

Правни факултет
Универзитета у Нишу

ПРОЈЕКАТ
“УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ”

ЗБОРНИК РАДОВА
КЊИГА СЕДМА

Ниш, 2020.

ПРОЈЕКАТ
“УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ”

Зборник радова
Књига седма

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Горан Обрадовић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Горан Обрадовић

Рецензенти

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

Проф. др Саша Кнежевић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

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

Технички уредник

Владимир Благојевић

Превод резимеа

Гордана Игњатовић

Штампа

Графика Галеб Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-266-0

Зборник радова резултат је истраживања на пројекту Усклађивање права Србије са правом Европске уније, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2020 године.

САДРЖАЈ

Реч уредника	1
Др Зоран Радивојевић, Др Небојша Раичевић, КО МОЖЕ ТРАЖИТИ НАДОКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ОД ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА?	3
Др Драган Јовашевић, ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ - КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ПРАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И СРБИЈЕ	21
Др Миомира Костић, THE SIGNIFICANCE OF ILLITERACY: THE PAST OR CONTEMPORARY PHENOMENON	49
Др Видоје Спасић, МИРИС КАО ФАКТИЧКО И ИНСТИТУЦИОНАЛНО СРЕДСТВО У ПРИДОБИЈАЊУ ПОТРОШАЧА	59
Др Славиша Ковачевић, КАРАКТЕР ДРУШТВА И ДЕМОКРАТИЗАЦИЈА ПОЛИТИКЕ	79
Др Дејан Вучетић, АНАЛИЗА УПРАВНО-СУДСКЕ ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА ПРУЖЕНЕ ПОВОДОМ ЛОКАЛНИХ ИЗБОРА 2016. ГОДИНЕ	93
Др Сузана Медар, ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ	119
Др Александар Мојашевић, Др Љубица Николић, ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПАРНИЦЕ И ПРЕГОВАРАЊА	135
Др Милош Прица, ЈЕДИНСТВО ПРАВНОГ ПОРЕТКА КАО УСТАВНИ ПРИНЦИП И ЗАКОНСКО УРЕЂИВАЊЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ	157

Др Урош Здравковић,

КРАТАК ОСВРТ НА ПРЕДМЕТ И РАЗВОЈ МЕЂУНАРОДНОГ
ЕКОНОМСКОГ ПРАВА..... 187

Сања Ђорђевић Алексовски,

ТУМАЧЕЊА МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ
ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА ИЗ БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О УГОВОРНОМ
ПРАВУ ОД СТРАНЕ СУДА ПРАВДЕ ЕУ 203

РЕЧ УРЕДНИКА

Поштовани читаоци и аутори,

Пред нама је седма књига Зборника радова са Пројекта „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу. Као резултат вишегодишњих пројектних активности (од 2013. године), до сада је у зборницима публикован изузетно велик број научних и стручних радова, превасходно из области права, али и из других области са којима се право додирује.

Број који је пред нама садржи једанаест ауторских и коауторских радова наставника и сарадника Правног факултета Универзитета у Нишу. Радови су из различитих области права: међународног, кривичног, трговинског, управног, теорије државе и права, али и из економије и политикологије. Комбинација научне изврсности и практичне применљивости у радовима најбоље сведочи о њиховом значају за правну науку. У наредном периоду настојаћемо да задржимо досадашњи ниво радова, као и да повећамо њихов број.

Посебну захвалност дугујемо рецензентима: проф. др Мирославу Лазићу, проф. др Саши Кнежевићу и проф. др Срђану Голубовићу. Својим несебичним залагањем у многоме су допринели квалитету овог Зборника.

Ниш, април 2020.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Горан Обрадовић

Др Зоран Радивојевић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу
Др Небојша Раичевић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

UDK: 347.426.4:[341.6:342.7(4)]
341.6

КО МОЖЕ ТРАЖИТИ НАДОКНАДУ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ ОД ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА?¹

Апстракт: У овом раду аутори ближе одређују круг субјеката који од ЕСЉП могу тражити накнаду нематеријалне штете као посебан облик правичног задовољења. У највећем броју случајева накнаду нематеријалне штете захтевају директне жртве, а то су поједници непосредно и лично погођени кршењем неког права из Конвенције. Накнаду могу тражити и индиректне жртве које су погођене кршењем права неке друге особе. Накнаду нематеријалне штете може захтевати и група лица које повезује то што су погођена истом повредом Конвенције. Невладине организације могу тражити накнаду нематеријалне штете само ако имају приватни карактер и не врше никава владина овлашћења или јавне функције. Исто право Суд је признао и трговачким друштвима, предузећима и компанијама комерцијалног карактера. Државе уговорнице су веома ретко користиле могућност коју им даје Конвенција да подносе представке и траже накнаду нематеријалне штете. Суд је тек недавно два пута досудио накнаду нематеријалне штете на захтев држава.

Кључне речи: нематеријална штета, накнада, правично задовољење, Европски суд за људска права, директна жртва, индиректна жртва, група лица, невадина организација, држава уговорница.

1. Увод

Према Европској конвенцији о људским правима и основним слободама (даље: ЕКЉП или Конвенција) свака особа, невадина организација или

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

група лица, уколико сматрају да им је повређено неко право, могу се обратити непосредно Европском суду за људска права (даље: ЕСЉП или Суд)². Исту могућност има и свака држава уговорница када сматра да се повреда Конвенције или протокола уз њу може приписати другој страни уговорници³.

Уколико поводом поднетих представки Суд утврди да постоји кршење Конвенције или протокола и ако унутрашње право омогућава само делимичну накнаду предвиђена је могућност да се оштећеној страни досуди правично задовољење. Правни основ за такво поступање налази се у чл. 41 Конвенције који, међутим, није предвидео у којим се облицима може пружити то правично задовољење.

Кроз досадашњу судску праксу искристалисало се неколико основних облика тог задовољења. Суд је, пре свега, досуђивао правично задовољење у новцу, али је изрицао и неке неновчане мере. Оштећеној страни новчани износ може бити додељен као накнада материјалне штете, накнада нематеријалне штете или накнада трошкова поступка. Неновчано правично задовољење може се пружити у виду декларативне изјаве да постоји повреда људских права из Конвенције и изреком да треба извршити повраћај у пређашње стање (*restitutio in integrum*) или предузети неке друге мере.⁴

Циљ анализе у овом раду је одређивање круга субјеката који могу тражити накнаду нематеријалне штете као посебан облик правичног задовољења. Нематеријална (морална, неимовинска) штета је штета на личним или неимовинским добрима човека као што су живот, здравље, слобода, част, углед и друго, као и она штета на материјалним добрима која не погађа само то добро него и његовог власника или корисника.⁵

Међутим, у Конвенцији не постоји еnumerативно набрајање повода због којих се може тражити надокнада нематеријалне штете. У одсуству једне такве одредбе остављено је да то питање у сваком конкретном случају решава сам Суд. Накнаду нематеријалне штете Суд је досуђивао по више основа, као што су бол, патња, стрес, страх, забринутост, узнемиреност, непријатност,

² Чл. 34 ЕКЉП.

³ Чл. 33 ЕКЉП.

⁴ Небојша Раичевић, Мере које грађани Србије и Црне Горе могу очекивати од Европског суда за људска права у случају утврђивања повреде њихових права, У: З. Радивојевић (Ур.). *Европски систем заштите људских права - искуства и нови изазови*, Ниш, 2005, 163–175.

⁵ Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2018, стр. 220.

неизвесност, фрустрација, осећање изолованости, беспомоћности, конфузије и немира, осрамоћење, понижавање или губитак могућности, угледа и везе.

Начело надокнаде нематеријалне штете успостављено је у пракси ЕСЉП-а у предметима *Vagrancy*,⁶ али је она по први пут досуђена у случају *Ringeisen*.⁷ Након тога, у својој богатој и добро утемељеној јуриспруденцији, Суд је изградио ближа правила која се тичу субјеката који могу тражити и добити надокнаду нематеријалне штете. Пре свега, израз „оштећена страна” из чл. 41 Конвенције данас представља синоним за појам „жртва” у чл. 34 Конвенције⁸. Из тога произилази да свако ко је на основу Конвенције активно легитимисан да се обрати Суду, може, такође, захтевати од њега да му пружи правично задовољење у виду моралне одштете. Сходно томе, надокнаду нематеријалне штете проузроковане повредом права загарантованих Конвенцијом могу тражити појединци, групе особа, невладине организације и државе.

2. Појединци и групе

Свака особа може поднети представку против државе уговорнице која јој је наводно повредила неко право загарантовано Конвенцијом, без обзира на држављанство, пребивалиште и пословну способност те особе.⁹ Приликом утврђивања *locus standi* ЕСЉП није везан домаћим критеријумима јер

⁶ De Wilde, Ooms and Versyp (“Vagrancy”) v. Belgium (Article 50), Application nos. 2832/66; 2835/66 and 2899/66, 10 March 1972.

⁷ Ringeisen v. Austria (Article 50), Application no. 2614/65, Judgment of 22 June 1972.

⁸ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2006, p. 258; David Harris, Michael O’Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, *Harris, O’Boyle & Warbrick Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2014, p. 161. До ступања на снагу Протокола бр. 14 ова два термина се нису у потпуности поклапала јер је у неким ситуацијама било могуће да постоји кршење Конвенције, а да апликант не претрпи штету, тј. да не буде „оштећена страна”. На пример, то се дешавало у предметима где су подносиоци представке указивали на незаконито одређивање притвора, иако им је касније тај притвор урачунат у законито изречену затворску казну (видети предмет: De Jong, Baljet and van den Brink v. the Netherlands, Application nos. 8805/79, 8806/79 and 9242/81, Judgment of 22 May 1984, paras. 40–41). Таква могућност је отклоњена ступањем на снагу Протокола бр. 14, који је увео услов „значајне штете” као додатни критеријум за прихватљивост представке. Након те новине, апликант већ у фази оцене прихватљивости мора доказати да је претрпео значајну штету, тако да се ЕСЉП неће упуштати у меритум ствари ако подносилац представке није истовремено и оштећена страна. Дакле, данас сваки апликант који прође тест прихватљивости јесте и оштећена страна.

⁹ Zehentner v. Austria, Application no. 20082/02, Judgment of 16 July 2009, para. 39.

национална правила имају другачију сврху од оне садржане у чл. 34 Конвенције.¹⁰

У највећем броју случајева представке подносе и од Суда захтевају надокнаду нематеријалне штете директне жртве кршења зајемчених права. То су особе непосредно и лично погођене кршењем неког права из Конвенције. Оне директно трпе последице чињења или нечињења државних органа. Чак и привремене негативне последице по дату особу могу бити довољне да се она сматра директном жртвом¹¹ и поднесе захтев за накнаду нематеријалне штете.

Надокнаду нематеријалне штете могу захтевати и индиректне жртве. То су жртве које су лично погођене кршењем људских права неке друге особе. Оне нису погођене кршењем својих личних права, већ су индиректно погођене кршењем нечијих туђих права.¹² То су најчешће блиски сродници директне жртве који због кршења њених права из Конвенције доживљавају патњу, забринутост, узнемиреност или нелагоду. Међутим, та лица не стичу аутоматски статус индиректне жртве и право да поднесу представку ЕСЉП. Она ће имати *locus standi* само уколико њихова патња надмашује оно што је уобичајено или неизбежно у случају када је члан породице изложен кршењу људских права.¹³

ЕСЉП допушта рођацима да покрену поступак и траже надокнаду нематеријалне штете у случају када је директна жртва преминула пре него што је представку поднела Суду. Као пример за ту ситуацију можемо навести случај *Ramsahai и остали против Холандије* где је ЕСЉП прихватио заједничку представку деде, бабе и оца осамнаестогодишњег младића убијеног од стране полиције приликом хапшења. Суд је утврдио да поводом лишења живота младића није спроведена адекватна званична истрага, чиме је повређен чл. 2 Конвенције. Због те повреде, ЕСЉП је апликантима као индиректним жртвама досудио нематеријалну штету у укупном

¹⁰ Scozzari and Giunta v. Italy, Application nos. 39221/98 and 41963/98, Grand Chamber Judgment of 13 July 2000, para. 139.

¹¹ Monnat v. Switzerland, Application no. 73604/01, Judgment of 21 September 2006, para. 33.

¹² У овој ситуацији Суд досуђује надокнаду нематеријалне штете не „оштећеној страни”, већ особи којој је дозвољено да поднесе представку; Szilvia Altwicker-Hámori, Tilmann Altwicker, Anne Peters, Measuring Violations of Human Rights: An Empirical Analysis of Awards in Respect of Non-Pecuniary Damage under the European Convention on Human Rights, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, No. 76, 2016, p. 15.

¹³ Orhan v. Turkey, Application no. 25656/94, Judgment of 18 June 2002, para. 358.

износу од 20.000 евра.¹⁴ Суд је на исти начин поступио и у другим бројним случајевима.¹⁵

Такође, ЕСЉП је прихватио и представке блиских рођака и досуђивао им надокнаду нематеријалне штете у случају нестанка особе за коју се претпоставља да није жива. Тако је у случају *Kurt*¹⁶ представку поднела мајка у своје име и име свог сина за којег је тврдила да је нестао током војне акције турских безбедносних снага у селу на југоистоку Турске у ком живе Курди. Она је навела да су државни органи остали пасивни упркос њеним бројним захтевима да се сазна где се њен син налази. Суд је нашао да због нестанка сина и пропуштања власти да спроведу ефикасну истрагу о његовом нестанку, постоји повреда чл. 3 (забрана нечовечног и понижавајућег поступања) и досудио мајци износ од 10.000 британских фунти на име нематеријалне штете коју је претрпела.

У случају несталих особа Суд је налазио да према рођацима апликанта постоји нехумано поступање супротно чл. 3 Конвенције. Суд је наглашавао да се у тој ситуацији повреда чл. 3 не заснива на самом чину „нестанка” особе, већ на изостанку акције власти након што су им чланови породице пријавили нестанак рођака.¹⁷

Да ли је рођак нестале особе жртва поступања супротног чл. 3 Конвенције зависи од постојања посебних фактора, који укључују „блискост породичне везе, посебне околности те везе, у којој мери је члан породице био сведок догађаја о којима је реч, ангажовање члана породице у настојањима да се прибаве информације о несталој особи и начин на који су власти одговориле на те захтеве”.¹⁸ У поменутом случају *Kurt*, Суд је утврдио да је мајка нестале особе била присутна приликом хапшења и одвођења сина, као и да је убрзо након његовог нестанка обавестила јавног тужиоца, који није озбиљно размотрио њен захтев. Суд је закључио да у ситуацији када зна да јој је син ухапшен, а не може добити никакве службене информације о његовој судбини, мајка трпи дуготрајну патњу, чиме је

¹⁴ *Ramsahai and Others v. the Netherlands*, Application no. 52391/99, Judgment of 10 November 2005.

¹⁵ На пример, *Gulec v. Turkey*, Application no. 21593/93, Judgment of 27 July 1998; *Akkoc v. Turkey*, Application nos. 22947/93 and 22948/93, Judgment of 10 October 2000; *Musayev and Others v. Russia*, Application nos. 57941/00, 58699/00 and 60403/00, Judgment of 26 July 2007; *Solomou and Others v. Turkey*, Application no. 36832/97, Judgment of 24 June 2008.

¹⁶ *Kurt v. Turkey*, Application no. 24276/94, Judgment of 25 May 1998.

¹⁷ *Orhan v. Turkey*, Application no. 25656/94, Judgment of 18 June 2002, para. 358; *Utsayeva and Others v. Russia*, Application no. 29133/03, Judgment of 29 May 2008, para. 185.

¹⁸ *Ibragimov and Others v. Russia*, Application no. 34561/03, Judgment of 29 May 2008, para. 105.

изложена забрањеном нехуманом поступању.¹⁹ За разлику од тога, у случају *Çakici*, Суд је констатовао да апликант није био присутан када су безбедносне снаге одвеле његовог брата јер живи у сасвим другом граду, нити се посебно ангажовао да од званичних органа добије информације о несталим брату, те је закључио да у таквим околностима не постоји кршење чл. 3 Конвенције.²⁰

Поред родитеља и деце, Суд је надокнаду нематеријалне штете признавао и осталим блиским рођацима,²¹ супружницима,²² па чак и ванбрачном партнеру преминуле или нестале жртве.²³ При томе, Суд је констатовао да за стицање статуса индиректне жртве није битно да ли су подносиоци представке наследници преминуле (нестале) особе.²⁴

Суд је блиским рођацима досуђивао надокнаду нематеријалне штете и у случају када је преминула особа била изложена тортури.²⁵ С друге стране, ЕСЉП је „доследно одбацивао као неприхватљиве *ratione personae* представке поднете од стране рођака преминуле особе које су се односиле на наводне повреде права изван оних заштићених чланом 2 и 3 Конвенције”.²⁶ Према схватању Суда, рођаци преминуле особе не могу бити сматрани жртвом у случају повреде чл. 5, 6 и 13 Конвенције јер се ради о категорији непреносивих права.²⁷

Специфична ситуација постоји када апликант који је већ поднео представку ЕСЉП умре током трајања тог поступка. Још је Европска комисија за људска права (даље: Комисија) заузела став да смрт подносиоца представке не доводи до „аутоматског одбацивања његовог захтева”, већ „његови правни наследници треба да одлуче да ли ће одржати његов захтев или дозволити да буде избрисан са листе”.²⁸ Међутим, „наследници преминулог

¹⁹ *Kurt v. Turkey*, Application no. 24276/94, Judgment of 25 May 1998, para. 133.

²⁰ *Çakici v. Turkey*, Application no. 23657/94, Grand Chamber Judgment of 8 July 1999, para. 99.

²¹ *Ibragimov and Others v. Russia*, Application no. 34561/03, Judgment of 29 May 2008.

²² *Utsayeva and Others v. Russia*, Application no. 29133/03, Judgment of 29 May 2008.

²³ *Velikova v. Bulgaria*, Application no. 41488/98, Judgment of 18 May 2000. Подносиатељка представке је живела 12 година са убијеним партнером и са њим имала троје деце.

²⁴ *Van Colle v. the United Kingdom*, Application no. 7678/09, Judgment of 13 November 2013, para. 86.

²⁵ *Keenan v. the United Kingdom*, Application no. 27229/95, Judgment of 3 April 2001.

²⁶ *Gradinar v. Moldova*, Application no. 7170/02, Judgment of 8 April 2008, para. 91.

²⁷ *Bic and Others v. Turkey*, Application no. 55955/00, Judgment of 2 February 2006, para. 22.

²⁸ *Baader, Meins, Meinhof and Grundmann v. Federal Republic of Germany*, Application no. 6166/73, Decision on the admissibility of 30 May 1975, Decisions and Reports, vol. 2,

подносиоца представке немају генерално право да испитивање представке буде настављено”, већ ће се то десити једино уколико у конкретном случају „наследник има довољан интерес” да оправда наставак поступка.²⁹

Особе које претендују да наставе поступак морају доказати да су рођаци или наследници преминулог апликанта и да имају легитимни интерес за наставак поступка.³⁰ За доказивање својства наследника није потребна формална одлука националних оставинских органа. С друге стране, Суд није узимао у обзир захтеве особа које нису приложиле никакве доказе о сродничкој или наследничкој вези са апликантом или постојању легитимног интереса за наставак поступка.³¹

У великом броју случајева Суд и Комисија одбијали су захтеве рођака да наставе поступак и скидали предмет са листе, правдајући такву одлуку чињеницом да је „представка била тесно повезана са личношћу преминулог апликанта”.³² Насупрот томе, у ситуацијама када су ЕСЉП и Комисија установили да рођаци жртве имају легитимни интерес за наставак поступка, допуштали су његово настављање и рођацима примарних жртава досуђивали надокнаду нематеријалне штете. Суд је дозвољавао настављање поступака вођених због кршења врло различитих права првобитног апликанта. На пример, допуштен је наставак поступка покренутог због повреде чл. 5 Конвенције (незаконито одређивање притвора супругу, односно оцу,³³ неоправдано дуго трајање притвора одређеног сину³⁴), чл. 6 Конвенције (осуда супруга на казну затвора без

р. 66. Исти став Комисије може се видети и у предметима: X. v. the Federal Republic of Germany, Application no. 4427/70, Decision on the admissibility of 24 May 1971; Collection of Decisions, vol. 38, p. 39; Ensslin, Baader and Raspe v. Federal Republic of Germany, Application nos. 7572/76, 7586/76 and 7587/76, Decision on the admissibility of 8 July 1978, vol. 14, pp. 67 and 83, p. 107.

²⁹ Richard Kofler v. Italy, Application no. 8261/77, Report of the Commission, 9 October 1982, para. 16; Franz Mathes v. Austria, Application no. 12973/87, Report of the Commission, 13 January 1992, para. 18.

³⁰ То не морају бити најближи сродници преминулог подносиоца представке, већ могу бити и његови даљи рођаци. На пример, у случају *Malhous против Чешке*, поступак је настављен на основу захтева нећака пошто је он одређен за тестаменталног наследника; Malhous v. the Czech Republic, Application no. 33071/96, Grand Chamber Judgment of 12 July 2001.

³¹ Léger v. France, Application no. 19324/02, Grand Chamber Judgment of 30 March 2009, paras. 42–51;

³² Franz Mathes v. Austria, Application no. 12973/87, Report of the Commission, 13 January 1992, paras. 19.

³³ Lukanov v. Bulgaria, Application no. 21915/93, Judgment of 20 March 1997.

³⁴ Janus v. Poland, Application no. 8713/03, Judgment of 21 July 2009.

поштовања процедуралних гаранција,³⁵ неразумно трајање поступка за надокнаду штете сину зараженом HIV вирусом³⁶), чл. 8 Конвенције (нарушаваће неповредивости синовљеве преписке),³⁷ чл. 10 Конвенције (ометаће слободу изражавања супруга, односно оца)³⁸ и чл. 1 Протокола 1 (повреда стричевог права на имовину).³⁹

Суд је чак у једном случају прихватио представку поднету након смрти директне жртве. Он је узео у разматрање захтев који је 1983. године поднела удовица због кршења претпоставке невиности њеног мужа преминулог 1981. године, од стране немачког суда након његове смрти. ЕСЉП је прихватање представке у том случају оправдао тврдњом „да претпоставка невиности има за циљ да заштити свакога ко је оптужен за кривично дело од осуде уколико његова кривица није законито доказана”.⁴⁰ Уколико се претпоставка невиности доведе у питање након смрти оптуженог, не може се његовој удовици онемогућити покретање поступка пред Судом, тако да ће она имати то право уколико „докаже сопствени легитимни материјални интерес као наследник покојника и свој и морални интерес породице, за отклањање било каквог накнадног установљења кривице покојног мужа”.⁴¹

На крају, нематеријалну штету може захтевати и „група лица” коју чине појединци повезани одређеним заједничким интересом. Конвенција је дала активну легитимацију и овој категорији јер се може десити да повреда права буде учињена према неком скупу људи, „који нема никакав правни статус, те не представља невладину организацију, а ни правно лице”.⁴² Сваки члан те групе, уствари, подноси представку у своје име и за свој рачун због повреде сопствених права, тако да свако од њих мора

³⁵ *Colozza v. Italy*, Application no. 9024/80, Judgment of 12 February 1985.

³⁶ *X. v. France*, Application no. 18020/91, Judgment of 31 March 1992, para. 54.

³⁷ *Janus v. Poland*, Application no. 8713/03, Judgment of 21 July 2009.

³⁸ *Ahmet Sadik v. Greece*, Application no. 18877/91, Judgment of 15 November 1996. Суд је у овом предмету прихватио наставак поступка од стране супруге и двоје деце, али је касније одбацио представку због тога што нису била исцрпљена сва унутрашња правна средства.

