T., Fitzmaurice, M., Tanzi, A., Wouters, J. (Eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill, Leiden, 2019.

Sanja Đorđević Aleksovski, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SOME CONSIDERATIONS ON THE CODIFICATION OF GENERAL PRINCIPLES OF LAW IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW

Summary

In earlier legal doctrine, there were controversial questions about the legal nature of the general principles of law (i.e. whether they are an independent formal source of International Public Law/IPL), and their role and mutual relationship in the system of formal legal sources. Today, the prevailing view is that they are actually an independent legal source; it is undoubtedly the main source but it is also a supplementary or subsidiary one, which primarily serves international adjudication in cases of legal lacunas (necessary gap-filling), and overcoming non liquet situations. The mere fact that codification of this matter started as late as 2018 before the International Law Commission (ILC) speaks volumes of the insufficient knowledge of general principles of law in IPL. The Special Rapporteur has tried to unravel the key controversial issues and systematize general principles of law in his three reports so far (2019, 2020 and 2022).

The paper analyzes the ongoing work of the ILC on the codification of general principles of law. It is no coincidence that it is the last formal source of IPL to undergo the codification process since it is a multi-faceted and problematic undertaking. The understanding of their dual origin is at the core of the controversial debate that has been going on for the last three years before the ILC. Namely, according to the idea of the Special Rapporteur, not only can they be derived from national legal systems but certain general principles of law are understood to be inherent to the international legal order itself, which has not been widely accepted.

In addition to the dual origin thesis, the other stumbling block is the problem of relationship of general legal principles to other formal sources, which can be observed and analyzed in several ways. First, considering the question of the mutual (inter-)relationship between the three main formal sources of IPL (international treaties, international customary law, and general principles of law), the main conclusion is that there is no hierarchical order between them. Second, the relationship that exists or can exist between the IPL peremptory norms and general principles of law is explained in the ILC report on the codification of ius cogens norms, by which general principles of law can form the basis for the creation of imperative norms. Third, the ILC reports pay special atten-

tion to the relationship of demarcation or delimitation of general principles of law from other main formal sources. The problem of determining the existence and content of general principles of law is particularly visible in cases of parallel existence, which implies two possibilities: 1) the simultaneous existence of a legal rule as a general principle of law with a simultaneous dual origin (as it can originate not only from national legal systems but also from the international legal order as well); or 2) that a certain legal rule exists at the same time in the form of several formal sources and appears not only as a general principle of law but also as conventional or customary rule.

Bearing in mind the vigorous debate and conflicting opinions in the ILC, which spilled over into the Sixth Committee of the UN General Assembly, and considering the fundamental disagreement among the subjects of the ILC (primarily states as the dominant and most numerous participants) on the matter of the dual origin of general principles of law, one should not expect that all of the Special Rapporteur proposals will be adopted in the final draft. However, regardless of the final result of the work on the codification of general principles of law, there is no fear of their ostracism or marginalization as a formal source. In effect, in the process of fragmentation and expansion of international law, they will gain more and more practical importance thanks to their flexibility resulting from their unwritten nature.

Keywords: *general principles of law, codification, International Law Commission.*

ОДГОВОРНОСТ у правном и друштвеном контексту : тематски зборник радова Правног факултета у Нишу. Кпј. 2 / [главни и одговорни уредник Небојша Раичевић]. - Ниш : Правни факултет Универзитета, 2022 (Ниш : Графика Галеб). - 284 стр. ; 25 cm

Према предговору ово је резултат истраживања на...[истоименом] пројекту који се реализује на Правном факултету у Нишу за период 2021-2025. година. - Тираж 100. - Реч уредника: стр. 5. - Напомене и библиографске референце уз текст. - Библиографија уз сваки рад. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-297-4 (брош.)

а) Грађанскоправна одговорност -- Зборници б) Кривична одговорност -- Зборници в) Друштвена одговорност -- Зборници г) Међународно кривично право -- Одговорност -- Зборници д) Привредно право -- Одговорност -- Зборници

347.4(082)

343.222(082)

172(082)

341.4:347.53(082)

347.7:172(082)

COBISS.SR-ID 84280841