³⁹ *Malhous v. the Czech Republic*, Application no. 33071/96, Grand Chamber Judgment of 12 July 2001.

⁴⁰ *Nölkenbockhoff v. Germany*, Application no. 10300/83, Judgment of 25 August 1987, para. 33.

⁴¹ *Nölkenbockhoff v. Germany*, Application no. 10300/83, Judgment of 25 August 1987, para. 33.

⁴² Д. Поповић, *Европски суд за људска права*, Београд, 2008, стр. 58.

задовољити тест прихватљивости из чл. 34 и 35 Конвенције.⁴³ ЕСЉП захтеве ових лица повезује у један предмет уколико могу показати да су сви они погођени истом повредом Конвенције. Као пример за досуђивање нематеријалне штете групи лица може се навести предмет *Guerra и остали против Италије* који је покренут представком 40 житеља италијанског градића Манфредонија. Суд је нашао да је због испуштања отровних материја из хемијске фабрике у близини града повређен чл. 8 (право на приватни породични живот) и досудио је сваком апликанту по 10 милиона италијанских лира.⁴⁴ Слично томе, у предмету *Д.Н. и остали против Чешке* поступак је покренула група од 18 припадника ромске мањине. Они су тврдили да их чешке власти дискриминишу приликом уписа у школе и због тога су од Суда тражили новчану одштету. ЕСЉП је утврдио постојање наведене дискриминације и сваком апликанту досудио по 4.000 евра на име надокнаде нематеријалне штете.⁴⁵

3. Невладине организације

Накнаду нематеријалне штете могу тражити и невладине организације.⁴⁶ Термин „невладине организације“ употребљен у чл. 34 Конвенције оухвата правна лица и то само она која имају приватни карактер, то јест која не врше никаква владина овлашћења. Широки круг приватних организација је подносио представке ЕСЉП и тражио надокнаду нематеријалне штете, као што су компаније,⁴⁷ синдикати,⁴⁸ цркве и друге верске институције,⁴⁹

⁴³ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима – коментар*, Београд, 2006, стр. 433.

⁴⁴ *Guerra and Others v. Italy*, Application no. 14967/89, Grand Chamber Judgment of 19 February 1998.

⁴⁵ *D.N. and Others v. the Czech Republic*, Application no. 57325/00, Judgment of 13 November 2007.

⁴⁶ За разлику од тога, у америчком систему заштите људских права не пружа се заштита правним лицима јер се полази од тога да придев „људска“ ограничава примену тих права само на физичка лица; Ludovic Hennebel, *The Inter-American Court of Human Rights: The Ambassador of Universalism*, *Quebec Journal of International Law*, Septemebr 2011, p. 61.

⁴⁷ *Sud Fondi Srl v. Italy*, Application no. 75909/01, Judgment of 20 January 2009; *Koka Hybro Komerc DOO Broyler v. Serbia*, Application no. 59341/09, Judgment of 14 March 2017.

⁴⁸ *Trade Union of the Police in the Slovak Republic and Others v. Slovakia*, Application no. 11828/08, Judgment of 25 September 2012; *United Civil Aviation Trade Union and Csorba v. Hungary*, Application no. 27585/13, Judgment of 22 May 2018.

⁴⁹ *Jehovah's Witnesses of Moscow and Others v. Russia*, Application no. 302/02, Judgment of 10 June 2010.

удружења,⁵⁰ новине,⁵¹ радио станице,⁵² политичке партије⁵³ и села.⁵⁴ Ове невладине организације имају статус жртве и могућност тражења накнаде нематеријалне штете уколико докажу да су оне саме погођене мерама на које су указале у представи. Кршења Конвенције која погађају једино чланове не могу довести до стицања статуса жртве њихове организације.⁵⁵

За разлику од невладиних организација, *locus standi* пред ЕСЉП немају централни органи државе и децентрализовани органи који врше „јавне функције”, без обзира на њихову аутономију у односу на централне органе; исто се односи и на локалне и регионалне власти.⁵⁶ Правна лица која учествују у вршењу владиних овлашћења или врше јавне службе под државном контролом такође немају субјективитет за подношење представки.⁵⁷ Предузећа у државном власништву и ентитети јавног права могу пак подносити представке, али једино ако уживају довољну институционалну и оперативну независност од државе (не врше „владина овлашћења”, нису основана „у сврху јавне управе” и потпуно су независна од државе).⁵⁸

Посебан проблем представљало је прихватање могућности да приватна предузећа и компаније претрпе нематеријалну штету повредом њихових права садржаних у Конвенцији. Изворна намера твораца Конвенције вероватно није била да се трговачким друштвима унутрашњег права омогући да траже и добију ову врсту накнаде. ЕСЉП је у почетку, такође,

⁵⁰ Association Ekin v. France, Application no. 39288/98, Judgment of 17 July 2001.

⁵¹ Alithia Publishing Company Ltd and Constantinides v. Cyprus, Application no. 17550/03, Judgment of 22 May 2008.

⁵² Radio France and Others v. France, Application no. 53984/00, Decision of 23 September 2003 and Judgment of 30 March 2004.

⁵³ Freedom and Democracy Party (OZDEP) v. Turkey, Application no. 23885/94, Judgment of 8 December 1999.

⁵⁴ Muonio Saami Village v. Sweden, Application no. 28222/95, Decision as to the admissibility, 15 February 2000.

⁵⁵ David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates, Carla Buckley, op. cit., p. 89.

⁵⁶ Radio France and Others v. France, Application no. 53984/00, Judgment of 23 September 2003, para. 26.

⁵⁷ JKP Vodovod Kraljevo v. Serbia, Application nos. 57691/09 and 19719/10, Decision of 16 October 2018, paras. 23–26.

⁵⁸ The Holy Monasteries v. Greece, Application nos. 3092/87 and 13984/88, Judgment of 9 December 1994, para. 49; Islamic Republic of Iran Shipping Lines v. Turkey, Application no. 40998/98, Judgment of 13 December 2007, paras. 80–81.

изразио сумњу да комерцијална предузећа могу претрпети нематеријалну штету.⁵⁹

Па ипак, таква могућност у том периоду није била ни потпуно одбачена.⁶⁰ Тако су у случају *Sunday Times против В. Британије* представници Комисије изразили мишљење да у начелу треба признати одређено новчано задовољење у погледу моралне штете коју је новинска компанија као један од апликаната претрпела, али Суд није досудио накнаду жртви примењујући принцип *ne ultra petitum*.⁶¹ Нешто касније ЕСЉП се у већем броју предмета⁶² сложио са мишљењем представника Комисије и аргументима владе тужених држава да предузећа могу претрпети нематеријалну штету и да утврђивање повреде неког њиховог права из Конвенције само по себи представља довољно правично задовољење у погледу наводне нематеријалне штете.

Одлучујући заокрету прихватању права комерцијалних предузећа да траже надокнаду нематеријалне штете учињен је у предмету *Comingersoll против Португалије* када је Велико веће навело да и комерцијална предузећа могу претрпети нематеријалну штету, указујући, *inter alia*, на „углед компаније, неизвесност у планирању одлука, поремећаје у управљању компанијом (за које не постоји прецизан метод утврђивања последица) и на крају, у мањем обиму, узнемиреност и непријатност нанету члановима управљачког тима”.⁶³ У сагласном мишљењу уз ову пресуду четворо судија је критиковало став Суда да обештети компанију због узнемирености и непријатности коју су претрпели чланови управљачког тима компаније. Према њима, компанија је независни живи организам који је као такав заштићен правним поредком државе у питању и чија права, такође, уживају аутономну заштиту према ЕКЉП.⁶⁴ Упркос овом мишљењу, Суд је у неким каснијим случајевима наставио да се позива на „узнемиреност” и

⁵⁹ *Manifattura FL v. Italy*, Application no. 12407/86, 27. 02. 1992, para. 22.

⁶⁰ Vanessa Wilcox, *A Company's Right to Damages for Non-Pecuniary Loss*, Cambridge, 2016, pp. 62–66.

⁶¹ *Sunday Times v. UK*, Application no. 6538/74, Judgment of 06 November 1974, para. 14.

⁶² *Idrocalce Srl v. Italy*, Application no. 12088/86, Judgment of 27 February 1992, paras. 21–22; *Manifattura FL v. Italy*, Application no. 12407/86, Judgment of 27 February 1992, paras. 21–22; *Pressos Compania Naviera SA v. Belgium (Article 50)*, Application no. 17849/91, Judgment of 3 July 1997, para. 21; *New Verlags GmbH & Co. KG v. Austria*, Application no. 31457/96, Judgment of 11 January 2000, para. 66.

⁶³ *Comingersoll S.A. v. Portugal*, Application no. 35382/97, Grand Chamber Judgment of 6 April 2000, para. 35.

⁶⁴ Concurring opinion of Judge Rozakis joined by Judges Bratza, Caflish and Vajić.

„непријатност” нанету члановима менаџерског тима компаније,⁶⁵ додајући као нове разлоге „знатну непријатност”⁶⁶ и „продужену неизвесност”.⁶⁷

После пресуде у предмету *Comingersoll* накнада нематеријалне штете компанијама је досуђивана не само због повреде чл. 6 Конвенције (право на правично суђење),⁶⁸ већ и ради повреде чл. 7 (забрана кажњавања без закона),⁶⁹ чл. 8 (право на приватност),⁷⁰ чл. 10 (слобода изражавања),⁷¹ чл. 13 (право на делотворни правни лек),⁷² чл. 34 (право на подношење представке)⁷³ и чл. 1 Протокола бр. 1 (заштита својине).⁷⁴ Међутим, нека права из Конвенције нису подложна да их уживају правна лица,⁷⁵ као што су право на живот, право да се не буде изложен понижавајућем поступању или кажњавању, право на слободу, право на образовање и слобода мисли и савести.

⁶⁵ *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, Application no. 32283/04, Judgment of 17 June 2008, para. 105.

⁶⁶ *Unistar Ventures GmbH v. Moldova*, Application no. 19245/03, Judgment of 9 December 2008, para. 104.

⁶⁷ *Sutyazhnik v. Russia*, Application no. 8269/02, Judgment of 23 July 2009, para. 43.

⁶⁸ *Qufaj Co. Shpk v. Albania*, Application no. 54268/00, Judgment of 18 November 2004, para. 45; *Marpa Zeeland BV and Metal Welding BV v. the Netherland*, Application no. 46300/99, Judgment of 9 November 2004, para. 64; *Teltronic-CATV v. Poland*, Application no. 40140/99, Judgment of 10 January 2006, para. 70.

⁶⁹ *Sud Fondi Srl v. Italy*, Application no. 75909/01, Judgment of 20 January 2009, para. 118.

⁷⁰ *Société Colas Est and Others v. France*, Application no. 37971/01, Judgment of 16 April 2002, para. 50; *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, Application no. 74336/01, Judgment of 16 October 2007.

⁷¹ *Meltex Ltd and Mesrop Movsesyan v. Armenia*, Application no. 32283/04, Judgment of 17 June 2008, para. 85; *Centro Europa 7 Srl. and Di Stefano v. Italy*, Application no. 385433/12, Grand Chamber Judgment of 7 June 2012, para. 157.

⁷² *Iza Ltd and Makrakhidze v. Georgia*, Application no. 28537/02, Judgment of 27 September 2005, para. 49; *Glas Nadezhda EOOD and Elenkov v. Bulgaria*, Application no. 14134/02, Judgment of 11 October 2007, para. 71; *ZIT Company v. Serbia*, Application no. 37343/05, Judgment of 27 November 2007, para. 65.

⁷³ *Oferta Plus Srl v. Moldova*, Application no. 14385/04, Judgment of 12 February 2008, para. 76.

⁷⁴ *Dacia SRL v. Moldova*, Application no. 3052/04, Judgment of 24 February 2009, para. 62; *Rock Ruby Hotels Ltd v. Turkey*, Application no. 46159/99, Judgment of 26 October 2010, paras. 36–37; *Centro Europa 7 Srl. and Di Stefano v. Italy*, Application no. 385433/12, Grand Chamber Judgment of 7 June 2012, paras. 221–222.

⁷⁵ Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, op. cit., p. 53.

4. Државе

На основу чл. 33 свака држава уговорница овлашћена је да изнесе пред ЕСЉП било које наводно кршење Конвенције или протокола од стране друге уговорне стране.⁷⁶ Постоје две категорије представки које се могу поднети на основу овог члана Конвенције. Најпре, држава може указати на кршење Конвенције *in abstracto*, жалећи се на опште недостатке у некој другој уговорници, попут законодавних мера, административне праксе или систематских проблема.⁷⁷ У таквим случајевима држава апликант настоји да спречи наставак ових мера или пракси које нису у складу са Конвенцијом. Постоји и друга врста међудржавних представки у којима држава апликант наводи конкретна кршења људских права својих или страних држављана.⁷⁸ Овај други поступак сличан је ономе који се покреће индивидуалним представкама из чл. 34 Конвенције, а такође и дипломатској заштити која постоји у општем међународном праву.⁷⁹

До данас је поднет врло мали број међудржавних представки (само 24 од којих су 8 још увек у току), и у тим поступцима углавном су се појављивале земље са затегнутим политичким односима или бивши актери оружаних сукоба. Само у три случаја покренута међудржавним представкама ЕСЉП се бавио правичним задовољењем. Први пут је то учинио у предмету *Ирска против В. Британије*.⁸⁰ Пошто није био сигуран да ли је држава апликант у том спору тражила правично задовољење, Суд је затражио њено појашњење. Након што је добио одговор да она „не тражи од Суда да пружи правично задовољење ... било којој индивидуалној жртви кршења Конвенције”, ЕСЉП је закључио да није потребно даље разматрање тог питања.

Теку предмету *Кипар против Турске* Суд је се суштински ухватио у коштац са питањем правичног задовољења у поступцима покренутим међудржавним

⁷⁶ Право на подношење међудржавних представки проистиче директно из чланства у Конвенцији, тако да није потребна никаква даља изјава о прихватању те надлежности Суда.

⁷⁷ Те представке се баве колективним интересима.

⁷⁸ У тим случајевима у питању су само појединачни интереси.

⁷⁹ Поступак на основу чл. 33 Конвенције сличан је дипломатској заштити, али се од ње разликује по најмање две карактеристике. Државе уговорнице могу користити међудржавне представке не само за заштиту својих држављана, већ и за заштиту држављана других земаља, па чак и против њихових сопствених држава. Поред тога, новчана компензација добијена у том поступку не припада држави апликанту, већ жртвама кршења Конвенције.

⁸⁰ *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71, Judgment of 18 January 1978, para. 245.

представкама.⁸¹ У пресуди о меритуму из 2001. године Суд је само констатовао да „питање евентуалне примене члана 41 Конвенције није спремно за одлучивање и одложио његово разматрање”,⁸² док је у пресуди из 2014. године први пут у својој историји одобрио правично задовољење у међудржавним споровима и то детаљно образложио. ЕСЉП је најпре разматрао правовременост кипарског захтева за правично задовољење.⁸³ Иако је захтев поднет готово девет година након доношења главне пресуде, Суд је, узимајући у обзир околности датог случаја, закључио да захтев није застарео.

Суд је, затим, испитивао да ли је могућа примена чл. 41 у међудржавним поступцима. Турска је тврдила да се одштета „искључиво односи на патње индивидуалног подносиоца представке, тј. физичког лица, и стога нема никакав значај у међудржавним предметима”.⁸⁴ Међутим, позивајући се на принцип међународног јавног права да су државе дужне да плате репарацију за кршење уговорних обавеза, ЕСЉП је констатовао да се „члан 41 Конвенције, као такав, примењује у предметима између држава”.⁸⁵ Суд је, ипак, додао да се правично задовољење може тражити само уколико се поступак покреће ради заштите индивидуалног интереса (поступци који се баве конкретним кршењима људских права особа које се могу идентификовати), док то није могуће у поступцима покренутим за заштиту колективног интереса (притужбе против законских мера и административне праксе у некој уговорници). Прва врста поступака суштински је слична поступцима покренутим индивидуалним представкама на основу чл. 34 Конвенције. Ако Суд утврди кршење Конвенције, досуђивање правичног задовољења у тој врсти предмета, „може бити примерено имајући у виду посебне околности случаја”, узимањем у обзир, између осталог, „да ли се жртве кршења могу идентификовати, као и главну сврху покретања” тог поступка.⁸⁶ Уколико Суд досуди правично задовољење у међудржавним предметима, оно

⁸¹ *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, Application no. 25781/94, Grand Chamber Judgment of 12 May 2014. Главна пресуда у том случају, која је донета 2001. године, утврдила је 14 повреда Конвенције у северном делу Кипру окупираном од стране Турске, између осталог, чл. 2 (право на живот), чл. 3 (забрана мучења или нечовечног поступања), чл. 5 (право на слободу), чл. 8 (право на приватни и породични живот) и чл. 13 (право на ефикасан правни лек); *Cyprus v. Turkey (Merits)*, Application no. 25781/94, Grand Chamber Judgment of 10 May 2001.

⁸² Изрека пресуде, para. VIII.

⁸³ *Cyprus v. Turkey (Just Satisfaction)*, Application no. 25781/94, Grand Chamber Judgment of 12 May 2014, paras. 23–30.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 38.

⁸⁵ *Ibid.*, paras. 40–43.

⁸⁶ *Ibid.*, paras. 43, 45.

не припада држави, већ индивидуалним жртвама јер су оне „директно или индиректно повређене и примарно ‘оштећене’ кршењем једног или већег броја права из Конвенције”.⁸⁷ По томе се ова процедура разликује од дипломатске заштите код које исплаћена накнада припада држави која је иницирала поступак за заштиту свог грађанина.

У овом спору, ЕСЉП је досудио Кипру збирне износе од 30 милиона евра за нематеријалну штету коју су претрпели преживели рођаци 1.456 особа несталих у северном делу Кипра и 60 милиона евра за нематеријалну штету коју су претрпели становници настањени у енклавама на полуострву Карпас. Суд је назначио да кипарска влада ове износе мора дистрибуирати појединачним жртвама, под надзором Комитета министара Савета Европе. Међутим, ЕСЉП није дао никакве смернице за расподелу досуђене новчане суме.

Други пут ЕСЉП је досудио накнаду нематеријалне штете у међудржавним споровима у предмету *Грузија против Русије*. У главној пресуди из 2014. године Суд је нашао да је Руска Федерација прекршила чл. 3 (забрана нечовечног или понижавајућег поступања), чл. 5 (право на слободу), чл. 13 (право на ефикасно правно средство) и чл. 4 Протокола бр. 4 (забрана колективног протеривања странаца).⁸⁸ Након те пресуде, Грузија је поднела захтев за правично задовољење због кршења Конвенције почињене у односу на грузијске држављане. У току поступка, Суд је тражио од Грузије да достави листу појединачних жртава, што је она и учинила. Након изношења доказа, ЕСЉП је одлучио да Русија мора платити износ од 10 милиона евра на име нематеријалне штете коју је претрпела група од најмање 1500 држављана Грузије.⁸⁹ За разлику од предмета *Кипар против Турске*, Суд је овај пут дао инструкције држави апликанту како да досуђену суму расподели жртвама.⁹⁰

⁸⁷ Ibid., para. 46.

⁸⁸ *Georgia v. Russia (I) (Merits)*, Application no. 13255/07, Grand Chamber Judgment of 3 July 2014. Овај случај се односио на протеривање преко 4.600 грузијских држављана од стране Русије са њене територије у јесен 2006. године, од којих су неки били притворени и изложени нечовечном и понижавајућем поступању пре него што су били протерани.

⁸⁹ *Georgia v. Russia (I) (Just Satisfaction)*, Application no. 13255/07, Grand Chamber Judgment of 31 January 2019.

⁹⁰ Суд је у пресуди (para. 77 и изрека) одредио да ће влада Грузије утврђени износ расподелити појединачним жртвама тако што ће својим држављанима који су једино били жртве кршења чл. 4 Протокола бр. 4 исплатити 2.000 евра, а онима који су били и жртве кршења чл. 5, ст. 1 и чл. 3 Конвенције и додатних 10.000 до 15.000 евра, узимајући у обзир дужину времена проведеног у притвору.

Треба рећи да Турска и Русија још увек нису исплатиле новчане износе које је одредио ЕСЉП. Поставља се питање да ли ће оне то и учинити, поготову ако се има у виду да се против тих држава воде и други међудржавни поступци или се они очекују, као и њихов однос према извршењу неких већ донетих пресуда Суда из Стразбура.

5. Закључак

Правила из Конвенције и других прописа које ЕСЉП примењује у вези са субјектима овлашћеним да траже накнаду нематеријалне штете нису претерано строга и рестриктивна. Код појединачних представки она су нераскидиво повезана са захтевом да апликант мора показати да је жртва кршења једног или више права из Конвенције. На тај начин се не допушта подношење апстрактних представки (*actio popularis*) нити прихвата изношење хипотетичких кршења права из Конвенције.

Међутим, приликом тумачења појма жртве повреде права Суд је у пракси показао висок ниво флексибилности. Право на тражење накнаде нематеријалне штете он је признавао не само појединцима који су лично и непосредно погођени кршењем неког права из Конвенције (директне жртве), већ и онима које су погођени повредом нечијих туђих људских права (индиректне жртве). Захваљујући оваквом ставу више од деведесет процената свих до сада поднетих захтева Суду за накнаду нематеријалне штете потицало је од појединаца и група особа. Њима треба придодати одштетне захтеве различитих невладиних организација, укључујући ту компаније и друга комерцијална предузећа.

Ситуација је сасвим другачија кад су у питању међудржавне представке. Према слову Конвенције, државе уживају привилеговани статус у погледу активне легитимације пред Судом будући да могу подносити како апстрактне представке тако и представке поводом конкретних кршења права својих или страних држављана. Међутим, у пракси државе су веома ретко користиле ову могућност, тако да је до данас вођен веома мали број међудржавних спорова. На основу поднетих међудржавних представки Суд се у три случаја бавио правичним задовољењем, али је само два пута досудио накнаду нематеријалне штете.

Сама установа накнаде нематеријалне штете доживела је својеврсну еволуцију и данас доминира у јуриспруденцији ЕСЉП. Иако није у Конвенцији изричито формулисана као један од облика правичног задовољења, она је у пракси постала преовлађујућа врста надокнаде јер Суд много чешће досуђује накнаду моралне него материјалне штете. До овога долази првенствено зато што Суд, за разлику од инстанци националног

права, није у прилици да утврђује чињенично стање у предметима које решава. Други разлог за такво стање судске праксе, ваља тражити у много блажим захтевима Суда код утврђивања узрочне везе између учињене повреде и настале нематеријалне штете него што је то случај приликом досуђивања надокнаде материјалне штете.

Резиме

Из одредаба Конвенције произилази да свако ко има право да се обрати ЕСЉП може захтевати и правично задовољење у виду моралне одштете. Сходно томе, надокнаду нематеријалне штете проузроковану повредом права зајемчених Конвенцијом могу тражити појединци, групе особа, невладине организације и државе уговорнице.

У највећем број случајева накнаду нематеријалне штете захтевају директне жртве, а то су појединци непосредно и лично погођени кршењем неког права из Конвенције. Накнаду могу тражити и индиректне жртве које су погођене кршењем права неке друге особа. У тој улози најчешће се појављују блиски сродници директне жртве која је преминула пре него што је представку поднела, рођаци нестале особе, а изузетно и наследници подносиоца представке који је умро у току поступка.

Надокнаду нематеријалне штете може захтевати група лица које повезује то што су погођена истом повредом Конвенције. Сваки члан те групе подноси захтев у своје име и за свој рачун. Невладине организације могу тражити накнаду нематеријалне штете само ако имају приватни карактер и не врше никава владина овлашћења или јавне функције. Исто право Суд је признао трговачким друштвима, предузећима и компанијама комерцијалног карактера.

Државе уговорнице могу у представкама поднетим поводом конкретних повреда људских права тражити накнаду нематеријалне штете. У пракси државе су веома ретко користиле ту могућност. ЕСЉП је само неколико пута одлучивао о захтеву држава за накнаду нематеријалне штете. Он је тек недавно донео две пресуде у којима је прихватио те захтеве, уз опаску да та надокнада не припада држави, већ индивидуалним жртвама.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D., Full Professor

Faculty of Law, Univeristy of Niš

Prof. Nebojša Raičević, LL.D., Full Professor

Faculty of Law, Univeristy of Niš

WHO MAY CLAIM COMPENSATION FOR NON-PECUNIARY DAMAGE FROM THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS?

Summary

It follows from the provisions of the Convention that anyone entitled to lodge an application to the ECtHR may also claim just satisfaction in the form of moral damages. Accordingly, compensation for non-pecuniary damage caused by a violation of the rights guaranteed by the Convention may be sought by individuals, groups of persons, non-governmental organizations and State Parties.

In most cases, non-pecuniary damage is requested by direct victims, who are individuals directly and personally injured by a violation of a guaranteed right. Compensation may also be sought by the indirect victims affected by the breach of another person's rights. Indirect victims usually are close relatives of the direct victim who died prior to lodging his application to the ECtHR, relatives of the disappeared person, and exceptionally, the heirs of the applicant who died during the proceedings.

Compensation for non-pecuniary damage may also be claimed by a group of persons affected by the same violation of the Convention. Each member of that group applies on their own behalf and for their own account. Non-governmental organizations may request non-pecuniary damages only if they are of a private character and do not exercise any governmental powers or run public service. The same right was granted by the Court to commercial companies and undertakings.

States Parties may seek compensation for non-pecuniary damage in applications lodged in respect of concrete human rights violations. In practice, states have rarely used this opportunity. The ECtHR has ruled only a few times on states' claims for non-pecuniary damages. It has only recently delivered two judgments in which he accepted those claims, with the remark that the compensation did not belong to the state but to individual victims.

Keywords: *non-pecuniary damage, compensation, just satisfaction, European Court of Human Rights, direct victim, indirect victim, group of persons, non-governmental organization, State Party.*

*Др Драган Јовашевић,¹
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу*

UDK: 343.54/.55(497.6:497.11)

ПОРОДИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ОД НАСИЉА У ПОРОДИЦИ - КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ПРАВА БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ И СРБИЈЕ²

***Апстракт:** На бази преузетих међународних стандарда који су садржани у бројним документима међународних организација све савремене државе, па тако и Босна и Херцеговина и Србија, предвиђају систем мера заштите од насиља у породици. Ове мере су прописане не само у кривичном и прекршајном праву, већ и у породичном праву које уређује појам, садржину и заштиту брака и породице. Као облик заштите односа у породичној заједници породична законодавства посматраних држава предвиђају специфичне мере превентивног карактера које треба да спрече могућност појаве и понављања насиља у породици. Управо о појму, карактеристикама и садржини ових заштитних мера у породичном праву посматраних држава говори овај рад.*

***Кључне речи:** међународни стандарди, закон, насиље у породици, заштитне мере, суд, поступак.*

1. Увод

Иако је од најстаријих времена у свим државама присутно насиље у различитим облицима и видовима испољавања, тек у последње време

¹ e-mail: jovas@prafak.ni.ac.rs.

² Овај рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013. до 2020. године.

појачану пажњу законодавца, надлежних државних органа, стручне и опште јавности заокупља насиље у породици или породичној заједници. То је и разумљиво јер се ради о специфичним, често перфидним, више мање прикривеним облицима физичког, психичког, економског, сексуалног или сличног насиља између блиских сродника или лица у партнерским односима. И поред тога, тек у 21. веку у Босни и Херцеговини, као и у Републици Србији се предузимају организовани друштвени напори да се спрече и сузбију ови облици противправног, недозвољеног, забрањеног понашања између чланова исте породице или породичне заједнице, без обзира да ли је сродство засновано на крвној или адоптивној вези.

Тако је насиље у породици у обе државе прописано као кривично дело против брака, породице и омладине доношењем новог кривичног законодавства 2003.године у Босни и Херцеговини, односно 2005.године у Републици Србији. Но, насиље у породици је поред тога и предмет регулативе других грана права, у првом реду породичног права. Тако ново породично законодавство у обе државе забрањује насиље у породици као недозвољену друштвену појаву, предвиђајући и систем превентивних, хитних, заштитних мера (које нису казнене санкције) у циљу његовог спречавања и сузбијања.

Поред породичних закона, ове државе познају и посебне „специјалне“ законе о спречавању насиља у породици. Сва ова законска решења своје упориште имају у низу релевантних међународних докумената регионалног карактера, посебно у Истанбулској конвенцији.

2. Насиље у породици у међународном праву

Насиље у породици је од најстаријих времена присутно у људској и друштвеној стварности. Но, свест о потреби кажњавања за оваква противправна и недопуштена понашања је тек новијег датума. Она је, у првом реду, резултат настојања да се на ширем плану, прво у међународној заједници, а потом и у појединим државама, подигне свест о потреби заштите сваког члана породице и свих заједно од свих облика насиља (физичког, психичког, вербалног, сексуалног и др.). Тако је на нивоу међународне заједнице³ донето више међународних конвенција, препорука и смерница.

Најзначајнији акт⁴ који представља основу за ефикасну борбу против насиља у породици јесте Конвенција Савета Европе о спречавању и

³ Berislav Pavišić, Tadija Bubalović, *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka, 2013.godine, str. 67- 74.

⁴ Драган Јовашевић, Вељко Икановић, *Међународно кривично право*, Бања Лука, 2015.године, стр.98-105.

борби против насиља над женама и насиља у породици⁵ (Истанбулска конвенција) из 2011. године. Она се односи на све видове насиља над женама, укључујући и насиље у породици, које жене погађа несразмерно и то како у доба мира, тако и у доба рата (оружаног сукоба). У члану 3. Конвенција је одредила појам насиља и његових појединих облика и видова испољавања⁶. Тако „насиље над женама” означава кршење људских права, али и облик дискриминације над женама. Као такав он сва дела родно заснованог насиља која доводе до или могу да доведу до: физичке, сексуалне, психичке, односно, финансијске повреде или патње за жене, обухватајући и претње таквим делима, принуду или произвољно лишавање слободе, било у јавности, било у приватном животу. Као „насиље у породици” одређује се свако дело физичког, сексуалног, психичког, односно економског насиља до којег долази у оквиру породице или домаћинства, односно између бивших или садашњих супружника или партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио исто боравиште са жртвом, док је „родно засновано насиље над женама” насиље, које је усмерено против жене зато што је жена, односно оно које несразмерно погађа жене (при чему појам „жена” укључује и девојке – децу узраста испод 18 година живота)⁷.

Истанбулска конвенција⁸ је поред одређивања појма и карактеристика насиља у породици, насиља над женама и родно заснованог насиља, прописала и друга различита противправна, забрањена и кажњива понашања која препоручује државама потписницама Конвенције да их забрани у националном законодавству. У та специфична забрањена понашања спадају:

- 1) психичко насиље (члан 33.) обухвата свако намерно понашање, које озбиљно нарушава психички интегритет неког лица принудом, односно претњу таквим понашањем,
- 2) прогањање (члан 34.) као намерно понашање понављањем претњи упућених другом лицу, које узрокују да се оно плаши за своју безбедност,
- 3) физичко насиље (члан 35.) чине намерно извршена дела физичког насиља над другим лицем и

⁵ Драган Јовашевић, Насиље у породици, Београд, 2018. године, стр. 7-17.

⁶ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Međunarodno kazneno pravo, Sarajevo, 2010. године, стр. 111-113.

⁷ Драган Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010. године, стр. 78-86.

⁸ Berislav Pavišić, Kazneno pravo Vijeća Europe, Zagreb, 2006. године, стр. 78-87.

4) сексуално насиље (члан 36.) обухвата различите видове намерног понашања као што су: а) вагинална, анална или орална пенетрација сексуалне природе на телу другог лица без њеног, односно његовог пристанка, коришћењем било ког дела тела, односно предмета, б) друге сексуалне радње са лицем без њеног, односно његовог пристанка и в) навођење другог лица на покушај сексуалних радњи са трећим лицем без њеног, односно његовог пристанка. При томе се сматра да пристанак мора да буде добровољан, те да је настао као исход слободне воље лица што се као фактичко питање процењује у сваком конкретном случају. Ова дела могу да буду извршена над садашњим или бившим супружницама или партнеркама.

На бази стандарда из Конвенције из Истанбула бројна савремена (породична) законодавства, поред кривичног, предвиђају разуђен систем мера за заштиту од насиља у породици. У Републици Србији је заштита од насиља у породици уређена следећим законима: а) Породичним законом⁹ и б) Законом о спречавању насиља у породици¹⁰. У Босни и Херцеговини је ова заштита уређена следећим законима: 1) у Федерацији Босне и Херцеговине: а) Породичним законом¹¹ и б) Законом о заштити од насиља у породици¹², 2) у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине : а) Породичним законом¹³ и б) Законом о заштити од насиља у породици¹⁴ и 3) у Републици Српској : а) Породичним законом¹⁵ и б) Законом о заштити од насиља у породици¹⁶.

3. Насиље у породици у Републици Србији

3.1. Појам насиља у породици

У члану 197. Породичног закона¹⁷ из 2005. године одређени су на најједноставнији начин појам и обележја насиља у породици. Према овом, законском решењу насиље у породици је свако понашање којим један

⁹ Службени гласник Републике Србије број 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

¹⁰ Службени гласник Републике Србије број 94/2016.

¹¹ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj broj 35/2005 i 31/2014.

¹² Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 20/2013.

¹³ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 23/2007.

¹⁴ Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 7/2018.

¹⁵ Службени гласник Републике Српске број 52/2002, 41/2008 и 63/2014.

¹⁶ Службени гласник Републике Српске број 102/2012.

¹⁷ Службени гласник Републике Србије број 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице. Тако насиље у породици у Републици Србији нарочито представљају следеће радње: а) наношење или покушај наношења телесне повреде, б) изазивање страха претњом убиства или наношењем телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, в) присиљавање на сексуални однос, г) навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило четрнаест година живота или немоћним лицем, д) ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима и њ) вређање као и свако друго дрско, безобзирно или злонамерно понашање.

Као члан породице у смислу Породичног закона (члан 197. став3.) сматрају се: а) супружник или бивши супружник, б) деца, родитељи и остали крвни сродници, те лица у тазбиском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство, в) лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, г) ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери¹⁸ и д) лица која су међусобно била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено иако никада нису живела у истом породичном домаћинству.

3.2. Мере заштите од насиља у породици

У члану 198. Породични закон Републике Србије предвиђа „посебне мере“ којима се привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице. То су мере превентивног карактера¹⁹ које треба да спрече да уопште дође до насиља у породици као кривичног дела. Ове мере могу да трају најдуже годину дана. Кршењем ових мера²⁰ члан породичног домаћинства може да изврши посебан облик кривичног дела насиља у породици из члана 194. Кривичног законика²¹. За ово је кривично дело прописана од септембра 2009. године казна затвора од три месеца до три године и новчана казна кумулативно (при чему је Кривични законик за ово дело у периоду од јануара 2006. до септембра 2009. године прописивао новчану казну или казну затвора до шест месеци).

¹⁸ Под чланом породице подразумева се и ванбрачна супруга учиниоца при чему је битно за постојање дела да се радило о заједници живота која је фактички заснована (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 2751/2001).

¹⁹ Невена Петрушић, Слободанка Константиновић Вилић, Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије, Ниш, 2010. године, стр.48-59.

²⁰ Слађана Јовановић, Правна заштита од насиља у породици, Београд, 2010. године, стр.114-128.

²¹ Службени гласник Републике Србије број 85/2005.

Према одредбама члана 198. Породичног закона²² у Републици Србији су предвиђене следеће мере заштите од насиља у породици²³: 1) издавање налога за исељење из породичног стана или куће без обзира на право својине односно закупа непокретности, 2) издавање налога за усељење у породични стан или кућу без обзира на право својине или закупа непокретности, 3) забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености, 4) забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице и 5) забрана даљег узнемиравања члана породице²⁴.

3.3. Поступак у спору за заштиту од насиља у породици

Породични закон Републике Србије поред одређивања: а) појма и карактеристика насиља у породици и б) лица која се сматрају члановима породице (у својству учиниоца, односно жртве овог кривичног дела), у Десетом делу под називом: „Поступци у вези са породичним односима”, у тачки седам, у одредбама чл.283-289. уређује поступак у споровима за заштиту од насиља у породици.

Према овим законским решењима (члан 283.) у спору за заштиту од насиља у породици месно је надлежан, поред суда опште месне надлежности, такође и суд на чијем подручју има пребивалиште, односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено (оштећени или жртва). Пред стварно (основни суд) и месно надлежним судом се поступак у спору за заштиту од насиља у породици покреће тужбом у смислу члана 284. Ову тужбу за одређивање мера заштите од насиља у породици, као и за продужење већ изречене мере заштите од насиља у породици, могу поднети: а) члан породице према коме је насиље извршено (жртва), б) законски заступник жртве, в) јавни тужилац и г) орган старатељства.

Но, истом том суду, тужбу за престанак изречене мере заштите од насиља у породици, ако сматра да је њена сврха већ остварена или да је њена даља примена неоправдана, може поднети и члан породице против кога је ова мера одређена (дакле, учинилац насиља у породици). При томе је Закон у члану 285. изричито одредио да је поступак у спору за заштиту од насиља у породици од „нарочите хитности”. Стога је и логично што се прво рочиште пред надлежним судом заказује на начин да се обавезно одржи у року од осам дана од дана када је тужба примљена у суду. Са „нарочитом” хитношћу поступа и другостепени суд. Он је, наиме, дужан

²² Породични закон, Београд, 2005. године, стр.92-93.

²³ Марта Вујисић, Насиље у породици над малолетницима, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 3/2014.године, стр. 186-211.

²⁴ Драган Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2017.године, стр.147.

да донесе одлуку по изјављеној жалби на одлуку првостепеног суда у року од 15 дана од дана када му је достављена жалба.

У овом поступку, као уосталом и у кривичном поступку, односно у поступку који се води по одредбама Закона о спречавању насиља у породици је нарочито изражена улога органа старатељства. Наиме, према члану 286. Закона у случају да поступак за заштиту од насиља у породици није тужбом покренуо надлежни орган старатељства, тада је суд овлашћен да може затражити од органа старатељства помоћ у прибављању потребних доказа, али и да изнесе своје мишљење о сврсисходности изрицања тражене заштитне мере.

Иако се и поступак за заштиту од насиља у породици води по одредбама Закона о парничном поступку, он ипак садржи одређена специфично изражена обележја. Једно од њих је одређено у члану 287. под називом : „Одступање од начела диспозиције”. Наиме, суд у овој врсти поступка није везан границама тужбеног захтева за заштиту од насиља у породици. То значи да он може да одреди и меру заштите од насиља у породици чак и када њено изрицање није тражено, под условом да на основу изведених личних и материјалних доказа оцени да се таквом мером најбоље може постићи тражена заштита за жртву насиља у породици.

Још једну специфичност поступка за заштиту од насиља у породици представља начело предвиђено у члану 288. Према овом законском решењу изјављена жалба не задржава извршење пресуде о одређивању или продужењу изречене мере заштите од насиља у породици. И коначно, Породични закон предвиђа обавезу вођења прописаних евиденција и документације о извршеном насиљу у породици (члан 289.). Тако је суд дужан да изречену пресуду у спору за заштиту од насиља у породици „одмах” достави: а) органу старатељства на чијој територији има пребивалиште, односно боравиште члан породице према коме је насиље извршено (жртва) и б) органу старатељства на чијој територији има пребивалиште, односно боравиште члан породице против кога је мера заштите одређена (учинилац насиља). Ови органи старатељства су дужни да воде прописане евиденције и документације, како о лицима према којима је насиље у породици извршено, тако и о лицима против којих је одређена мера заштите, дакле лицима која су учинила такво насиље у породици. Сам конкретан начин вођења евиденције и документације прописује министар надлежан за породичну заштиту.

4. Насиље у породици у Федерацији Босне и Херцеговине

4.1. Појам насиља у породици

Породични закон Федерације Босне и Херцеговине само се сумарно осврће на забрану насиља у породици или како он каже „насилничког понашања” међу члановима породице. Овај Закон уређује: породицу, брак и правне односе у браку, односе родитеља и деце, усвојење, старатељство, правне последице ванбрачне заједнице жене и мушкарца, права и дужности чланова породице у Федерацији Босне и Херцеговине, те поступке надлежних органа у вези са брачним и породичним односима и старатељством. При томе је породица дефинисана као животна заједница родитеља и деце и других крвних сродника, сродника по тазбини, усвојилаца и усвојеника и лица из ванбрачне заједнице ако живе у заједничком домаћинству.

Уређење односа у породици заснива се на: а) заштити приватности породичног живота, б) равноправности, међусобном помагању и поштовању чланова породице, в) обавези родитеља да осигурају заштиту интереса и добробити детета и њиховој одговорности у подизању, одгоју и образовању детета, г) обавези државе да осигура заштиту породице и детета и д) пружању старатељске заштите деци без родитељског старања и одраслим лицима који нису способни да се сами старају о себи, својим правима, интересима и имовини.

У члану 4. је изричито одређено да је у породици забрањено насилничко понашање брачног партнера и било којег другог члана породице. Под насилничким понашањем се подразумева се свако нарушавање физичког или психичког интегритета у смислу члана 4. Закона о равноправности сполова у Босни и Херцеговини. За пружање стручне помоћи и заштите права и интереса детета и осталих чланова породице у смислу члана 5. Породичног закона, за решавање спорова између чланова породице, као и у свим случајевима поремећених породичних односа надлежан је центар за социјални рад као орган старатељства, суд и лице које је овлашћено за посредовање.

Федерација Босне и Херцеговине је 2013. године донела Закон о заштити од насиља у породици. Он уређује: заштиту од насиља у породици, појам породице и појам насиља у породици, врсту и сврху заштитних мера за лица која су извршила радње насиља у породици, начин и поступак изрицања заштитних мера, заштиту жртава од насиља у породици, као и међусобну повезаност свих субјеката који су у функцији заштите од насиља у породици.

У члану 7. Закона је дефинисан појам насиља у породици²⁵. Тако насиље у породици постоји уколико има основа сумње да су учињене радње којима члан породице наноси физичку, психичку или сексуалну бол или патњу и/или економску штету, као и претње које изазивају страх од физичког, психичког или сексуалног насиља и/или економске штете код другог члана породице. Као радње насиља у породици или претње тим радњама сматра се: а) свака примена физичке силе на физички или психички интегритет члана породице, б) свако поступање једног члана породице које може проузроковати или изазвати опасност да ће проузроковати физичку или психичку бол или патњу, в) проузроковање страха или личне угрожености или повреде достојанства члана породице уценом или другом принудом, г) физички напад члана породице на другог члана породице, без обзира на то да ли је наступила физичка повреда или није, д) вербални напад, вређање, псовање, називање погрдним именима, те други начини грубог узнемиравања члана породице од другог члана породице, њ) сексуално узнемиравање, е) ухођење и сви други слични облици узнемиравања другог члана породице, ж) оштећење или уништење заједничке имовине или имовине у поседу, з) употреба физичког насиља или проузроковање страха са циљем одузимања права на економску независност забраном рада или држањем члана породице у односу зависности или подређености, и) употреба физичког и психичког насиља према деци и занемаривање у њиховом васпитању, ј) физичко и психичко насиље према старим, изнемоглим лицима и занемаривање у пружању неге и лечењу према њима, к) насилна изолација или ограничење слободе кретања члана породице и л) пропуштање дужне пажње и непружање помоћи и заштите члану породице и поред законом прописаних обавеза²⁶.

Члан 6. Закона одређује појам породице и односе у породици. Према овом законском решењу породицу чине: а) брачни и ванбрачни партнери и њихова деца (заједничка или из ранијих заједница), б) сродници : крвни сродници и сродници из односа потпуног усвојења у правој линији без ограничења, а у побочној линији закључно са четвртим степеном, очух, маћеха, усвојеник и усвојилац из односа непотпуног усвојења, сродници по тазбини закључно са другим степеном, в) старалац и штићеник, хранилац и храњеник и г) бивши брачни и ванбрачни партнери и њихова деца (заједничка или из ранијих заједница) и њихови родитељи, укључујући очуха и маћеху. Односи међу члановима породице заснивају се на хуманим

²⁵ Borislav Petrović, Dragan Jovašević, Amila Ferhatović, Krivično pravo 2, Sarajevo, 2016. godine, str. 247.

²⁶ Miodrag Simović, Dragan Jovašević, Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2018. godine, str. 589-591.

принципима који подразумевају међусобно поштовање, помагање, приврженост, одржавање складних односа уз развијање и испољавање најбољих особина, при томе имајући у виду посебно обавезу заштите деце, поштовање равноправности полова и добровољност ступања у брак и ванбрачну заједницу.

У међусобним односима чланови породице су дужни да поштују права, слободу и сигурност других чланова породице на начин који их неће ограничавати, онемогућавати или спречавати у остваривању њихових права и слобода које чланови породице имају према постојећим прописима. Члан породице су дужни да се уздрже од повреде физичког или психичког интегритета другог члана породице, повреде и дискриминације на основу пола и узраста и од стављања у стање потчињености према било ком основу.

4.2. Мере заштите од насиља у породици

Закон о заштити од насиља у породици у Федерацији Босне и Херцеговине предвиђа посебне „заштитне мере“ за заштиту од насиља у породици²⁷. Тако се према члану 9. Закона учиниоцима насиља у породици могу изрећи следеће заштитне мере²⁸: 1) удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора и забрана враћања у стан, кућу или неки други стамбени простор, 2) забрана приближавања жртви насиља, 3) забрана узнемиравања и ухођења лица које је изложено насиљу, 4) обавезан психосоцијални третман, 5) обавезно лечење од зависности и 6) привремено лишење слободе и задржавање²⁹.

Удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора (члан 11.) је заштитна мера која обухвата и забрану враћања у стан, кућу или неки други стамбени простор. Она се може изрећи лицу које је учинило насиље према члану породице са којим живи у стану, кући или неком другом стамбеном простору, ако надлежни суд оцени да постоји опасност да би без спровођења ове мере насилно лице могло поново да учини радње насиља. Лице коме је изречена ова мера дужно је да одмах напусти стан, кућу или неки други стамбени простор, према потреби, уз присуство полицијског службеника. Она се одређује се у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године.

²⁷ Dubravka Rogić Hadžalić, *Nasilje u obitelji*, Zagreb, 2012.godine, str. 67-83.

²⁸ Драган Јовашевић, Љубинко Митровић, Вељко Икановић, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Бања Лука, 2018.године, стр.178-181.

²⁹ Драган Јовашевић, Љубинко Митровић, Вељко Икановић, *Кривично право Републике Српске, Посебни део*, Бања Лука, 2017.године, стр.112-113.

Заштитна мера забране приближавања жртви насиља у породици из члана 12. Закона се може изрећи лицу које је учинило насиље у породици. У решењу којим суд изриче ову меру надлежни суд одређује места или подручја, те удаљеност испод које се насилно лице не сме приближити жртви насиља у породици. Ова се мера одређује у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године, изузев ако суд одлучи да је дужи временски период у интересу жртве насиља.

Заштитна мера забране узнемиравања и ухођења лица које је изложено насиљу (члан 13.) се може изрећи лицу које узнемирава или уходи члана породице, а постоји опасност да се такво понашање понови. Ова се мера одређује у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године, изузев ако суд одлучи да је дужи временски период у интересу жртве насиља.

Заштитна мера обавезног психосоцијалног третмана из члана 14. може се изрећи насилном лицу ради отклањања узрока његовог насилничког понашања или ако постоји опасност да то лице насиље понови. Ова се мера изриче у трајању које не може бити краће од шест месеци континуирано, нити дуже од две године.

Заштитну меру обавезног лечења од зависности (члан 15. Закона) надлежни суд изриче насилном лицу које је насиље учинило под утицајем зависности од алкохола, опојних дрога или других психоактивних супстанци, ако постоји опасност да се такве радње насиља понови. Ова се мера одређује у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године.

У члану 16. Закона је прописана заштитна мера: „Лишење слободе и задржавање”. Према овом законском решењу надлежна полицијска управа је дужна за сваки пријављени случај насиља у породици да изађе на лице места одмах по заprimљеној пријави. Полицијска управа дужна је свако лице за које постоје основе сумње да је учинило насиље у породици, лиши слободе и да га задржи ако су испуњени услови из члана 153. Закона о кривичном поступку³⁰ Федерације Босне и Херцеговине.

Закон о заштити од насиља у породици Федерације Босне и Херцеговине из 2013. године изричито прописује (члан 8.) да су здравствени и социјални радници, наставници, васпитачи, медицинске, образовне и друге установе и органи, као и невладине организације који у обављању своје дужности сазнају за учињене радње насиља у породици дужни су одмах по сазнању пријавити учињене радње насиља у породици надлежној полицијској

³⁰ Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 35/2003, 37/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009 и 12/2010.

управи. Ову пријаву су такође дужни да доставе и чланови породице, као и сваки грађанин који сазна за учињене радње насиља у породици надлежној полицијској управи. Такође пријаву о учињеном насиљу, његовом учиниоцу или жртви може поднети и жртва насиља у породици, док су дужни да је доставе и чланови породице, као и сваки грађанин који сазна за учињене радње насиља у породици, а посебно ако је жртва насиља дете. Лице које зна за учињено насиље у породици, а то не пријави надлежним државним органима чини прекршај, осим у случају када насиље у породици пријави жртва насиља.

5. Насиље у породици у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине

5.1. Појам насиља у породици

Породични закон Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине уређује породично-правне односе између брачних партнера, родитеља и деце, усвојитеља и усвојеника, старатеља и штићеника и односе између сродника у брачној, ванбрачној или усвојеничкој породици, те поступке надлежних органа у вези с породично-правним односима и старатељством. Као породица се сматра животна заједница родитеља и деце и других сродника. Односи у породици се заснивају на: а) заштити приватности породичног живота, б) равноправности, међусобном помагању и поштовању чланова породице, в) обавези родитеља да осигурају заштиту интереса и добробити детета и њиховој одговорности у подизању, одгоју и образовању детета, г) обавези Брчко дистрикта БиХ да осигура заштиту породице, мајке и детета у складу с међународним конвенцијама из ових области и д) пружању старатељске заштите деци без родитељског старања и заштите одраслих лица која нису способна да се сами старају о себи, својим правима, интересима и имовини. За пружање стручне помоћи и заштите права и интереса детета и осталих чланова породице, за решавање спорова између чланова породице, као и у свим случајевима поремећених породичних односа надлежно је Одељење за здравство и остале услуге – Пододељење за социјалну заштиту, као орган старатељства.

Овај Закон у члану 3. под називом: „Насилничко понашање” изричито одређује да у породици није дозвољено насилничко понашање брачних партнера или било којег другог члана породице. Под насилничким понашањем подразумева се свако понашање које има обележја кривичног дела насиља у породици које је прописано Кривичним законом Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине³¹.

³¹ Alija Ramljak, *Žrtve nasilja u familiji, Kriminalističke teme*, Sarajevo, broj 3-4/2002. godine, str. 115-136.

У области заштите од насиља у породици и у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине у примени је и Закон о заштити од насиља у породици. Њиме се прописује заштита од насиља у породици или породичној заједници, лица која се сматрају чланом породице или породичне заједнице, субјекти заштите и поступак заштите жртава насиља у породици, прекршајне санкције које се изричу учиниоцима насиља у породици и друга питања од значаја за заштиту од насиља у породици. При томе је породица у члану 2. дефинисана као животна заједница родитеља и деце и других сродника. Као члан породице или породичне заједнице сматрају се следећа лица: а) супружници или бивши супружници и њихова деца и деца сваког од њих, б) ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, њихова деца или деца сваког од њих, в) сродници по тазбини, закључно до другог степена сродства, без обзира да ли је брачна заједница престала, родитељи садашњих и бивших брачних и ванбрачних партнера, г) сродници из потпуног усвојења у правој линији без ограничења, а у побочној закључно с четвртим степеном сродства, као и сродници из непотпуног усвојења, д) лица која везује однос старатељства, лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, без обзира на сродство и њ) лица која имају заједничко дете или је дете зачето, иако никад нису живела у истом породичном домаћинству.

Насиље у породици према овим законским решењима представља сваку радњу насиља члана породице или породичне заједнице, којом се угрожава спокојство, психички, телесни, сексуални или економски интегритет другог члана породице или породичне заједнице. Заштита од насиља у породици се остварује применом овог закона и закона којима се уређује управни, прекршајни и кривични поступак, заштита деце и малолетника у кривичном поступку и поступак извршења кривичних санкција.

Радња насиља у породици у смислу члана 5. овог Закона која не садржи обележја кривичног дела представља прекршај, уколико је то³²: а) претња наношењем телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, б) претња одузимањем деце или избацивањем из стана члана породице, в) исцрпљивање радом, изгладњивањем, ускраћивањем сна или неопходног одмора члану породице, г) одгој деце на начин понижавајућег поступања, д) ускраћивање средстава за егзистенцију члану породице, њ) ускраћивање права на економску независност забраном рада или држањем члана породице у односу зависности или подређености, претњом или недавањем средстава за живот или другим облицима економске доминације, е) вербални напад, псовање, називање погрдним именом или вређање

³² Karolina Tadić Lesko, Tomislav Pupiћ, Socijalno pedagoški aspekti o pojavnim oblicima nasilja nad djecom u obitelji, Suvremena pitanja, Zagreb, broj 20/2015.godine, str. 90-98.

члана породице на други начин, х) ограничавање слободе комуницирања члана породице с члановима породице или другим лицима, ж) оштећење, уништење или стављање у промет заједничке имовине или имовине у поседу, као и оштећење или уништење имовине у власништву или у поседу другог члана породице, односно покушај да се то учини, з) ухођење члана породице, и) проузроковање страха, понижења, осјећаја мање вредности и ј) друге радње насиља у породици које не садрже обележја кривичног дела насиља у породици или породичној заједници. При томе је изричито одређено да прекршај постоји само ако је радња извршења насиља у породици (иста или различита) извршена једном или више пута.

5.2. Мере заштите од насиља у породици

Закон о заштити од насиља у породици у Брчко Дистрикту Босне и Херцеговине у члану 11. прописује систем „хитних мера” заштите. Тако се ради отклањања непосредне опасности по физички и психички интегритет, ради спречавања понављања насиља и гарантовања сигурности жртве, учиниоцу насиља у породици могу изрећи хитне мере заштите пре покретања поступка или у току поступка. Хитне мере заштите изриче Основни суд Брчко дистрикта Босне и Херцеговине. Предлог за њихово изрицање подноси Полиција или овлашћени орган, а изричу се најкасније у року од 24 сата од пријема предлога, односно извођења учиниоца насиља у породици пред Основни суд.

Закон предвиђа следеће хитне мере заштите³³: 1) удаљење учиниоца насиља из стана, куће или другог стамбеног простора и 2) забрана приближавања и контактирања учиниоца насиља са жртвом насиља у породици. Хитне мере заштите се сходно члану 12. Закона изриче судија Основног суда у трајању које не може бити дуже од 30 дана. Приликом напуштања стана, куће или другог простора за становање, учинилац насиља у породици има право да узме своје личне ствари неопходне за свакодневни живот. Учиниоца насиља у породици обавезан је да преда кључеве од стана, куће или другог простора за становање.

У члану 17. Закон предвиђа санкције за заштиту од насиља у породици. Наиме, за учињени прекршај се могу изрећи следеће санкције : а) новчана казна, б) условна осуда, в) укор и г) заштитне мере. За предмет нашега рада од посебног значаја су заштитне мере. То су: 1) удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора учиниоца насиља у породици, 2) забрана приближавања жртви насиља у породици, 3) забрана узнемиравања,

³³ Nermin Đapo, Prevalencija i incidencija nasilja nad djecom u BiH, Sarajevski žurnal za društvena pitanja, Sarajevo, broj 1/2013.godine, str.16-32.

ухођења и праћења жртве насиља у породици или породичној заједници, 4) обавезан психосоцијални третман учиниоца насиља у породици и 5) обавезно лечење од зависности учиниоца насиља у породици.

Прекршајне санкције изриче суд у прекршајном поступку. Сврха је заштитних мера да се осигура нужна заштита здравља и сигурности лица која су изложена насиљу у породици, спречавање насиља у породици, те предузимање ефикасних мера преодгоја и лечења насилних особа.

6. Насиље у породици у Републици Српској

6.1. Појам насиља у породици

Породични закон Републике Српске уређује породичноправне односе између брачних супружника, родитеља и деце, усвојеоца и усвојеника, стараоца и штићеника, односе између сродника у брачној, ванбрачној или усвојеничкој породици, те поступке надлежних органа у вези с породичним односима и старатељством. Према члану 2. породица је животна заједница родитеља и деце и других сродника. Као породичноправни односи сматрају се: закључење брака, лична права и дужности брачних супружника, престанак брака, односи родитеља и деце и других сродника, усвојење, старатељство, издржавање, имовински односи између брачних, ванбрачних супружника, и других сродника и одређени облици правне заштите породице. При томе је одређено да Република Српска обезбеђује посебну заштиту породици, мајци и детету у складу са међународно признатим људским правима и основним слободама. Интересантно је да је ово једини од породичних закона у Босни и Херцеговини који изричито не одређује појам и садржину насиља у породици.

Тако је насиље у породици³⁴ дефинисано тек Законом о заштити од насиља у породици Републике Српске из 2012. године. Овим се законом уређује заштита од насиља у породици или породичној заједници, лица која се сматрају чланом породице или породичне заједнице, субјекти заштите и поступак заштите жртава насиља у породици, оснивање Савета за борбу против насиља у породици, те прекршајне санкције које се изричу учиниоцима насиља у породици. У члану 2. Закона је међу циљевима дефинисана и заштита жртава насиља у породици спречавањем и сузбијањем насиља у породици којим се крше уставом и законима загарантована основна људска права и слободе.

³⁴ Sabrina Horović, Ivana Stipanović, Ivan Zovko, *Nasilje u obitelji*, Mostar, 2017.godine, str.89-107.

Насиље у породици према члану 6. Закона представља свака радња насиља члана породице или породичне заједнице којом се угрожава спокојство, психички, телесни, сексуални или економски интегритет другог члана породице или породичне заједнице. Свака радња насиља која не садржи обележја кривичног дела, представља прекршај.

Као радње насиља у породици нарочито се смтрају следеће³⁵: а) претња наношењем телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, б) претња одузимањем деце или избацивањем из стана члана породице, в) исцрпљивање радом, изгладњивањем, ускраћивањем сна или неопходног одмора члану породице, г) васпитање деце на начин понижавајућег поступања, д) ускраћивање средстава за егзистенцију члану породице, њ) ускраћивање права на економску независност забраном рада или држањем члана породице у односу зависности или подређености, претњом или недавањем средстава за живот или другим облицима економске доминације, е) вербални напад, псовање, називање погрдним именом или врћање члана породице на други начин, ж) ограничавање слободе комуницирања члана породице са члановима породице или другим лицима, з) оштећење, уништење или стављање у промет заједничке имовине или имовине у поседу, као и оштећење или уништење имовине у власништву или у поседу другог члана породице, односно покушај да се то учини, и) ухођење члана породице и ј) проузроковање страха, понижења, осећаја мање вредности, као и друге радње које не садрже обележја кривичног дела насиља у породици или породичној заједници.

Прекршај у овом облику насиља постоји ако је радња извршења, иста или различита, предузета једном или више пута. За постојање дела је такође потребно да су учинилац и жртва лица која су чланови породице или породичне заједнице. То су: а) супружници или бивши супружници и њихова деца и деца сваког од њих, б) ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери, њихова деца или деца сваког од њих, в) сродници по тазбини закључно до другог степена без обзира на чињеницу да је брачна заједница престала, г) родитељи садашњих и бивших брачних и ванбрачних партнера, д) сродници из потпуног усвојења у правој линији без ограничења, а у побочној линији закључно са четвртим степеном, као и сродници из непотпуног усвојења, њ) лица која везује однос старатељства, е) лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству, без обзира на сродство и ж) лица која имају заједничко дете или је дете зачето, иако никада нису живјела у истом породичном домаћинству.

³⁵ Anita Matijević, *Komparativni prikaz procjena rizika kod počinitelja nasilja u obitelji, Policija i sigurnost*, Zagreb, broj 2/2011.godine, str. 223-229.

6.2. Мере заштите од насиља у породици

Након пријема пријаве да је учињено насиље у породици сходно члану 12. Закона полиција је дужна да одмах о томе обавести центар за социјални рад, који ће одмах непосредно пружити социјалну заштиту и психосоцијалну помоћ жртви, предузети друге мере из своје надлежности, те о томе сачинити службени извјештај. О извршеном насиљу у породици полиција одмах обавештава и надлежног тужиоца и, уз извјештај, доставља прикупљене доказе и обавештења о томе. Тужилац у складу са околностима конкретног случаја: а) наређује спровођење истраге, б) подноси захтев за покретање прекршајног поступка и в) подноси предлог за изрицање хитне мере заштите. Хитне мере заштите се изричу ради отклањања непосредне опасности по физички и психички интегритет, ради спречавања понављања насиља и гарантовања безбедности жртве и то пре покретања поступка или у току поступка. Ове мере изриче суд за прекршаје. Предлог суду за прекршаје за изрицање хитне мере заштите подноси полиција, овлашћени орган, тужилац или оштећено лице. Оне се изричу најкасније у року од 24 часа од пријема предлога, односно извођења учиниоца насиља у породици пред суд.

Закон прописује следеће хитне мере заштите. То су: 1) удаљење учиниоца насиља из стана, куће или другог стамбеног простора и 2) забрана приближавања и контактирања учиниоцу насиља са жртвом насиља у породици. Оне се изричу у трајању које не може бити дуже од 30 дана. Приликом напуштања стана, куће или другог простора за становање, учинилац насиља у породици има право да узме своје личне ствари неопходне за свакодневни живот и обавезу да преда кључеве од стана, куће или другог простора за становање. Суд који је изрекао меру испитује њено спровођење и оправданост трајања у периоду за који је изречена.

7. Заштита од насиља у породици у праву Хрватске и Црне Горе

7.1. Насиље у породици у Хрватској

На сличан начин појам и карактеристике насиља у породици одређују и други „специјални“ закони из нашег окружења.

Закон о заштити од насиља у обитељи³⁶ Републике Хрватске из 2009. године је у област казненоправне заштите од насиља у породици донео радикалне измене. Наиме, после његовог усвајања и почетка примене из Казненог

³⁶ Narodne novine Republike Hrvatske broj 137/2009.

закон³⁷ из 1997. године, из главе шеснаест под називом: "Кривична дела против брака, породице и младежи" је брисана одредба члана 215а. КЗ под називом: „Насилничко понашање у обитељи". Ово се кривично дело из члана 215а. КЗ састојало у довођењу другог члана своје породице у понижавајући положај насиљем, злостављањем и особито дрским понашањем члана породице. За ово је дело била прописана казна затвора од шест месеци до пет година³⁸. Доношењем новог Казненог закона³⁹ Република Хрватска је 2011. године из главе осамнаест под називом: „Кривична дела против брака породице и деце" изоставила кривично дело насиља у породици. У основи овог решења су се налазила два разлога : а) донети лех специалис – Закон о заштити од насиља у породици (обитељи) и б) пресуда Европског суда за људска права у Стразбуру у предмету Марести против Хрватске⁴⁰.

Тако је сада у Републици Хрватској насиље у породици од 2009. године прописано Законом о заштити од насиља у породици. Овај Закон одређује појам насиље у породици, као и круг лица која се сматрају члановима породице. Иначе, сврха је доношења овога Закона била одређена као превенција, санкционирање и сузбијање свих врста насиља у породици применом одговарајућих мера према његовом учиниоцу, као и ублажавање последица већ извршеног насиља пружањем заштите и помоћи жртви насиља.

Насиље у породици сходно одредби члана 4. Закона представља сваки облик телесног, психичког, полног или економског насиља, а особито⁴¹: а) телесно насиље, односно примена физичке силе без обзира да је ли наступила телесна повреда или није, б) телесно кажњавање и други начини понижавајућег поступања према деци у васпитне сврхе, в) психичко насиље, односно примена психичке принуде која је проузроковала осећај страха, угрожености, узнемирености или повреде достојанства, г) вербално насиље, вербални напади, вређање, псовање, називање погрдним именима или на други начин грубо вербално узнемиравање, праћење или узнемиравање преко свих средстава за комуницирање или преко електронских и писаних медија или на други начин или комуницирања

³⁷ Narodne novine Republike Hrvatske broj 110/1997, 27/1998, 129/2000, 51/2001, 105/2004, 84/2005, 71/2006 i 110/2007.

³⁸ Berislav Pavišić, Velinka Grozdanić, Petar Veić, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007.godine, str. 534-536.

³⁹ Narodne novine Republike Hrvatske broj 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015 i 118/2018.

⁴⁰ Ksenija Turković et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013.godine, str. 226.

⁴¹ Renata Odeljan, Bono Rajić, Nasilje u obitelji, Policija i sigurnost, Zagreb, broj 2/2013. godine, str. 258-267.

с трећим лицима, противправна изолација или угрожавање слободе кретања, д) полно насиље, односно полно узнемиравање и ђ) економско насиље под којим се подразумева оштећење или уништење личне и заједничке имовине или забрана или онемогућавање коришћења личне и заједничке имовине или покушај да се то учини, те одузимање права или забрана располагања личним приходима или имовином стеченом личним радом или наслеђивањем, онемогућавање запошљавања или рада, присиљавање на економску зависност, ускраћивање средстава за одржавање заједничког домаћинства и бригу о деци или другим издржаваним члановима заједничког домаћинства.

При томе је сам Закон одредио појам чланова породице (који могу бити учиниоци, односно жртве насиља у породици). Тако према члану 3. Закона породицу чине : а) жена и мушкарац у браку, њихова заједничка деца, као и деца сваког од њих, б) жена и мушкарац у ванбрачној заједници, деца сваког од њих и њихова заједничка деца, в) сродници по крви у правој линији без ограничења, д) сродници по крви у побочној линији закључно с трећим степеном, г) сродници по тазбини закључно с другим степеном у брачној и ванбрачној заједници, д) лица која имају заједничку децу, ђ) увојилац и усвојеник и е) старалац, корисник смештаја у старалачкој породици и чланови њихових породица док такав однос траје. Такође, породицу чине и жена и мушкарац који су живели заједно у брачној или ванбрачној заједници, деца сваког од њих и њихова заједничка деца, уколико су након прекида брачне или ванбрачне заједнице повод сукоба били бивши брачни или ванбрачни односи.

У сузбијању насиља у породици у Републици Хрватској је од значаја систем прекршајних санкција које надлежни прекршајни судови изричу учиниоцима овог прекршаја. Тако је у смислу члана 10. Закона као сврха прописивања, изрицања и примене прекршајних санкција одређена као „посебна заштита породице и чланова породице који су угрожени и изложени насиљу, поштовање правног система, те спречавање поновног извршења насиља у породици примереним санкционисањем учинилаца прекршаја”. За заштиту од насиља у породици овај Закон прописује следеће прекршајне санкције : а) заштитне мере, б) казна затвора, в) новчана казна и г) друге прекршајне санкције прописане Прекршајним законом Републике Хрватске⁴².

Према одредби члана 20. Закона суд може учиниоцу насиља у породици изрећи казну затвора или новчану казну. Тако се члан породице за ово

⁴² Uroš Novaković, *Nasilje u porodici u zakonodavstvu država nekadašnje SFRJ*, *Pravni život*, Beograd, broj 10/2009.godine, str. 1077-1091.

прекршајно дело може казнити новчаном казном у износу од најмање 1.000,00 куна или казном затвора до 90 дана. У случају да члан породице поново изврши насиље у породици (специјални поврат), тада се за ново прекршајно дело може казнити новчаном казном у износу од најмање 5.000,00 куна или казном затвора у трајању од најмање петнаест дана. Пунолетни члан породице који у присуству детета, малолетног лица или лица са инвалидитетом изврши насиље у породици казниће се за тежи облик прекршаја новчаном казном у износу од најмање 6.000,00 куна или казном затвора у трајању од најмање тридесет дана. Ако пак овај учинилац прекршаја насиља у породици поново учини исто прекршајно дело, тада ће се за специјални поврат, казнити новчаном казном у износу од најмање 7.000,00 куна или казном затвора у трајању од најмање 45 дана. Исто тако тешко прекршајно дело постоји и у случају ако је насиље у породици извршено на штету детета, малолетног лица или лица са инвалидитетом. За ово је дело прописана новчана казна у износу од најмање 7.000,00 куна или казна затвора у трајању од најмање 45 дана. И на крају, последњи облик прекршаја из члана 20. постоји ако пунолетни члан породице поново учини насиље у породици у присуству детета, малолетника или инвалидног лица. За ово је дело прописана новчана казна у износу од најмање 15.000,00 куна или казна затвора у трајању од најмање 60 дана.

У члану 21. Закона је предвиђена новчана казна у износу од најмање 3.000,00 куна за учиниоца прекршаја - лице које није пријавило полицији или државном тужилаштву извршење прекршаја насиља у породици за коју су сазнали обављајући своју делатност.

Закон о заштити од насиља у обитељи Републике Хрватске је у члану 11. прописао да је сврха примене заштитних мера да се спречи насиље у породици, осигура нужна заштита здравља и сигурности лица које је изложено насиљу, те да се отклоне околности које погодују или подстицајно делују на извршење новог прекршаја, а примјењују се ради отклањања угрожености лица која су изложена насиљу и других чланова породице. У том смислу суд је овлашћен да учиниоцу насиља у породици изрекне следеће заштитне мере: а) обавезни психосоцијални третман, б) забрана приближавања жртви насиља у породици, в) забрана узнемиравања или ухођења лица које је изложено насиљу, г) удаљење из стана, куће или некога другог стамбеног простора, д) обавезно лечење од зависности и ђ) одузимање предмета који је намењен или употребљен у извршењу прекршаја.

Заштитна мера обавезног психосоцијалног третмана (члан 12.) се може применити према учиниоцу насиља у породици ради отклањања

насилничког понашања учиниоца или ако постоји опасност да би он могао поновно учинити насиље према члановима своје породице. Она се може одредити у трајању од најмање шест месеци.

Заштитна мера забране приближавања жртви насиља у породици из члана 13. Закона се може применити према учиниоцу насиља у породици ако постоји опасност да би поновно могао учинити насиље у породици. У пресуди којом суд примењује ову меру суд одређује места или подручја те удаљеност испод које се учинилац насиља не сме приближити жртви насиља у породици. Ова се мера изриче у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године.

У члану 14. је предвиђена заштитна мера забране ухођења или узнемиравања лица које је изложено насиљу. Она се може применити према учиниоцу насиља у породици који је насиље извршио ухођењем или узнемиравањем, а постоји опасност да би поновно могао уходити или узнемиравати лица која су чланови његове породице. Мера из овог члана се одређује у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године.

Заштитна мера удаљења из стана, куће или некога другог стамбеног простора из члана 15. Закона се може примијенити према учиниоцу насиља у породици који је извршио насиље према члану породице с којим живи у стану, кући или неком другом стамбеном простору, ако постоји опасност да би без провођења ове мере учинилац могао поновно извршити насиље (специјални поврат). Лице коме је изречена ова мера је дужно да одмах напусти стан, кућу или неки други стамбени простор уз присутност полицијског службеника. Ова се мера одређује се у трајању које не може бити краће од једног месеца, нити дуже од две године.

Заштитна мера обавезног лечења од зависности из члана 16. Закона се може применити према учиниоцу насиља у породици који је насиље извршио под деловањем зависности од употребе алкохола или опојних дрога и када постоји опасност да ће због те зависности он поново извршити насиље. Ова се мера одређује у трајању које не може бити дуже од једне године.

Заштитна мера одузимања предмета је прописана у члану 17. Закона. Она се примењује када постоји опасност да ће се одређени предмет поново употребити за извршење насиља или ради заштите опште или јавне сигурности.

Наведене заштитне мере се могу применити самостално и без изрицања казне, односно друге прекршајноправне санкције. Увек се изричу по службеној дужности или на захтев овлашћеног тужиоца, односно на

захтев лица које је било изложено насиљу. Суд одлуку о изрицању једне или више заштитних мера доноси одмах, без одлагања, а најкасније у року од 24 часа од подношења предлога за њихову примену.

8. Насиље породици у Црној Гори

На сличан начин поступа и законодавство Црне Горе. Закон о заштити од насиља у породици⁴³ у Републици Црној гори из 2010. године дефинише у члану 2. насиље у породици као чињење или нечињење члана породице којим се угрожава физички, психички, сексуални или економски интегритет, ментално здравље и спокојство другог члана породице, без обзира на место где је дело учињено.

Као чланови породице, односно учиниоци и жртве овог дела, сходно члану 3. се сматрају : а) супружници или бивши супружници, њихова деца и деца сваког од њих, б) ванбрачни супружници или бивши ванбрачни супружници, без обзира на трајање ванбрачне заједнице, њихова деца и деца сваког од њих, в) крвни сродници и сродници из потпуног усвојења у правој линији без ограничења, а у побочној линији закључно са четвртим степеном, г) сродници из непотпуног усвојења, д) тазбински сродници закључно са другим степеном у брачној или ванбрачној заједници, љ) лица која живе у истом породичном домаћинству, без обзира на сродство и е) лица која имају заједничко дете или је дете зачето.

Облици насиља у породици су одређени у члану 8. Закона. Тако се угрожавањем физичког, психичког, сексуалног или економског интегритета, менталног здравља и спокојства другог члана породице сматра се посебно ако члан породице⁴⁴: а) употреби физичку силу, без обзира да ли је наступила телесна повреда другог члана породице, б) прети нападом или изазива опасност која може проузроковати осећај личне несигурности или психички бол другог члана породице, в) вербално напада, псује, назива погрдним именом и на други начин вређа другог члана породице, г) ограничава другом члану породице слободу комуницирања са трећим лицима, д) исцрпљује радом, ускраћује сан и другу врсту одмора, прети избацивањем из стана и одузимањем дјете, љ) сексуално узнемирава другог члана породице, е) уходи и на други начин грубо узнемирава другог члана породице, ж) оштећује или уништава заједничку имовину или имовину другог члана породице или покушава да то учини, з) ускраћује основна средства за егзистенцију другом члану породице и и) дрским

⁴³ Službeni list Crne Gore broj 46/2010.

⁴⁴ Dubravka Rogić Hadžalić, Jadranka Kos, Nasilje u obitelji, Zagreb, 2012.godine, str.118-121.

понашањем угрожава породични мир члана породице са којим не живи у породичној заједници.

Угрожавањем физичког, психичког, сексуалног или економског интегритета, менталног здравља и спокојства другог члана породице сматра се и ако члан породице не води довољно бригу о: 1) исхрани, хигијени, одевању, медицинској заштити или редовном похађању школе или не спречава дете у штетном дружењу, скитњи, просјачењу или крађи или на други начин у већој мјери занемарује подизање и васпитање дјетета и 2) исхрани, хигијени, одевању или медицинској заштити другог члана породице о коме је дужан да се стара, а коме је потребна посебна помоћ због болести, инвалидитета, старости или других личних својстава због којих није способен да се стара о себи. Тежим обликом насиља у породици сматра се прикривање члана породице са посебним потребама.

И Закон о заштити од насиља у породици у Републици Црној Гори дефинише у члану 4. заштиту жртава насиља у породици. Заштита жртве обезбеђује се изрицањем заштитних мера. Посебну помоћ и заштиту ужива жртва која је дете, старије лице, лице са инвалидитетом и лице које није способно да се о себи стара. Заштита од насиља у породици се остварује, према члану 18. Закона, у складу са стратегијом заштите од насиља у породици. Та стратегија садржи: 1) оцену стања и идентификовање кључних проблема у социјалној и другој заштити и 2) циљеве и мере за унапређење социјалне и друге заштите, а нарочито у вези: а) подизања нивоа свести грађана о проблему насиља и формирања ставова о неприхватљивости насиља, б) развоја програма за превенцију насиља; подршке породици у превенцији насиља, в) даљег развоја нормативног оквира у области заштите, г) јачања сарадње органа, установа, организација и других правних и физичких лица која се баве заштитом, д) стицања нових знања и вештина свих који се баве заштитом и ђ) унапређења система за прикупљање и анализу података и извештавања о случајевима насиља.

Овај Закон у члану 19. предвиђа заштитне мере се изричу ради спречавања и сузбијања насиља, отклањања последица учињеног насиља и предузимања ефикасних мера преваспитања учиниоца насиља и отклањања околности које погодују или подстичу вршење новог насиља. Тако се према учиниоцу насиља у породици могу изрећи следеће врсте заштитних мера (члан 20.). Наиме, учиниоцу насиља може се изрећи једна или више заштитних мера: 1) удаљење из стана или другог простора за становање, 2) забрана приближавања, 3) забрана узнемиравања и ухођења, 4) обавезно лечење од зависности и 5) обавезни психосоцијални третман.

Прва заштитна мера је предвиђена у члану 20. То је : „Удаљење из стана”. Ова се мера може изрећи учиниоцу насиља који са жртвом живи у стану или другом простору за становање, без обзира на својинска и друга права учиниоца насиља и жртве на стану или другом простору за становање, ако постоји опасност да поново учини насиље. Учиниоца насиља коме је изречено удаљење из стана дужан је да одмах напусти стан или други простор за становање. Удаљење из стана изриче се у трајању од тридесет дана до шест месеци.

Забрана приближавања је заштитна мера из члана 22. Закона. Она се може изрећи учиниоцу насиља ако постоји опасност да поново учини насиље или ако би присуство учиниоца насиља у близини жртве код жртве стварало висок степен душевне патње која, краће или дуже време, онемогућава нормалне психичке активности жртве. Орган за прекршаје је дужан да у решењу о забрани приближавања одреди место или подручје у којем се учинилац насиља не сме приближити жртви. Забрана приближавања изриче се у трајању од тридесет дана до једне године.

Забрана узнемиравања и ухођења је заштитна мера предвиђена у члану 23. Закона. Она се може изрећи учиниоцу насиља ако постоји опасност да он поново учини насиље. У том случају ова се мера изриче у трајању од тридесет дана до једне године.

Обавезно лечење од зависности (члан 24.) се може изрећи учиниоцу насиља који услед зависности од употребе алкохола, опојних дрога или психотропних супстанци учини насиље, а постоји опасност да ће због такве зависности поново учинити насиље у породици. Ова заштитна мера траје све док постоји потреба за лечењем, али не дуже од једне године.

Обавезни психосоцијални третман из члана 25. Закона се може изрећи учиниоцу насиља ради отклањања узрока насилничког понашања и преваспитања, односно у циљу смањивања и отклањања опасности да поново учини насиље. Она може да траје до престанка разлога због којег је изречена, али не дуже од шест месеци.

Заштитна мера се према члану 26. Закона може изрећи уз казну или као самостална санкција. Орган за прекршаје може учиниоцу насиља изрећи једну или више заштитних мера. При томе овај орган може да одлучи да се продужи време трајања заштитних мера ако нису престали разлози због којих су оне одређене, али не дуже од две године.

9. Закључак

Насиље у породици или породичној заједници представља прастари облик испољавања криминалитета насиља који се одиграва у кругу блиских сродника или брачних, односно ванбрачних партнера. Ипак, тек у последње време, управо под утицајем низа релевантних међународних универзалних и регионалних докумената, међу којима се по свом значају издваја Истанбулска конвенција, овај облик насиља добија своје законско оживотвоње. Наиме, велики број савремених породичноправних система успоставља систем одговорности и кажњивости за различите облике и видове испољавања насиља у породици. Слична је ситуација и у Републици Србији, односно у Босни и Херцеговини (али и у другим државама у окружењу: Хрватској и Црној Гори).

У посматраним законодавствима на југоистоку Европе, насиље у породици је поред кривичноправне одговорности добило и друге системе заштите. Таква је заштита примарно успостављена породичним законима, али и посебним законима о заштити од насиља у породици. Сви породични закони, осим закона у Републици Српској изричито дефинишу појам и облике насиља у породици. Сличне дефиниције, као и одређење чланова породичног домаћинства – односно круга лица која се могу јавити као учиниоци, односно као жртве насиља у породици – садрже сви закони о заштити (спречавању) од насиља у породици, било у Републици Србији, било у сва три закона: Федерације БИХ, Брчко Дистрикта БИХ и Републике Српске (али и законодавства Хрватске и Црне Горе).

Поред породичног законодавства, тако и посебно законодавство познаје различите заштитне, превентивне, хитне мере, којима је примарни циљ да успоставе ефикасан механизам за спречавање понављања насиља у породици. Ове мере изричу различити органи (полиција, суда, прекршајни суд) зависно од посматране државе и трају одређено време.

Литература

Вујисић, Марта, Насиље у породици над малолетницима, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 3/2014.

Ђаро, Nermin, Prevalencija i incidencija nasilja nad djecom u BiH, Sarajevski žurnal za društvena pitanja, Sarajevo, broj 1/2013.

Јовановић, Слађана, Правна заштита од насиља у породици, Београд, 2010.

Јовашевић, Драган, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010.

Јовашевић, Драган, Икановић, Вељко, Међународно кривично право, Бања Лука, 2015.

Јовашевић, Драган, Митровић, Љубинко, Икановић, Вељко, Кривично право Републике Српске, Посебни део, Бања Лука, 2017.

Јовашевић, Драган, Кривично право, Посебни део, Београд, 2017.

Јовашевић, Драган, Насиље у породици, Београд, 2018.

Јовашевић, Драган, Митровић, Љубинко, Икановић, Вељко, Коментар Кривичног законика Републике Српске, Бања Лука, 2018.

Matijević, Anita, Komparativni prikaz procjena rizika kod počinitelja nasilja u obitelji, Policija i sigurnost, Zagreb, broj 2/2011.

Novaković, Uroš, Nasilje u porodici u zakonodavstvu država nekadašnje SFRJ, Pravni život, Beograd, broj 10/2009.

Odeljan, Renata, Rajić, Bono, Nasilje u obitelji, Policija i sigurnost, Zagreb, broj 2/2013.

Pavišić, Berislav, Kazneno pravo Vijeća Europe, Zagreb, 2006.

Pavišić, Berislav, Grozdanić, Velinka, Veić, Petar, Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2007.

Pavišić, Berislav, Bupalović, Tadija, Međunarodno kazneno pravo, Rijeka, 2013.

Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan Međunarodno kazneno pravo, Sarajevo, 2010.

Petrović, Borislav, Jovašević, Dragan, Ferhatović, Amila, Krivično pravo 2, Sarajevo, 2016.

Петрушић, Невена, Слободанка Константиновић Вилић, Слободанка, Породичноправна заштита од насиља у породици у правосудној пракси Србије, Ниш, 2010.

Породични закон, Београд, 2005.

Ramljak, Alija, Žrtve nasilja u familiji, Kriminalističke teme, Sarajevo, broj 3-4/2002.

Rogić Hadžalić, Dubravka, Nasilje u obitelji, Zagreb, 2012.

Rogić Hadžalić, Dubravka, Kos, Jadranka, Nasilje u obitelji, Zagreb, 2012.

Simović, Miodrag, Jovašević, Dragan, Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2018.

Tadić Lesko, Karolina, Pupiћ, Tomislav, Socijalno pedagoški aspekti o pojavnim oblicima nasilja nad djecom u obitelji, Suvremena pitanja, Zagreb, broj 20/2015.

Turković, Ksenija, et al., Komentar Kaznenog zakona, Zagreb, 2013.

Horović, Sabrina, Stipanović, Ivana, Zovko, Ivan, Nasilje u obitelji, Mostar, 2017.

Službena glasila

Narodne novine Republike Hrvatske broj 110/1997, 27/1998, 129/2000, 51/2001, 105/2004, 84/2005, 71/2006 i 110/2007.

Narodne novine Republike Hrvatske broj 137/2009.

Narodne novine Republike Hrvatske broj 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015 i 118/2018.

Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 35/2003, 37/2003, 56/2003, 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009 и 12/2010.

Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj број 35/2005 i 31/2014.

Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine broj 20/2013.

Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 23/2007.

Službeni glasnik Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine broj 7/2018.

Службени гласник Републике Србије број 18/2005, 72/2011 и 6/2015.

Службени гласник Републике Србије број 85/2005.

Службени гласник Републике Србије број 94/2016.

Службени гласник Републике Српске број 52/2002, 41/2008 и 63/2014.

Службени гласник Републике Српске број 102/2012.

Službeni list Crne Gore broj 46/2010.

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

**FAMILY-SAFEGUARD PROTECTION FROM VIOLENCE
IN FAMILY - COMPARATIVE ANALYSIS OF THE RIGHTS
OF BOSNIA AND HERZEGOVINA AND SERBIA**

Summary

Based on the adopted international standards contained in numerous international organizations, all modern states, including Bosnia and Herzegovina and Serbia, provide for a system of measures to protect against domestic violence. These measures are prescribed not only in criminal and misdemeanor law, but also in family law that regulates the concept, content and protection of marriage and family. As a form of family relations protection, the family legislation of the observed countries envisages specific preventive measures that should prevent the occurrence and repetition of domestic violence. It is this work that speaks specifically about the concept, characteristics and content of these protective measures in the family law of the observed countries.

Keywords: *international standards, law, domestic violence, protective measures, court, procedure.*

THE SIGNIFICANCE OF ILLITERACY: THE PAST OR CONTEMPORARY PHENOMENON¹

Abstract: *In the paper, the authors highlighted the notion of literacy / illiteracy. Literacy is the ability to use the available system of symbols, which are at the heart of learning and teaching, for the purpose of understanding and compiling, or for the purpose of making communication sense and knowledge. Literacy is a wider concept of a printed word that is read or written. It is shaped by context, participants, and applied technologies. Today's context includes the development of technologies, along with visual, audio, gesture, space, or multimedia discourse. Some scholars claim that there was always a crisis moment in relation to literacy, historically observed. Taking into account tradition, criticism and approaches in relation to literacy, UNESCO documents have separated four areas of literacy understanding: literacy as an independent set of skills; Literacy as something that is being applied, practiced and established; Literacy as a learning process; literacy as text, content of words. Criminological literature does not have a single understanding of how education can affect the manifestation of delinquency activities (pessimistic and optimistic currents), although statistical data show that among the delinquents there are a large number of those with low education and a lower degree of culture.*

Keywords: *literacy; illiteracy; culture; delinquency; UNESCO.*

1. Introduction

Being literate means the personality of a person who can read and write, who is literate. Literacy also includes knowledge of the system of writing and reading,

¹ Дана 2. августа 2018. године проф. др Миомира Костић примила је позивно писмо од стране Dr hab. Elżbieta Szczot, prof. KUL President of the PTSE Lublin Branch за учешће на конференцији: Section of Law and European Institutions at the Polish Association for European Studies, која је одржана од 20-23. септембра 2018. године у Lublin-у, на the John Paul II Catholic University of Lublin, као и у Lviv-у Ukraine, под називом: „Institutional and political transformations of the European Union and the Member States”. Овај рад општен је у целости на Конференцији, као усмено излагање.

as well as the correct grammatical and stylistic writing skills.² Therefore, at first glance, literacy should be a word that everyone understands well. But at the same time, literacy is, conceptually, the term that carries complexity and dynamism in itself, and which is constantly explained and determined in many ways. The perceptions, widely circulated to the public, on what are the notions of literacy or illiteracy, are constantly influenced by: academic research, work programs of various institutions, national determinations, cultural values, as well as personal experiences.

In the academic community, literacy theories developed, starting with those who have in the center of interest changes in a person to an individual, to those who represent a much more complex view and which includes a much wider social context, as a “literate environment”, or “literally society”. This, however, influences the support and enabling of the literacy practices of the population. As a result of the development of these perceptions and advances in relation to literacy, as well as the understanding of the international political community, there have been some visible shifts. First, from the understanding of literacy, as a simple process for achieving basic cognitive skills, to the use of these skills in ways that contribute to socio-economic development, all the way to expanding the capacity of social consciousness and critical reflection as a basis for personal and social change.

What is available on the Internet, as an open library, can certainly be sublimated through literacy definitions, such as: the quality or level of someone’s literacy, the quality of reading or writing; or, having the education: “to examine someone’s education”; or, knowledge of a particular subject or field of science: “improving someone’s knowledge of finance.”³

Apparently simply, these definitions can also be shown in their complexity. Hence, literacy is the ability to use the available system of symbols, which are the basis of learning and teaching, for the purpose of understanding and compiling, or for the purpose of making communication sense and knowledge. Literacy is a wider concept of a printed word that is read or written. It is shaped by context, participants, and applied technologies. Today’s context includes the development of technologies, along with visual, audio, gesture, space, or multimedia discourse.⁴

Being literate is the heart of learning in any subject area. In fact, being literate is a prerequisite for learning. In the way that students progress during their

² *Dictionary of the Serbian language. (2007). Novi Sad: Matica srpska, p. 930.*

³ *Dictionary.com*, <http://dictionary.reference.com/browse/literacy>, Retrieved: 11. 3. 2015.

⁴ *Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>, access: 11. 3. 2015.

education and approaching in certain areas more and more, the concept of literacy becomes more and more challenging. Students use different sources of knowledge, with increasingly complex use of languages and structures, with particularly sophisticated graphic and numerical presentations. They learn writing and reading strategies, use different records and suitable data sources, in each area.

In addition, literacy has always included a collection of cultural and communication practices, which is shared among members of a particular group. How does one society and technology, and literacy change? A man of the 21st century must have a wide range of abilities and skills, numerous forms of literacy. This literacy, like reading the press on-line or participating in virtual classrooms, is a multiplicative, dynamic, flexible skill. Similar to the past, forms of literacy are inseparably linked to historical circumstances, life opportunities, and social paths of individuals and groups.

Finally, literacy implies a continuity of learning, enabling an individual to achieve his goals, to develop his potentials and knowledge, and to participate fully in his community and wider social environment.⁵

2. Historical review of literacy and literacy

Some scientists, who for decades have dealt with the phenomenon of literacy, such as Graff, (Graff, 1994), argue that literally there has always been a crisis moment, historically observed. Schools and universities have consistently represented easily attractive targets, with established responsibility and guilt, in difficult, humorous times, as well as the issue of literacy of the population. In addition to existing contradictions, literacy levels of the population spontaneously serve as symbols and symptoms, causes and consequences. They, in themselves, are suitable, simple symbols for mass critique, which is not directed to essential sources, or even in the ultimate, successful transformation of the issue. That's why this author quotes the words of historian Michael Katz that nearly forty years ago education was proposed as a means to solve every major social problem.⁶

⁵ *Reflections about the Meaning of Literacy*, April 27, 2012, <http://www.literacyinlearningexchange.org/defining-literacy>, access: 11. 3. 2015.

⁶ Harvey J. Graff. „Literacy, myths, and legacies: lessons from the history of literacy. U: *Functional Literacy: theoretical issues and educational implications*. (Ed. by Ludo Verhoeven). (1994). Netherlands: John Benjamins Publishing. p. 38.

https://books.google.rs/books?hl=sr&lr=&id=z7nbgVnZyYMC&oi=fnd&pg=PA37&dq=history+of+literacy&ots=KMw46lclL6&sig=laSLElovvw36eMUh3FgVhprYw_s&redir_esc=y#v=onepage&q=history%20of%20literacy&f=false, access: 11. 3. 2015.

Graff even distinguishes several key points that relate to the literacy history. Namely, this author points out that literacy, as well as education and learning, has its own historical foundations and foundations. Likewise, these processes are strongly resistant to change. Their basics are “fundamentally complex,” practical and theoretical. Literacy places itself in a hierarchical relationship of power and wealth, as opposed to egalitarian democracy. Then, as its contribution to the development of the economy, politics, society. Even elementary literacy, as well as learning and practice, represent a psychic, neurological, and cognitive action. Learning literacy is a complex task. Therefore, the different social circumstances, the importance of the media, the technology, the pedagogy, and the institutional settings do not imply the motivation of the individual by itself-the perception of needs, sometimes defensive, or filled with fear, sometimes with great satisfaction and satisfaction, is undoubtedly a greater incentive than that biological age and social status.

The great dream of the reformers was to create formal, compulsory, mass public schools “like the expected side for the virtual universal transmission of a minimum level of literacy, reciprocally distributed with the basic dogmas of secular morality.”⁷

Literacy is a part of elementary education. However, the main difficulties are the prevalence of recording unequal opportunities and schooling, from radically different bases for children from unequal social classes, races, and ethnic groups, and professor’s expectations, in connection with the obedience of different young people. Gender access is also significant. Motivation among young people varies widely, in different social lines, but also between children and young people of the same origin.

Similar to the fact that individuals follow different paths towards literacy and learning, historically, and human societies have taken different paths in attaining higher levels of popular literacy.⁸

For example, in the United States, there is a long tradition in the state’s efforts to literate the population, even longer than two hundred years. From the earliest days of the founding of a federal state, governments have always provided funds to justify, encourage and expand programs to help adults overcome educational difficulties that prevent successful and responsible participation in the life and progress of one nation. Therefore, at the federal level, the United States organized evening schools for adults, education through courses, and education for naturalized Americans. Records in state archives contain evidence of organized education for adults, dating back to the 18th century. Until the early

⁷ Harvey J. Graff, *op. cit.*, p. 50.

⁸ Harvey J. Graff, *op. cit.*, pp. 43-52.

1960s, the poverty and literacy of adults became the subject of attention again in the United States. In 1964, the Economic Opportunity Act was adopted, which in its head stipulates the normative basis of the basic adult education program as a special budget line. In the first year, after the law was passed, the United States allocated \$ 18.6 million for various adult education programs.⁹

In Europe, EU education ministers have set a common goal to reduce the rate of fifteen-year-olds who have not mastered reading basics from the current 20% to 15% by 2020. According to the PISA Report of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), in 2009, 41% of pupils in Bulgaria did not reach an adequate level of functional literacy, and in Romania 40.4%. Still, the number of functionally illiterate people decreased by 10.1 percentage points in Bulgaria in 2006 and 13.1 percentage points in Romania. In 2009, the smallest functionally illiterate pupils in the EU recorded in Finland 8.1%.

According to PISA report for 2009, the percentage of students in Serbia who did not reach the level of functional literacy decreased from 52% in 2006 to 33% in 2009. According to students' reading literacy, Serbia was ahead of Bulgaria, Romania, Montenegro and Albania, and lagged behind Slovenia and Croatia. The report showed that there is a significant gap between the sexes in the EU, as boys (26.6%) who are not literate enough are significantly higher than girls (13.3%). Among the sexes, the lowest is expressed in the Netherlands, where, according to data from 2009, 10.8% of girls and 17.9% of boys did not master enough reading and writing. Denmark followed (11.5% of girls and 19% of boys) and Belgium (13.8% girls and 21.5% boys). This gap is most pronounced in Malta, where 48.4% of boys did not master enough writing and reading, while the girl was 24.4%, followed by Bulgaria (52% boys and 29.2% girls) and Lithuania (35.5% of boys and 13% of girls).¹⁰

In countries where illiteracy is eradicated, the issue of literacy is not included in the census. In our country it is regularly monitored on all previous lists, and it is set up for all persons older than ten years. According to the 2002 census, there were 232,925 illiterates in Serbia, which was 3.5% of the total population over ten years old. Of the number of illiterates, 81.1% were in central Serbia, or 188.835 persons, and in Vojvodina 44.090, or 18.9%. At the same time, the share of illiterates in the total population over ten years was 3.8% in central Serbia,

⁹ *History of the Adult Education Act*, <http://www.naepdc.org/issues/AEAHistort.htm>, access: 18. 3. 2015.

¹⁰ „Insufficient literacy problem in both the EU and Serbia“, 7. 9. 2012. <http://www.euractiv.rs/srbija-i-eu/4670-nedovoljna-pismenost-problem-i-u-eu-i-srbiji>, access: 24. 3. 2015.

and 2.4% in Vojvodina.¹¹ The results of the 2012 census showed that the number of illiterate people in Serbia has been halved compared to the 2002 census, and now there are about 165,000, of which more than 80% are women. Incomplete primary school has about 677,000 inhabitants of Serbia or 11%, and in 2002 there were more than one million. With higher education in Serbia, there are slightly more than 650,000 inhabitants, which is almost 11%, as opposed to 2002, when it was 6.52%. Computer is illiterate more than 50% of the population of Serbia.¹²

2. Areas of understanding the character of literacy

Since the mid-20th century, scientists have begun to devote special attention to defining literacy, and their work has had direct implications in the approaches to the practice and policy of individual countries. Scientists from a wide range of interests, in the fields of psychology, economics, linguistics, sociology, anthropology, philosophy and history, have begun to participate in a debate of the diverse context of what is literacy and how it is broadly related to education and learning. Taking into account tradition, criticism and approaches to literacy, UNESCO documents have separated four areas of literacy comprehension. These are: literacy as an independent set of skills; Literacy as something that is being applied, practiced and established; Literacy as a learning process; literacy as text, content of words.¹³

Literacy as a stand alone skill set includes reading, writing, and speaking skills. The most common understanding of literacy is precisely that it is a set of assessable skills, especially cognitive skills of reading and writing, which are independent of the context in which they have been acquired since that person's past life. This understanding of literacy also includes computing, as well as the ability to access knowledge and information.

The next field of understanding of literacy refers to how literacy is applied, practiced and established, and more is a way of drawing attention to literacy as a skill applied in the right way. In the sixties and seventies of the 20th century, with this understanding, the importance of literacy on socio-economic development was initially emphasized.

¹¹ „Image of illiteracy in Serbia», Belgrade: Demographic Review, Vol. IV, no. 16/2003, p. 1. <http://www.minrzs.gov.rs/files/doc/podrobnosti/Demografski%20pregled/2003/16%20Slika%20nepismenosti%20u%20Srbiji.pdf>, access: 24. 3. 2015.

¹² „165,000 people in Serbia are illiterate“, <http://www.dnevnik.rs/drustvo/u-srbiji-165000-nepismenih>, access: 24. 3. 2015.

¹³ Understandings of literacy, p. 148. http://www.unesco.org/education/GMR2006/full/chapt6_eng.pdf, access: 10. 3. 2015.

Literacy as a learning process implies that when one learns, it becomes literate. It is one of the andragogical principles, or the theory of adult education, according to which the student is at the center of the educational process, with the critical reflection of that center.

Literacy as text, content composed of words is the fourth way of understanding literacy, as the subject matter, in which the nature of that text is compiled and used by a written individual. The texts vary, depending on the subject and genre. This method involves an analysis of content, similar to a socio-linguistic discourse.¹⁴

Explanations of literacy inevitably lead to the explanation of the opposite phenomenon - illiteracy. One of the archeologists of philosophical thought of the 20th century A.N. Alfred North Whitehead said: "Not ignorance, but the ignorance of ignorance is the death of knowledge." Different notions are indicated in science, such as illiteracy, semi-epidemic, functional illiteracy, followed by frustrations, anxiety and disappointment of a person with a lack of literacy. In addition, there is a reference to hidden illiteracy, which means ignoring, or ignoring your own ignorance. Illiterate people hide their illiteracy from themselves, and often do not fully understand the information and ideas they receive from the outside world. And since illiteracy has never been identified as such by an illiterate person itself, it is hidden from others.¹⁵

3. The consequences of illiteracy

Illiteracy can affect both the individual and the society as a whole. This relates to the following aspects of life: the limitation of the ability to receive and understand complementary information; unemployment (the unemployment rate is 2-4 times higher for those with lower education levels than for those with higher education); lower salary; doing simpler jobs; limitation of lifelong learning opportunities and professional development; an uncertain financial situation; adding little importance to reading and education in the family, which often leads to the intergenerational transmission of illiteracy; low self-esteem, which can lead to isolation; health effects (illiterate people experience injuries at work, they need a longer recovery and more frequent abuse of medicines, due to ignorance about how to protect their health and because they have difficulties reading and understanding relevant information such as warnings, dosing, contra-indications).

¹⁴ Understandings of literacy, op.cit., p. 149-152.

¹⁵ *Applied Scholastics*, <http://www.appliedscholastics.org/education-issues/hidden-illiteracy-the-ignorance-of-ignorance.html>, access: 10. 3. 2015.

Illiteracy has its consequences for society. Since literacy is an essential means for an individual and society to be competitive in the conditions of a new global economy, many positions remain unfilled due to the lack of personal ability to reach them. Difficulties in understanding social resources reduce the level of community involvement and participation in a civil society.¹⁶

Criminological literature does not have a single understanding of how education can affect the manifestation of delinquency activities (pessimistic and optimistic currents),¹⁷ although statistical data show that among the delinquents there are a large number of those with low education and a lower degree of culture.¹⁸ Among many factors related to the school's impact on crime, the failure of school, school drop-out and low level of education are particularly high. Poor success in learning, repetition of grades, poor progress in learning school materials affect the inability to acquire the necessary knowledge and education, the lack of working habits, and the appearance of certain behavioral disorders, such as: schooling, skitches, alcoholism, drug addiction , prostitution, committing criminal offenses.¹⁹

The drop-out factor is considered to be the main cause of delinquency and the emergence of drug addiction among children. The results of the research are sometimes contradictory, especially when it is found that many deviant behaviors are done by those who attend school, but it is, again, easier to discover or arrest those who have left school. Likewise, it is more likely that delinquent behavior, especially what is done with a peer group, will make it easier to make a decision to leave the school.²⁰ The school environment, as well as the difficulty of fitting into newly formed relationships, requires the ability to adapt, which has an almost decisive contribution to the child's further attitude towards school and education, and the possible occurrence of deviant and delinquent behavior, even more than the contribution of intellectual abilities.

¹⁶ *Consequences of illiteracy*, <https://www.fondationalphabetisation.org/en/foundation/causes-of-illiteracy/consequences-of-illiteracy/> access: 10. 3. 2015.

¹⁷ Lombrozo pointed out that children who already show a stigmatized criminal in elementary school should be separated and subjected to special treatment, designed to strengthen inhibitory factors and suppress criminal instances. Mannheim, H., *Comparative Criminology*, London, Routledge and Kegan Paul, 1970, Vo. 1, p. 224.

¹⁸ Milutinović, M., *Criminology*, Belgrade, Faculty of Administration, 1988, pp. 323-324.

¹⁹ Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V., *Criminology*, Student Cultural Center Niš, Niš, 1998. p. 315.

²⁰ Clinard states the classification of ways to leave further education, such as: involuntary abandonment, abandonment due to mental retardation and school leaving by intellectually capable children. Clinard, B. M., *Sociology of deviant behavior*, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc. 1968. p. 715.

However, the processes of education and training, although they contain a number of shortcomings of technical and substantive nature can not have direct effect criminogenic factors. When a child comes from a degraded family, the school can hardly affect the child in the opposite direction from that in the family, which is primary, because the new environment, with special demands and a specific authoritative relationship, only burdens and confuses an already victimized child. Parents themselves will become discouraged in conditions of social isolation, poverty, marital separation or lack of social support, and as a consequence of their demoralization, they will be less able to establish contact with children of lower intellectual abilities and to support them in developing emotional control, learning and other social skills. All of these disadvantages influence the child to be poorly prepared for the social and educational requirements set by the school. Also, a child entering school with developed abilities to exhibit aggressiveness and feeling unfulfilled is poorly prepared to master reading, which is the most important educational task of the first years of school.

In addition, another feature, in many high-risk factors of reporting violence and antisocial behavior in children, is the lack of family support to achieve good governance in school and advocacy to overcome school materials. Children from such families are closer to children of similar attitudes and behaviors, which creates great difficulties for teachers who unconsciously become inconsistent in their attitude towards pupils, verbally abuse them and create a forced relationship with children. Therefore, some sociologists point out that the "irony of life experience" violent patterns of teacher behavior revive the family experience of high-risk children and increase their problematic behavior. Thus, between aggressive, defenseless children and teachers, a gap is created that prevents the provision of support to problematic children. This can particularly be reflected in contacts between parents and teachers, in which the parent feels humiliation and pain due to the child's behavior.²¹

Those children who exhibit early and continuous antisocial behavior are more likely to show failure in learning in elementary school and lack of attachment to school. The early manifestation of continuous antisocial behavior in the early years of the primary school predicts that criminal and violent behavior will occur later. Children who exhibit antisocial behavior, such as aggression, negativistic mood and anger outbursts, during primary school age, are more likely to engage in crime and violence as adolescents and adults than children who do not exhibit antisocial behavior. Failure in learning is a risk factor of violence and delinquency, which is an indicator in the later years of elementary

²¹ Coie, J., *Prevention of Violence and Antisocial Behavior, u: Preventing Childhood Disorders, Substance Abuse and Delinquency*, (ed. Ray DeV Peters, Robert J. McMahon), SAGE Publications, Thousand Oaks, London, New Delhi, 1996., p. 7-9.

schooling, while the lack of attachment to the school leads to greater inclination towards delinquency than to young people who accept their position and role of pupils as something that is desired and leads to training for life.

4. A few final considerations

Communication among the members of the group does not represent a specific specificity of the human race, but members of other higher and lower animal species have their own particular communication. However, finding the letter is nevertheless an incomparably more important means of communication than any other “material aid through which messages arrive from their source (provider) to those to whom they are intended (recipients)”. As Zvonarević observes, finding the letter has enabled messages among people to be sent and received, regardless of the one who sent them or created them. Because the scope of the message no longer depended on the strength of a person’s voice, or the sound of drum beats.²²

The way, means, and goals achieved by exchanging messages among people is conditioned by the numerous exogenous and endogenous characteristics, and in particular the ultimate invisible, or near, visible goals that are intended to be achieved. Nor is any effect of a message being acceptable to society at a given moment, nor is it always unacceptable. The end of the 20th and the beginning of the 21st century brought a new, accelerated form of communication, through a special technical means, computers, and the virtual world, the Internet. Technical literacy has triggered many of the world’s revolutions at the turn of the 21st century, on the one hand, while many individual aspirations, aspirations, events, in individual human lives have brought unprecedented challenges.

The issue of literacy and literacy of the population is not an individual, no regulated process, which should depend on the will of individuals. This is a state issue, as a priority, in order to achieve the national interest of the people, and therefore it must function with certain budgetary standards, envisaged not only for achieving the ultimate goal - basic literacy of the population, but for creating a highly sophisticated network of experts and institutions, did it. The eradication of illiteracy in our country must be a priority task for all educated people. The need for school and acquiring knowledge should return us in the time of Dositej Obradović, whose “Life and Connected” continues to tell us about the urgent need of people for knowledge.

²² Zvonarević, M. Social psychology. Zagreb, School book, 1976, p. 379.

МИРИС КАО ФАКТИЧКО И ИНСТИТУЦИОНАЛНО СРЕДСТВО У ПРИДОБИЈАЊУ ПОТРОШАЧА¹

Апстракт: Мирис представља значајно средство за придобијање потрошача. У том смислу, у остваривању наведене функције, мирис се може појавити у двострукој улози. Примарно дејство мириса на потрошаче манифестује се у његовој природној форми, као фактички инструмент. То се постиже уношењем одређеног (одабраног) мириса у пословне просторије привредног субјекта или чак и у сам производ, који постаје препознатљив по свом специфичном мирису. На овај начин, мирис постаје значајан инструмент маркетинга, конкретно његове гране: чулног или сензорног маркетинга.

С друге стране, мирис може бити и значајно институционално средство у придобијању потрошача. Реч је о могућности да мирис, као специфичан знак може бити предмет заштите у форми мирисних, као нестандардних жигова. Међутим, оваква могућност је до скоро постојала на нивоу теорије, због немогућности да се мирис графички представи и тако оствари један од два битна услова заштите (поред дистинктивности). Ступањем на снагу Уредбе ЕУ, 2017. године, која релативизира услов графичког приказа, отварају се реалне могућности да и мирисни жигови заживе у пракси и постану пуноправни чланови многобројне породице жигова. Остаје само да поједине државе ускладе своје националне законе о жиговима са Уредбом ЕУ. Ово је, уједно, задатак и за нашег законодавца.

Кључне речи: чула, мирис, маркетинг, жиг, потрошачи.

1. Увод

Генерално, чула код људи и животиња представљају пријемнике опажања или перцепције информација које долазе из сопственог тела

¹Чланак је резултат рада на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније”, који финансира Правни факултет у Нишу.

или из околине. Поједностављено, чуло представља способност једног организма да опази спољашне и унутрашње надражаје или стимулацију. Још према Аристотеловој дефиницији постављеној у 3. веку п. н. е. постоји пет основних чула: чуло вида, мириса, укуса, додира и слуха. Осим њих постоји и тзв. шесто чуло (интуиција), а такође и нека посебна чула.

Чула представљају физиолошки начин перцепције, а тема су мултидисциплинарног проучавања: првенствено неуронаучних дисциплина, когнитивне психологије и филозофије перцепције, али у последње време и других наука, као нпр. економских и правних. По својој природи, чула могу бити механичка, хемијска и оптичка, зависно од начина стимулације (надражаја). Чуло додира се стимулише притиском које изазива физички контакт са објектом. Чуло слуха се стимулише осциловањем притиска ваздушног талас. Чуло вида стимулише један део електромагнетног спектра када падне на мрежњачу ока. За разлику од осталих, чула мириса и укуса реагују на хемијски састав околине, па се називају хеморецепторима.²

Свет око нас сваки појединац, односно биће доживљава на себи својствен начин. Око нас је мноштво стимуланса, а само неки од њих могу изазвати нашу реакцију. Перцепција за појединца представља његову стварност, а перципиране стимулансе не прихватају сви на исти начин. Управо због те субјективне реакције на стимулансе, долази до тенденције искривљавања информације према личном нахођењу примаоца и њиховој интерпретацији на начин који одговара њима, а у складу са предрасудама.

Са аспекта теме овога рада, мирис постаје све значајније средство за придобијање потрошача. У том смислу, мирис се појављује у двострукој улози. Првенствено, мирис, као такав, у својој природној форми представља изузетно значајан савремени инструмент маркетинга. С друге стране, мирис у институционализованој форми, заштићен у облику жига или марке производа и услуга, и као елемент брэнда, представља снажан магнет купчеве пажње и један од круцијалних фактора његове одлуке да се определи за одређени производ, односно услугу.

Улога жига као значајног фактора мирисног маркетинга, је апсолутно неспорна, штавише у константном је позитивном успону. С друге стране, заштитити мирис у форми жига (марке производа или услуга), све до скоро је било само на нивоу теорије. Ово, првенствено, због тешкоћа у остварењу услова графичке приказивости. Тек са доношењем одговарајуће

²Удисањем ваздуха ми константно испитујемо његов квалитет (што нас упозорава на потенцијалне опасности), али и прикупљамо релевантне информације, као што су присуство одређене супстанце или неког бића.

Уредбе ЕУ, која је релативизовала овакав захтев, широм су отворена врата надолазећем присуству мирисних жигова. Са доношењем националних прописа, у складу са новом Уредбом, оваква могућност ће и реално заживети у пракси.

2. Мирис као чулни механизам - инструмент перцепције

У информисању потрошача, као почетној, али и значајној фази у доношењу одлуке о избору приликом куповине, кључни значај има перцепција. Суштина перцепције је у прихватању става да људи разумеју свет око себе субјективно, што ће рећи да га не доживљавају онаквим какав јесте, већ онаквим каквим га они виде, односно како га интерпретирају. Због тога је перцепција од кључне важности за разумевање понашања људи, односно потрошача. Перцепција се може дефинисати као процес помоћу којег особа селекује, организује и интерпретира стимулансе у осмишљену и разумљиву слику света.³

Перцепција као фактор информисања потрошача представља селективни процес примања, предаје и интерпретације података. Састоји се од три фазе:⁴ 1. прикупљање и селекција информација 2. „прерада“ информација у складу са спознајном структуром и 3. интерпретација информација.⁵

Треба подвући, да са психолошког становишта, треба правити разлику између осећаја и перцепције.⁶ Осећај претходи перцепцији. Он настаје у тренутку када сензорни орган човека прими стимуланс, док је перцепција настојање да се схвати и интерпретира значење тог утицаја.⁷

Гледано кроз призму маркетинга стимуланси су различити и могу потицати од производа, паковања, жигова, огласа итд. Чулни рецептори су људски органи који примају стимулансе, а њихове чулне функције су да реагују на те стимулансе. Све ове функције, појединачно или комбиновано, омогућују процену и коришћење разних производа. Људска осетљивост се односи на доживљај осећаја, који је свакако субјективан. Притом, осетљивост на стимулансе зависи од квалитета чулних рецептора појединца.⁸

³ Васиљев, С.: Маркетинг принципи, Нови Сад, 2005, стр. 183.

⁴ Кесић, Т.: Понашање потрошача, 1999, Загреб, Адеко, 1999, стр. 119.

⁵ Маричић, Б.: Понашање потрошача, Савремена администрација, Београд 2002, стр. 230.

⁶ Родић, Ј, Будимирчевић, К.: Маркетинг истраживање перцепције потрошача, Часопис Маркетинг, бр. 2, 2011, Вол. 2 стр. 128.

⁷ Маричић, Б.: *op. cit.*, стр. 230.

⁸ У околностима када постоје значајни чулни уноси, чула неће открити мале промене или разлике у њима. Како се чулни уноси смањују, моћ запажања промена у уносима

Својство људског организма да се прилагођава различитим нивоима осетљивости у зависности од промена спољних услова обезбеђује не само већу осетљивост када је то потребно, већ и заштиту прекобројних, штетних, па и небитних утицаја када је ниво њиховог уноса велики.

Имајући у виду чињеницу да постоји перманентност утицаја, апсолутни праг стимуланса се повећава, односно осећаји су све слабији. Што је изложеност стимулансима већа, запажање је мање. Од многобројних стимуланса који нас у сваком тренутку окружују, појединац може перципирати само неколико.⁹ Људи углавном запажају оно што очекују или оно што им је потребно.

Има мишљења да су потрошачи изложени некој врсти „испирања мозга“ ако им се презентира порука испод или изнад свесне перцепције.¹⁰ Доказано је да овај вид убеђивања потрошача подстиче базичне пориве (глад, жеђ и сл.), али и да су сублиминалном убеђивању подложније колебљивије особе, односно оне које немају чврсте и изграђеније ставове. Уз то, интензивнији стимуланс има већи утицај на понашање потрошача од оног слабијег, док су прагови перцепције лимитирани су психолошким карактеристикама личности.¹¹ Постоје горњи и доњи прагови људских чула, изнад и испод којих се не региструју утицаји из окружења.¹²

Сви фактори који утичу на перцепцију могу се класификовати у две основне групе: интерни (унутрашњи) и екстерни (спољни). Када је реч о интерним факторима, перцепција зависи од самог човека, од његовог претходног искуства, мотива и интереса. Постојеће знање човека о одређеним врстама стимуланса је систематизовано и организовано у когнитивне структуре које се зову интерпретативне или менталне шеме, које имају за циљ да олакшају и убрзају процес интерпретације спољних стимуланса. Чињеница је да људи не воле непознате ситуације, јер се у њима осећају непријатно и несигурно. Зато они своја сазнања о стимулансима у таквим ситуацијама сакупљају, систематизују и организују у оквиру интерпретативних шема. Када се поново нађу у сличној ситуацији, активирају се потребне шеме и појединци тачно знају како да реагују и да перцепирају реалност.

или у њиховом интензитету се повећава до максималне тачке осетљивости у условима минималних стимуланса.

⁹ Кесић, Т.: *op. cit.*, стр. 120.

¹⁰ Robins, P.S.: *Organizational Behaviour*, Englewood Cliffs, Prentice Hall Inc 1999, p. 198.

¹¹ Salai S., Hegediš I., Grubor A.: *Marketing komuniciranje*, Ekonomski fakultet Subotica, 2007, стр.129.

¹² Праг диференције је минимална разлика између два слична стимуланса. Што је јачи почетни стимуланс, то је потребнији већи интензитет других стимуланса да би били перцепирани као различити.

Другу групу чине екстерни фактори перцепције, који, разуме се, делују из спољашње средине. Њихов утицај је детерминисан следећим факторима: а) Интензитет стимуланса – уколико је стимуланс јачи, то ће пре бити перципиран; б) Кретање стимуланса – оно што се креће пре привлачи него оно што стоји; в) Понављање стимуланса – пре се памти оно што се понови више пута од онога што се понови само једном; г) Контраст у односу на позадину – лакше се перципира и памти оно што је у контрасту са околином, него оно што је у складу са околином.

Треба истаћи да на људе утичу разни фактори који искривљују њихове перцепције.¹³ Перципирани стимуланси се не прихватају увек на очекиван и објективизиран начин. С обзиром на селективно излагање утицајима, потрошач бира стимулансе које сматра релевантним, односно битним.¹⁴ Дакле, потрошач обично бира на које ће стимулансе реаговати, а које ће игнорисати. Он, по правилу реагује на стимулансе који се односе на неку његову (првенствено акутну) потребу или на стимулансе који су изузетно јаки, односно доминантни, па делују снагом “силе”. Уз то, углавном се информације интерпретирају више субјективно него објективно, што ће рећи према личном мишљењу и предрасудама.

Код човека постоји пет основних чула: вид, слух, додир, мирис и укус. Осим њих, постоји и тзв шесто чуло или надчулно опажање (чији су још синоними: телепатија, видовитост, предосећај или интуиција). Оно представља способност суптилног опажања, односно способност да разумемо суптилне односе узрока и последица многих чињеница и догађаја, који су изван разумевања интелекта, другим речима изван рационалног.¹⁵ Осим наведених основних чула, постоје и друга чула, нао нпр.: чуло равнотеже, убрзања, бола, страха, жеђи, глади и др. Верује се да ће научници у блиској будућности открити и нека нова чула код људи, а да се за нека вероватно врло очигледна, још увек не зна.

Студија Brend Sense показала је да је мирис далеко најузвишеније чуло. То је једино је једини осећај који се не можете искључити и који је изузетно снажан у евоцирању памћења. Управљање мирисима остаје тешко за коришћење због своје широке разноликости између појединаца, у смислу перцепције и разумевања. Будући да су распршени у одређеној атмосфери

¹³ Родић, Ј, Будимирчевић, К.: *op. cit.*, s. 129.

¹⁴ Маричић, Б.: *op. cit.*, стр. 234.

¹⁵ Пинеална жлезда, која је многим културама познатија и као треће око или седиште душе, смештена је у човечијем мозгу и многи верују да је то капија за живот после смрти. Многи мистици и културе широм света верују да је та жлезда наша директна веза са нашим другим ја и нашом свешћу.

и нису повезани с одређеним производом, купци их не перципирају свесно. Дифузија мириса ефикасна је само ако се подудара с другим сигнаlima (стимулансима) као што су, нпр. музика или визуал. У том случају, примећује се значајно повећање задовољства и догађају се импулсивне куповине. Такође, мирис има позитивне ефекте на перципирану слику потрошача, висину цена и износ који су спремни платити. Интеграција мириса у маркетиншку стратегију не може се одвојити од повезивања са осталим чулима.

Процењује се да је мирис 10000 пута осетљивији од укуса, што значи да је укус најслабији од наших пет чула. Установљено је, такође, да мирис може мењати човечије расположење у смислу његовог побољшања од преко 40%, нарочито када је изложен угодном мирису, или када га тај мирис подсећа на неке срећне тренутке. Већина људи је у стању повезати мирисе сећања и искуства упркос препознавању и памћењу потешкоћа повезаних с комплексношћу мирисних стимуланса.

Сваког дана, током читавог живота осећамо различите мирисне ноте различитих есенција, од којих многе пролазе непримећене, али су присутне. Само када нека есенција угађа, задовољава, указује на опасност, иритира или стимулише меморију ми се заустављамо да би обратили пажњу. Можда је најупечатљивија реакција на мирисе у домену меморије и сећања. Скоро свако је искусио налет емоција након сусрета са одређеним мирисом. Сlike печеног хлеба, пржене кафе, новог аутомобила, или чак првог пољупца, могу се призвати у сећање само одређеним мирисом. У стању смо да заборавимо оно што слушамо, што једено, чујемо, додирујемо, иако то не разматрамо и нисмо свесни, али, никада не заборављамо мирис.

3. Мирисни маркетинг

Маркетинг је друштвени процес (скуп активности) предузетих у циљу усмеравања токова производа и услуга од произвођача и пружалаца услуга, односно трговаца према потрошачима. Другим речима, на бази истраживања тржишта омогућава се ефективно и оптимално сусретање понуде и потражње. С обзиром да се трендови, жеље, навике, укуси, а тиме и саме потребе потрошача константно мењају, то се нужно мењају и прилагођавају стратегије маркетинга. Данашњи потрошачи су информисанији, софистициранији, захтевнији и то сваки тржишни субјект треба да има у виду. Увидело се да је нужно проширити чулне технике истраживања и на три преостала чула (мирис, додир и укус) и примените их. Тако је дошло до рађања новог облика маркетинга: чулни маркетинг или неуромаркетинг.¹⁶

¹⁶ Дански писац Мартин Линдстром сматра се утемељивачем Неуромаркетинга.

Због свега изнетог, данас се многи произвођачи и трговци све више ослањају на тзв. чулни или осећајни маркетинг како би повећали продају, стварањем јаче споне с купцима на емоционалној основи. Осим класичних визуелних и аудитивних подражаја, све су популарнија и олфактивна решења, дакле она која се базирају на мирису. Маркетинг се у чак 99% медијских садржаја фокусира на вид или звук. Ипак, приликом презентације производа често су звук и мирис пуно ефикаснији него визуали. Такође, визуелне слике јасније се распознају и памте ако се повежу с још једним чулом. Вишечулним искуством назива се управо та комуникација с купцем преко два или више чула.

Чулни маркетинг је врста маркетинга која апелује на сва чула у односу на жиг (марку). Она користи чула како би се повезала са корисницима на емоционалној основи, тј на личнији начин од масовног маркетинга. Брендери могу створити емоционалне асоцијације у уму купаца играјући на њихова чула. Више-чулни маркетинг генерише одређена уверења, осећаје, мисли и мишљења како би створио имиџ марке (жига) у свести потрошача.

Истраживања из неуромаркетинга показала су како је 75% емоција узроковано мирисом. Мирис је повезан са задовољством, осећајима и сећањем и снажно утиче на емоционално стање и расположење купца, па га чини и спремнијим на трошење.¹⁷ Управо због тога многе компаније, све чешће користе мирис како би обележиле своје трговине или производ, и на тај га начин снажно емоционално повезале с клијентелом. Сматра се да чулни маркетиншки приступ покушава попунити недостатке „традиционалног маркетинга“ који је превише рационалан.

Од почетка од овог века вршена су бројна истраживања, од стране професионалних истраживачких центара, али и великих компанија, власника чувених жигова (брендова), о утицају мириса у малопродајним објектима на привлачење купаца. У том смислу, наводи се чувена компанија Самсунг, као један од пионира имплементирања овог истраживања у пракси. Након тога и друге значајне компаније¹⁸ бавиле су се овом материјом,

¹⁷ Истраживање које је спровео институт „The Sense of Smell“ открива како се могућност присећања визуелне слике преполовљује након само три месеца, док се мириса можемо присетити са 65- постотном тачношћу током целе године. Слично, студија њујоршког Универзитета Rockefeller показује како се на краће периоде сећамо само 1% онога што смо додирнули, 2% онога што смо чули, 5% онога што смо видели, 15% онога што смо окусили и чак 35% онога што смо оњушили.

¹⁸ Брендери попут Sony Style, Samsung, Abercrombie and Fitch, Hilton Hotels, Procter and Gamble, Singapore Airlines, Disney, Westin Hotels, Lexus, и многи други, схватили су две важне чињенице, због којих је употреба мириса најбољи избор. Прва чињеница је,

а многи привредни субјекти су и практично започели са конкретном употребом мириса у свом пословању, односно у својим објектима.¹⁹

Мирисни брендинг не обезбеђује само осећај за мирис, већ и свест о бренду, интеграцији производа и ефективност чула, промена у понашању и профитабилне резултате. Овај вид маркетинга повлађује свим чулима у односу на бренд. Користи чула се повезује са потрошачима на емоционалном нивоу. Доживљај бренда на вишесензорском нивоу генерише одређена веровања, осећања, мисли и размишљања, креирајући на тај начин имиџ бренда у уму потрошача. У том смислу, не само кроз имиџ бренда већ и кроз лојалност потрошача, у складу са великом приврженошћу, може бити достигнут пораст продаје.

Према неким егзактним проценама, просечан купац изложен је утицају и до више хиљада реклама, односно маркетиншких порука дневно. Стога је веома битно издвојити оне које ће оставити најупечатљивији траг, односно утисак. Сматра се да ће то бити оне које се базирају на чулу мириса. Оно је једино од наших пет чула које је директно повезано са делом мозга који обрађује емоције, сећања и повезано учење. Заправо, 100 пута је вероватније да ће човек запамтити и сећати се нечега што сте помирио него нечега што је видео, чуо, додирнуо или пробао. Упечатљиви мириси се развијају као део комуникације бренда у пољу маркетинга мириса, са примарном функцијом креирања јединствене емоционалне везе са потрошачем.

да би се десила било која продајна трансакција, неопходна је емоционална веза између производа и купца. Друга чињеница је, да ми сви интуитивно знамо, да људско чуло мириса директно повезује наше емоције и мисли, прескачући рационални део мозга.

¹⁹Тако, нпр.:

-Међународни Аеродром у Атини "Елефтхериос Венизелос", користи мирис "Егејски Дух" који се шири целом површином кроз вентилационе системе;

-ТАВ Аеродроми (Турска) користе мирис који представља фасцинантну комбинацију етеричних уља са зачинским нотама мирисног дрвета који очарава чула;

-Уес Хотели (Атина) - користе задивљујућа комбинација етеричних уља са зачинским нотама мирисног дрвета;

-Казина Русије и Украјине - користе посебно створен мирис од мирисних нота дувана и коњака који осликава осећај, дух и елеганцију казина;

-Џамије у Истамбулу и Анкари (Турска) - одишу посебним мирисом руже који не садржи алкохол.

Неке модне куће укључиле су мирис као део своје стратегије: А & Ф има своје парфем; Thomas Pink увео је сензоре у своје трговине који испуштају мирис свјежине; Galeries Lafayette користи мирисну рампу која наводи купце по поду трговине.

Емоције су једна од најмоћнијих сила које нас наводе на куповину. Чула су изузетно испреплетена, а мирис може да нам у мисли призове слику, призор може да нас изазове да замислимо звук, укус и додир.

Чулни маркетинг (Sensory marketing) подразумева употребу свих чула у промоцији производа или креирању бренда. Савремене теденције показују да брендови треба да користе сва чула, како би била успешније на тржишту. Суштина је да маркетинг стратегије треба да буду осмишљене тако да искључивање једног чула не треба да има никакво дејство и да потрошачи и даље могу да препознају бренд.

Мирисни маркетинг се све чешће користи мирис у циљу повећања продаје. Истраживања показују да око 75% наших емоција се ствара у зависности од мириса који осећамо. Мирис кафе је један о најомиљенијих мириса на свету. Мирис хлеба, такође. Поставља се питање Зашто је мирис битан?²⁰ Чуло мириса је директно повезано са делом мозга који је задужен за емоције. Мирис иде директно у центар за контролу емоција, тачније мирис је окидач за емоције. Управо на ту карту “играју” продавци, што отвара низ етичких питања, првенствено да ли ми слободно доносимо одлуке о куповини или не?

На основу свега изреченог,, можемо изнети констатацију да је „мирис постао најјаче маркетиншко оружје 21. века”, како је изјавио за Медиа Маркетинг Дино Ђерђа, директор једне хрватске компаније, која се бави етеричним уљима и која клијентима нуди услуге мирисног брендирања. Веома брз раст мирисне маркетинг индустрије показује природан развој потрошачког маркетинга и да је то континуирани процес, а не акутна појава. Чињеница је да потрошачи све више постају равнодушни на перманентне звучне и визуелне маркетиншке поруке брендова, а све више реагују на мирисне стимулансе.

Сумирајући резултате маркетиншких истраживања, можемо закључити следеће: Употреба мириса омогућава трговцима да:

- Се пробију кроз аудио/визуелно минско поље маркетинга;

²⁰ Швајцарски маркетиншки стручњаци са Универзитета Сент Гален недавно су обавили истраживање у једном шопинг-центру које је показало да су купци, који су осетили мирис наранџе, у просеку трошили 20 посто више новца од уобичајеног. Закључено је да већина људи мирис процесуира на подсвесном нивоу и то утиче на њихову куповину. Тако, нпр. у време божићних празника трговине миришу на бор, цимет или ванилу, јер ти мириси подсећају купце да је Божић близу и да треба купити поклоне. Цитруси, генерално подстичу потрошњу, док је ванила стимуланс за жене, посебно у трговинама одеће. Мирис лаванде подстиче апетит, па га користе у ресторанима.

- Директно пренесу вредности жига, тј. бренда;
- Емоционално повежу бренд и производе за потенцијалне купце;
- Повећају лојалност купаца;
- Повећају купчев утисак о квалитету производа у намирисаним продавицама;
- Повећају задржавање купаца у продавницама, и
- Повећају вероватноћа да ће купац купити производе.²¹

4. Институционализовани Мириси - Заштићени Жигови

4.1. Жиг као право индустријске својине

Мирис, осим свог природног облика може имати значајан утицај на потрошаче и у институционализованој форми, односно као заштићени знак у облику жига (марке производа и услуга).

Жиг је право индустријске својине којим се штити знак који у промету служи за разликовање робе, односно услуга једног физичког или правног лица од исте или сличне робе, односно услуга другог физичког или правног лица (чл. 1, ст. 2).²² У члану 4, прописано је да се жигом штити знак који се може графички представити под условом да је подобан за разликовање у промету робе, односно услуга једног физичког или правног лица од робе, односно услуга другог физичког или правног лица. Знак се може састојати од речи, слогана, слова, бројева, слика, цртежа, распореда боја, тродимензионалних облика, комбинација тих знакова, као и од музичких фраза приказаних нотним писмом и сл.

Жиг је правно заштићен знак који служи за обележавање међусобно сличних роба или услуга од стране једног учесника у промету, да би се разликовале од идентичних или сличних роба или услуга другог учесника у промету.²³

Знак разликовања представља онај део назива привредног субјекта, његовог пословног имена, његове фирме, односно његовог трговачког имена или назива његовог производа или услуге, који није генеричан, већ је дистинктивног карактера у односу на остале привредне субјекте. Дакле,

²¹ Студија Smell and Taste Institute је показала да ће 84% испитаника пре купити пар Nike патика у намирисаним просторијама, него у ненамирисаним.

²² Закон о жиговима Републике Србије, "Сл. гласник РС", бр 104/09 и 10/13.

²³ World Intellectual Property Organization (WIPO, 2008), p. 3.

израз „знаци разликовања” је општеприхваћени надпојам који произилази из законске функције ових знакова и резултат је њихових заједничких правила и карактеристика.²⁴

Начелно посматрано, по својој садржини, жиг се увек састоји из два дела. Најпре, из самог знака који се штити, као и списка роба и услуга на којима се исти примењује и за које је заштићен.

Да би неки знак могао бити заштићен у облику жига морају бити испуњени материјалноправни и формалноправни услови. Ови последњи захтевају спровођење управног поступка код надлежног државног органа (код нас је то Завод за интелектуалну својину - ЗИС), и доношење решења о признатом праву. Што се материјалноправних услова тиче, у нашем Закону о жиговима (и у већини националних законодавстава), они су одређени генералном клаузулом (општом дефиницијом) и негативном енумерацијом. Позитивни услови који се захтевају за стицање жига су дистинктивност и могућност графичког представљања. Што се тиче првог услова, он се релативно лако може испунити код свих врста жигова. Што се тиче графичког представљања и овај захтев је лако испунити, али само код одређених врста жигова, док је код других то тешко, а у неким случајевима чак и немогуће. Код стандардних жигова, није никакав проблем испунити материјалноправне услове. Код појединих врста тзв. нестандартних жигова озбиљан проблем представља испуњење услова графичког представљања. Између осталог, такав је случај са жиговима који за предмет заштите имају мирис.

Осим стандардних или уобичајених жигова који су се првобитно појавили и још увек постоје и доминирају у законодавству и пракси,²⁵ постоји и група или категорија нестандартних или неконвенционалних жигова. Ови жигови су новијег датума и продукт су савремене тржишне привреде. Неки од њих су заживели у пракси и регулисани су прописима, док други још увек прелазе тај тежак пут институционализације.²⁶

Просечан потрошач под појмом жига, најчешће “види” неку реч, слику, логотип, слоган или комбинацију наведеног. Веома ретко или уопште неће помислити на неки гест, а камоли на мирис или звук. Ипак, о таквим се знаковима расправља у склопу жиговног права и релевантне управне

²⁴ Манигодић, М, Манигодић, Ђ.: Брендови, пословно име, робни и услужни жигови, нерегистровани оптепознати знаци, географске ознаке порекла, Београд, 2006, стр. 12.

²⁵ Ови жигови се састоје од слова, речи, бројева, слика или њихових комбинација.

²⁶ Више у: Спасић, В.: Могућности заштита звучних и мирисних знакова у облику жигова, тематски Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2015, с. 125-146.,

и судске праксе.²⁷ У том смислу, заговорници широког концепта жига сматрају како је потребно заштитити и мање опипљиве знакове, попут звукова, мириса, „мобилних“ жигова, холограма и гестова. Противници оваквог приступа тврде како такви знакови тешко могу имати функцију и статус жига, с обзиром да нису препознатљиви или их, у крајњој линији, није могуће „графички приказати“. Овај последњи услов изричито је прописан у члану 2, Прве смернице Већа 89/104/ЕЕС, од 21. децембра 1988. године.

Жигови имају несумњиву вредност и значај у привредном животу. Осим већ познатих појединих конкретних функција: индивидуалистичке, рекламне, гарантне, жиг представља веома значајан део капитала предузећа, а по мишљењу Суда Правде ЕЗ „жиговно право представља битан елемент слободне утакмице“.²⁸

Постоје различите врсте и поделе жигова. Са аспекта теме овог рада најбитнија је подела на стандардне (редовне, уобичајене) и нестандартне жигове. Ови последњи имају за предмет заштите звук, мирис, укус, покрет и сл.

4.2. Заштита мириса у облику мирисних жигова

Појам мирисног жига (тзв. “Geruchsmarke”) датира из друге половине 20. века. Популарни шведски вечерњи лист “Aftonbladet”, у сваки примерак убадио је мирис ђурђевка, па је сваки купац ових новина осетио пријатан мирис овог цвећа који се ширио са његових страна.²⁹

Начелно, жигове који се састоје од мириса је увек тешко регистровати, јер нема адекватне графичке репрезентације таквог знака. Један од примера за такав жиг јесте специфичан мирис папира који се производи, под условом да га потрошачи запамте и разликују, као и да се може графички приказати и испунити све услове који су постављени у пресуди Sieckmann.

²⁷ Види: Sotiriadis, B.H., Carrière.: The Statutory Protection of non-traditional trade-marks in Canada – a few reflections on their registrability and distinctiveness, www.robic.ca; King, S., Are sounds and scents trade-marks in Canada?, 1992, 9 Business & The Law, 6; Lyons, D.: Sounds, Smells and Signs, 1994, European Intellectual Property Report, 540; Hawes, J.E., Non-Traditional Trademarks, 1997 INTA Mid-Year Meeting – Course Materials, Rio Grande, INTA, p.7.

²⁸ SPEZ, Одлука од 06. 05. 2003. године, C-104/01.

²⁹ На насловној страни је била слика ђурђевка са следећом порука: „Шаљемо пријатан пролећни букетић свим својим читаоцима“. Такође, на првој страни се налазило и објашњење: „Мирис ђурђевка смо помешали са штампарском бојом.“ „Политика“ од 5. јула 1964. године.

У САД-у не постоји прописан услов графичког приказа, па је тамо жиг са мирисом тропског цвета плумерије за шиваћи конач и вез пређе за шивање регистрован 1990. године.³⁰ Овде је допуштено регистровати жиг без формалности као што је писани опис или депоновани узорак.

Кључну и рекло би се историјску улогу у остваривању жиговне заштите за мирисе одиграли се следећи случајеви из европске судске праксе.

Жалбени одбор ОНМ-а (Boards of Appeal), први пут је 11. фебруара 1999. године, дао своје мишљење о захтеву за регистрацију мирисног жига (Smell Mark, Flavour Mark): "THE SMELL OF FRESH CUT GRASS" (СТМ 428870, R 156/1998-2). Истражитељ је одбио жиг, који се састојао од описа "THE SMELL OF FRESH CUT GRASS" ("мирис свеже покошене траве"), као мирисни жиг тениских лоптица „стога што речи нису графички приказ самог олфактивног знака“. Међутим, Жалбени одбор је имао потпуно другачије мишљење. Према њему, „Мирис свеже покошене траве је препознатљив мирис који свако одмах препознаје, а на основу сопственог искуства. Опис понуђен за олфактивни знак који се жели регистровати за тениске лоптице примерен је и задовољава захтев графичког приказа наведен у члану 4, СТМР-а“, па је Обор коначно допустио регистрацију наведеног жига.

Наведени жиг је у међувремену истекао, а ниједан други такав знак никада више није регистрован, чиме се показује да се таква донета одлука сматрала погрешном. И друге одлуке су следиле такав став, у складу са пресудом Sieckmann, па је тако графички приказ који се састојао од описа „мирис лимуна“ оцењен као недовољно прецизан и објективан.³¹

У другом случају, према Одлуци Трећег жалбеног одељења ЗНУТ-а, од 5. децембра 2001. године (R 711/1999-3), поводом мириса малине, „дистинктивни карактер жига је неопходан да би тај жиг могао имати своју функцију, која се састоји у означавању предузећа од кога потиче и на тај начин омогућава разликовање производа према предузећу из којег они потичу, а не према њиховим особинама.“

Европски суд правде је децембра 2002. одбио регистрацију мирисног жига услед чињенице да је мирис неприкладан за графичко приказивање. Било је евидентно како Суд правде (ЕЦЈ) не дели либерално мишљење ОНМ-овог Жалбеног одбора у вези са мирисним жиговима. Ово произилази из његове пресуде у случају "Sieckmann/Deutsches Patent-und Markenamt" C-273/00. Господин Sieckmann депоновао је при Deutsches Patent-und Markenamt (немачки Уред за патенте и жигове) жиг који се односи на различите

³⁰ Predmet Re Clarke, 17 U. S. P. O. (2d) 1238.

³¹ Predmet R 0445/2003-4

услуге у Класама 35, 41 и 42. У овом делу обрасца захтева, насловљеном „Репродукција жига“. G. Sieckmann се позвао на опис приложен у облику додатка његовом регистрацијском захтеву. У наведеном опису пише: „Тражи се жиговна заштита за олфактивни жиг депонован код Deutsches Patent-und Markenamt који се састоји од чисте хемијске супстанце methyl cinnamate (metil cinamat - cinnamic acid methyl ester - метил естер циметне киселине, структуралне формуле $C_6H_5-CH=CHCOOCH_3$). Узорке овог олфактивног жига такође је могуће прибавити путем локалних лабораторија наведених на Yellow Pages (жутим страницама) фирме “Deutsche Telekom AG” или, нпр. путем фирме “E. Merck” у Дармштату.³² Подносилац захтева сачинио је одговарајући додаток том опису.³³ Уз захтев је предао и узорак мириса предметног жига у депоу и навео како се мирис обично описује као “балзамично слadak са мирисом цимета”. Немачки Уред за патенте и жигове (Deutsches Patent-und Markenamt) одбио је захтев за регистрацију на основу тога што је било дилематично да ли жиг за који је захтев поднет може бити регистрован на основу Закона о заштити жигова и да ли може бити графички приказан, у складу с чланом 8 (1) наведеног Закона. У жалбеном поступку против одлуке о одбијању регистрације, Савезни суд за патенте (Bundespatentgericht), заузео је став како мириси могу бити подесни да буду прихваћени на тржишту као независно средство којим се идентификује одређено предузеће.

Пошто је Савезни суд за патенте заузео став да је Закон о заштити жигова потребно тумачити на начин сагласан члану 2, Прве смернице, одлучио је застати са поступком и упутити следећа прејудициона питања Суду:

Да ли је члан 2, Прве смернице потребно тумачити у смислу да израз “жигови које је могуће графички приказати” обухвата само оне знакове које је могуће непосредно репродуковати у њиховом видљивом облику или је тумачењу уједно потребно придати значење према коме знакови – попут мириса или звукова – које саме по себи није могуће визуелно доживети, али их је могуће посредно репродуковати коришћењем одређених помагала?

Уколико одговор на прво питање буде у смислу екстензивног тумачења, да ли су услови графичке приказивости прописани у члану 2, задовољени у случајевима у којима се мирис репродукује: (а) Помоћу хемијске формуле;

³² Златовић, Д.: Неконвенционални жигови у свјетлу нове еуропске регулативе и праксе, Гласник права, Правног факултета у Крагујевцу, бр. 1, 2017, с. 23.

³³ „Подносилац захтева за регистрацију жига овим путем изјављује да је сагласан са спровођењем инспекције досијеа који се тичу депонованог олфактивног знака, метил цинамата, сагласно члану 62(1) Markengesetz (немачки Закон о заштити жигова) и члану 48(2) Markenverordnung (Marken V - Правила о жиговима)“. Berlit, W.: Das neue Markenrecht, 3.Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1999.

(б) Помоћу описа (који се објављује); (в) Депоновањем узорка, или (г) Комбинацијом горе наведених заменских начина репродукције?

Сагласно ставу Европског суда правде, одговор на прво питање је да члан 2, Прве смернице нужно тумачити у смислу да се жиг може састојати од знака, који сам по себи није подобан да буде визуелно опажен, под условом да исти може бити графички приказан, посебно помоћу слика, црта или ликова, и да је приказ јасан, прецизан, самосталан, лако доступан, разумљив, трајан и објективан. Што се тиче хемијске формуле, Суд наводи како би само неколицина људи у наведеној формули препознала мирис о коме је реч. Таква формула није довољно јасна. Надаље, хемијска формула не приказује мирис супстанце, него супстанцу као такву, а уједно није ни довољно јасна, нити прецизна. Стога, није реч о приказу у смислу члана 2, Прве смернице. С обзиром на опис мириса, иако је реч о графичком облику, он није довољно јасан, прецизан и објективан.

Када је реч о депоновању узорка мириса, он не представља графички приказ у смислу члана 2, Прве смернице. Штавише, узорак мириса није константно постојан, нити трајнијег карактера. Када, с обзиром на олфактивни знак, хемијска формула, опис речима или депоновање узорка мириса не могу, сами по себи, задовољити услове који се траже за графичку приказивост, тада ни комбинација тих елемената није у могућности задовољити исте услове, посебно оне који се тичу јасноће и прецизности. У светлу претходних размишљања, одговор Суда на друго питање мора бити да, с обзиром на олфактивни знак, условима графичке приказивости не удовољава хемијска формула, опис писаним речима, депоновање узорка мириса, нити комбинација наведених елемената. Што се тиче описа мириса, иако је реч о графичком облику, он није довољно јасан, прецизан и објективан.

Европски суд правде је у својој пресуди, поводом поменутог случаја Sieckmann/Deutsches Patent-und Markenamt (C-273/00) о олфактивним (мирисним) жиговима, прецизирао начин тумачења појма „графички приказ“, сагласно члану 2, Прве смернице. Према ставу Суда, иако је у начелу могуће регистровати невизуелне знакове као жигове, Sieckmannове регистрације - хемијска формула, опис мириса и узорак мириса - нису ваљане. За визуелни приказ укуса или осећаја потребно је вратити се описима, хемијским формулама или дијаграмима које је тешко ишчитати. Из случаја Sieckmann произашао је став да такве регистрације не удовољавају условима Прве смернице.

Анализом ове пресуде може се извући закључак да је практично веома тешко, ако не и немогуће, регистровати мирисе као жигове. Чини се да су

регистровани жигови с описима попут “THE SMELL OF FRESH CUT GRASS” (СТМ 428870), “THE SMELL OF VANILLA” (СТМ 01807353) или “ODEUR DE FRAISE MURE” (СТМ 01122118) заувек изгубили на својој ваљаности након случаја Sieckmann.³⁴ У рецентном Водичу ЕУИРО³⁵ је наведено како захтеви из графичког приказа за мирисни знак нису испуњени хемијском формулом, описом у писаним речима, полагањем узорка мирис или комбинацијом тих елемената.³⁶ Надаље, ЕУИРО наглашава како тренутно не постоји средство за графичко представљање мириса на задовољавајући начин, те не постоји уопштено прихваћена међународна класификација мириса, као што је то случај с међународним кодовима боја или нотним записима, помоћу које би се објективно и прецизно утврђивао олфакторни знак коз приписивање имена или прецизан код специфичан за сваки мирис.³⁷

Мирис је форма преко које се одређени знак може манифестовати на начин да може својом асоцијативном снагом упућивати потрошача према одређеном носиоцу тог жига, те робе означене тим жигом учинити различитим од истих или сличних роба других носиоца.³⁸ Стога је став ЕУИРО-а, односно раније ОНМ-а да мирисни жиг функционише као комуникацијски инструмент једино кроз човекову осећајну перцепцију.³⁹

Важећи српски Закон о жиговима не садржи експлицитну одредбу која би упућивала на регистрабилност мирисних жигова. Међутим, екстензивним тумачењем одредбе која регулише врсте знакова који се могу заштитити у облику жигова, с обзиром да се врши егземпларно набрајање, сматрамо да и мирисни знаци могу бити регистровани. Међутим, у пракси ће се појавити проблем у виду немогућности адекватног графичког приказа таквог жига, односно због ефемерности мирисне форме која временом

³⁴ О америчкој пракси везано за мирисне жигове опширније код Burgunder, L.B.: Trademark Protection of Smells: Sense or Nonsense, 1991, 29 American Business Law Journal 459, p. 468.

³⁵ Guidelines for Examination of European Union Trade Marks, ЕУИРО, Part B – Examination, Section 4 – Absolute Grounds for Refusal, adopted 1.2.2017, p. 5.

³⁶ Пресуда у предмету Methylcinnamat, C-273/00, 12.12.2002, ЕУ:С:2002:748, § 69-73

³⁷ Одлука од 27.10.2005, T-305/04, Odeur de fraise mûre, ЕУ:Т:2005:380, § 34. Суд је сматрао да мирис јагода варира од једне врсте до друге и опис „smell of ripe strawberries“ („мирис зрелих јагода“) се може односити на неколико врста, а тиме и неколико различитих мириса. Сам опис нити је једнозначан, нити је прецизан, те не може отклонити све елементе субјективности у процесу идентификовања и доживљавања знака. Исто тако, слика јагода представља само плод који наводно емитује идентичан мирисни предметном знаку, а не сам мирис, те стога не представља графички приказ мирисног знака.

³⁸ Тако и. Марић, В.: Форма жига, Факултет за пословно право, Београд, 2003, с. 13.

³⁹ Myles Ltd.’s Application (for the scent of raspberries), R 711/1999-3, [2003] ЕТМР 56.

губи на изражајности и не може се трајно очувати. Истина, мирис се може описати речима, али такав начин његове презентације је сувише арбитреран и недовољно егзактан за прихватање у смислу законских услова за жиговну заштиту.

Регистрација мириса је, генерално гледајући предмете, могућа само код производа који немају никакав посебни мирис нити им је мирис основни додатак као свеже кошена трава на тениским лоптицама, док се не би могао регистровати мирис малина за бензин јер је суд проценио да потрошачи неће тај мирис доживети као жиг.⁴⁰ Када је мирис главни објект производа (као код мириса или освеживача ваздуха) не би могао уопште бити регистрован жигом.⁴¹

Увиђајући практичне проблеме и тешкоће у захтевима да се региструју мирисни жигови ЕУ је донела значајан акт, који уноси револуционарну новину у овој материји. Уредбом 2015/2424 од 16. децембра 2015. о измени Уредбе Већа (ЕЗ) бр. 207/2009 о жигу Заједнице и Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 2868/95, о спровођењу Уредбе Већа (ЕЗ) бр. 40/94 о жигу Заједнице, као о стављању ван снаге Уредбе Комисије (ЕЗ) бр. 2869/95 о накнадама које се плаћају Уреду за усклађивање на унутрашњем тржишту (жигови и дизајни), која је ступила на снагу 23. марта 2016. године,⁴² брисана је обавеза графичког приказивања жига из дефиниције жига ЕУ (EU TM – European Union Trade Mark). Овим се омогућава флексибилнији приступ уз истовремено осигуравање веће правне сигурности у погледу начина приказивања жигова приликом регистрације жига ЕУ. Овим новим одређењем жига ЕУ уводи се од 1. октобра 2017. године могућност приказа знака у било којем прикладном облику употребом уопштено доступне технологије, што не значи нужно графички приказ. Стога, то може бити сваки приказ који је јасан, прецизан, самосталан, лако доступан, разумљив, постојан и објективан.⁴³ О којим се алтернативним медијима и форматима ради, а који ће се имати сматрати усклађенима с новом регулативом, Уред Европске уније за интелектуалну својину (EUIP, раније OHIM) ће претходно известити кориснике.⁴⁴

Резимирујући, можемо закључити да Директива (ЕУ) 2015/2436 од 16. децембра 2015. године, напушта ранију регулацију из Прве директиве и Директиве 2008/95/ЕЗ и доноси нови приступ у погледу знакова који се

⁴⁰ Registracija žiga CTM 1222090.

⁴¹ W. CORNISH; D. LLEWELYN; T APLIN, op. cit. (bilj. 8), str. 738.

⁴² OJ L 341/21, 24.12.2015.

⁴³ Преузети критеријуми из случаја Sieckmann.

⁴⁴ Vukina, S.: Žig Europske unije, Pravo i porezi, br. 4, 2016,

могу заштитити у облику жига. Тако је у чл. 3. Директиве (ЕУ) 2015/2436, идентично одредби чл. 1. Уредбе 2015/2424 којом се мења чл. 4. Уредбе (ЕЗ) бр. 207/2009 од 26. фебруара 2009. о жигу Заједнице⁴⁵, наведено: „Жиг се може састојати од било каквих знакова, нарочито речи, укључујући лична имена, или од цртежа, слова, бројева, боја, облика производа или паковања производа, или звукова, под условом да су такви знакови прикладни за: (а) разликовање производа или услуга једнога предузећа од производа или услуга других предузећа; и (б) приказивање у регистру на начин који омогућује надлежним телима и јавности да одреде тачан и јасан предмет заштите која је пружена њиховом носиоцу.“⁴⁶

5. Закључак

Мирис постаје све значајнији инструмент тржишне утакмице и све моћније средство у придобијању потрошача. Генерално, мирис се може у појавити у двострукој улози. Пре свега, мирис се може користити у свом природном облику, распршивањем у продајним објектима или стављањем у сам производ (или његово паковање). Потом мирис бива перципиран од стране потрошача и деловањем на његову свест у значајној мери утиче на доношење његове одлуке о избору приликом куповине. Овакав начин коришћења мириса представља непосредан и значајан фактор тзв. чулног или сензорног маркетинга.

Друго поље утицаја мириса на придобијање потрошача, има институционални карактер и огледа се у могућности да мирис буде регистрован у облику мирисног жига (марке). Тиме мирис постаје значајна компонента брэнда и, свакако, да и на овакав начин представља фактор маркетинга. Међутим, овакав инструмент у форми тзв. нестандардног жига, све до скоро је био, углавном, на нивоу теоријског карактера. Истина, постојећа легислатива допуштала је могућност регистрације мирисних жигова, али је то у пракси

⁴⁵ ОЈ L 78, 24.3.2009.

⁴⁶ На овај начин дефиниција жига и услови за његову регистрацију приближене су онима из чл. 15. ст. 1. Споразума о трговинским аспектима интелектуалног власништва (TRIPS Споразум WTO) из 1994. које гласе: „Сваки знак, или свака комбинација знакова, способни за разликовање роба или услуга једног предузетника од оних другог предузетника, способни су да би настао жиг. Такви знакови, нарочито речи укључујући лична имена, слова, бројеве, фигуративне елементе и комбинације боја, као и комбинација таквих знакова, могу се регистровати као жигови. Када знакови сами по себи нису способни за разликовање роба или услуга којих се тичу, чланице могу могућност регистровања учинити зависном од распознатљивости стеченом употребом. Чланице могу тражити, као услов регистрације, да знакови буду видно уочљиви.“

било скоро немогуће остварити због тешкоћа у задовољењу захтева за графичким приказивањем жига, као битног материјалног услова његове заштите (поред дистинктивности). Уз велике напоре, мирисни жигови су се, кроз судску праксу, изборили за, какав-такав настанак. Тек са доношењем Уредбе ЕУ, 2016. године, која је ступила на снагу 2017. године, укинуте су све препреке регистровању мирисних жигова. Поменута Уредба, релативизира услов графичког приказивања, тако да допушта било који начин приказивања који је подобан да би се знак (у конкретном случају мирис), приказао јавности. Овакво решење представља епохални искорак, чак, рекло би се, револуцију у жиговном праву, тако да ће од сада и други знаци (поред мирисних), који до сада то нису могли, добити реалну могућност да буду заштићени у облику жига. Остаје само да поједине државе ускладе своје националне законе о жиговима са поменутом Уредбом. Потребно је, такође, сачекати упутства Уреда ЕУ (EUIPO) корисницима о алтернативним медијима и форматима приказивања знака, али и праксу која ће се у склопу Уреда ЕУ и Суда правде ЕУ формирати након 1. октобра 2017. у погледу регистрабилности неконвенционалних знакова.

Чињеница је да се нестандартни (неконвенционални) жигови попут мирисних, теже перципирају од стране потрошача, јер су на њих теже навикли и да при њиховој регистрацији треба додатни степен дистинктивности да би се могли разликовати. Међутим, употребом знака и снажним маркетингом се може доћи до позитивног резултата. Када једном потрошач примети оно што је специфично код одређеног производа и што је заштићено жигом, односно што представља тај производ, да је тада такав жиг у предности пред свим другим жиговима у смислу повезивања са потрошачем, који ће вероватно у том тренутку заборавити све жигове које је приметио пре тога, а запамтиће само један који је доминантан, односно који се посебно истакао. Због наведених разлога сматрам да вреди сав додатан рад око настојања да такав жиг стекне препознатљивост и квалитет у свести потрошача и буде регистрован.

Собзиром да се стално развијају врсте жигова, тако и легислатива мора пратити такве трендове, бити флексибилнија и омогућити регистрацију таквих жигова. Законодавство мора пратити и технолошки напредак приказа одређеног знака.⁴⁷ Многи конвенционални жигови се могу приказати у дигиталном облику, на пример у јпг. датотеци. Развојем технологије се могу изумети новији, ефикаснији и сигурнији начини приказа, осим чистог графичког приказа.

⁴⁷ Данас се за звуковне жигове ствара дигитални регистар, а не регистар у физичком облику на какав смо навикли. Сходно томе, прикладније је приказати звуковни знак у облику дигиталне датотеке, него у облику нотног приказа.

На крају можемо закључити, да иако се за њихову регистрацију тражи већи ниво дистинктивности, приметан је тренд либерализације регистрабилности нестандардних (па и мирисних) жигова у пракси ЕUIPO и националних уреда држава чланица Европске уније, као и у пракси Европског суда правде.

КАРАКТЕР ДРУШТВА И ДЕМОКРАТИЗАЦИЈА ПОЛИТИКЕ

***Апстракт:** Европске интеграције су фактички лимитиране и порастом популизма и ауторитарног национализма. У овом раду ће се указати на социјално-психолошке факторе популистичке политичке културе као лимитирајуће одреднице европског грађанског либералног идентитета, посебно на ауторитарни, популистички карактер друштва. Основно полазиште овог рада је да без европског грађанина и грађанске идентификације са идејним, нормативним и институционалним основама Европске уније, нема ни извесности интегрисаног европског простора. Истраживање транзиције источно-европских друштава није могуће с обзиром на дискурс институционализма, већ се показало да је неопхно укључити и психолошки приступ просто због тога то преовлађујуће диспозиције менталитета представљају значајну константу у процесу трансформације друштава. Стога, је и у овом раду коришћен психолошки приступ у истраживању стања спремности и реалних могућности европских интеграција источно-европског а посебно балканског простора.*

***Кључне речи:** карактер, идентитет, популизам, политика, право.*

1. Ауторитарна и демократска култура

Ауторитарна и демократска култура изводи се, пред осталог, и посредством индивидуалног, групног или друштвеног карактера. Теорија ауторитета и ауторитарности иницирала је истраживања психологије антисемитизма и етноцентризма тридесетих година прошлог века и инспирисала свеобухватније проучавање психологије друштвеног и политичког понашања, посебно проучавање карактерне структуре личности и њеног односа према политичким вођама. Емпиријски процес евроинтеграција и демократизације није, како се претпостављало, било једноставан процес институционалног везивања, посебно кад су у питању земље ван ужег

језгра Европе. Без друштвених и психичких чинилаца и фактора, који базично обликују друштва која треба да се трансформишу, није могуће дефинистати ниво спремности тих друштва за европске интеграције. Културни плуралитет друштва, који има поларизовани карактер, различит степен развоја друштвено-економских структура тих друштава, јесте основни лимитирајући домет за успешну интеграцију и политичку синтезу различитих идентитета.

Једно од битнијих обележја савременог друштва јесте „воља за моћ” и тежња политичких моћи да проникне у најдубље слојеве људске психе. „Од свих порива који покрећу свет, најжешћи је воља за моћ, која се не задовољава само тиме да контолише спољашње понашање, већ хоће да надгледа унутрашњи свет индивидуе... Контрола свести је сила без насиља.”¹ Нема политичке доминације без контроле свести и подсвести. Степен и садржај нивелисања и типизовања свести опередујеју и проходност одређене владавине. „Политичка формула” популистичке владавине прилагођава се просечној индивидуалној свести, како би била интернализована на пожељан и очекиван начин. Ако је мање-више познато како се обликује ставовска структура свести и околности под којима се ствара, онда је јасно како се „утискују” одређени садржаји, која врста нагона се подстиче, употребљава и усмерава у одговарајућем правцу.

Синтагма „политички карактер” настала је као политичка спецификација познатих синтагми „друштвени карактер” односно „национални карактер”. Политички карактер држава и државица чланица, или потенцијалних чланица Европске уније је различита. Ерих Фром под друштвеним карактером подразумева „суштину карактерне структуре која је заједничка већини чланова исте културе, супротно индивидуалном карактеру по коме се људи разликују један од другог иако припадају истој култури”². Општа функција друштвеног карактера је усмеравање индивидуалних енергија како њихово понашање не би било ствар свесног мишљења и понашања, него, „ствар жеље да делују онако како треба да делују, а у исто време да налазе задовољење делујући према захтевима културе” односно „да уобличи и каналише људску енергију у оквиру датог друштва ради непрекидног функционисања самог друштва”³. Систем треба да обезбеди „власт над људским мишљењем и идејама, да би оно што човек мисли, оно чему се нада и оно чега се боји било одређено како они мисле да треба, а основа таквог васпитања је да га науче да добро мисли о влади...”

¹ Шушњић, Жетва значења, Чигоја, 1997, стр. 22.

² Фром Е, Здравно друштво, Рад, Београд, 1980, стр. 85

³ Исто, стр. 86.

Модификација друштвеног је тзв. национални карактер који се најчешће одређује као систем историјско-културних наслеђених предиспозиција и заједничног начина живота који се преноси с генерације на генерацију као наслеђе одређеног народа.

Политички карактер овде изводимо као типичан начин мишљења, систем ставова и понашања у политичкој заједници у складу са постојећим вредностима и очекивањима јединствене европске политичке културе. Стога је политички карактер политички условљена организација индивидуалних оријентација и реакција, на основу којих појединац прихвата и доживљава политички живот и његове протагонисте. Социјализована структура ставова, уверења и представа доприноси функционисању политичке структуре власти. Политички карактер нема само општу, синтетизовану садржину, већ га треба тумачити и у контекстуалним и диференцираним условима и околностима под којима се формира. Стога је не само на нивоу класичне националне државе, већ и на нивоу европске политичке заједнице, могуће идентификовати противречне и различите друштвене и политичке карактере. Општа формула политичког карактера треба да има највишу интегративну функцију, док се посебни емпиријски карактерни модели често не уклапају у генерализовани модел.

2. Ауторитарна и демократска оса политичког карактера

Из израза „ауторитарност” изведени су синтагме „ауторитарни карактер”, „ауторитарни синдром личности”, „ауторитарно понашање”, ауторитарна политика. У литератури, далеко је више писано о ауторитарним карактеристикама, а о супротном полу – који има демократски предзнак – далеко мање дискусија, као да се априорно подразумева да је све што није ауторитарно, у ствари демократско.

Ауторитет и ауторитаризам имају различите слојеве значења. Првобитно и лапидарно, израз се користи да означи свако наметање воље и некритичко подчињавање. Ауторитарна личност је – каже Никола Рот – такав склоп и садржај личности који тежи да се подреди, подчини ауторитету идеје или харизми појединца, најчешће у комбинацији једне и друге⁴. Теорије личности ауторитаризам одређују као појединачно понашање било да грубо користи своју моћ и ауторитет, ограничавајући слободу других, било да се некритички и субмисивно односи према ауторитету и особама које поседују власт и моћ. Једна страна овог понашања је ауторитарна агресија а друга ауторитарна субмисија.

⁴ Рот, Н, Општа психологија, Завод за уџбенике, Београд, 1972, стр. 81.

Ауторитарност, која се везује за политичке режиме, организације, групе, односе и недемократски образац доношења и спровођења одлука, има више одређења: (а) „систем јаке државне власти усредсређене у једној личности или у једној мањој групи људи, на тежње ка таквој власти као и фактичка стања у којима су такве тежње остварене”⁵; б) нетолеранција према демократско-либералним облицима, разликама и грађанским правима и слободама; (в) опредељење за аутократско руковођење и доношење одлука насупрот неефикасности демократском модела одлучивања; (г) аркански принципи и пракса владања насупрот јавности.

Центар истраживачке пажње Адорна и сарадника било је истраживање нацистичких антисемитских предрасуда, чији су резултати објављени у познатом делу *Ауторитарна личност*.⁶ Полазна хипотеза била је да је пристанак појединаца на одређену идеологију и политику првенствено условљена психолошким потребама или дубоко укорењених карактеристика личности. Основна карактеристика ауторитарне личности је ауторитарна доминација и ауторитарна субмисија односно надређеност и подчињеност. Ауторитарна агресија је са позиција доминације наметање воље и осуда оних који крше устаљено наметнута правила и вредности. Ауторитарне особе имају потребу за перцепцијом света путем хијерархије, организације, структуре односно нарочиту врсту осетљивости на релације моћи и доминантне стандарде социјалне и политичке проходности. Ауторитарно субмисивне особе су „радарски контролисане” од доминантних фигура политичке моћи и власти, оне су покорне и потпуно некритички орјентисане према иначе идеализованим политичким ауторитетима.

Феноменологија ауторитарности изражава се и кроз друге особине личности, а посебно: (а) сујеверност: веровање у ирационалне, мистичне силе и став да је живот појединца одређен судбином која је изнад његове воље; (б) конвенционализам – крутост у прихватању норми и вредности; (в) нетолеранција према разликама и нелагодност (усиљеност) у нејасним ситуацијама; (г) индивидуални и групни нарцизам; (д) цинизам у погледу мотива других и изражавање негативног мишљења према људима и догађајима; (ђ) „политичка параноја” са типичним ставом да је свет „џунгла у којој се дешавају опасне и дивље ствари”; (е) манихејска односно упрошћена слика света која свет види у бинарним црно-белим категоријама и вредностима. Наведене одлике ауторитарности представљају синдром карактеристика поданично-ауторитарног менталитета.

⁵ Политичка енциклопедија, Савремена администрација, 1975, стр. 61

⁶ Ур: Adorno...Authoritarian personality...1950.

Основна критичка примедба Адорновог схватања ауторитарности јесте да је прецењен фактор личности, а подцењени социјалн фактор. Уверења могу бити карактеристична за поједине средине или специфичне ситуације, која су усвојена процесом социјалног учења, тако да се може говорити о тзв. ситуационом ауторитаризму. Социјално условљен ауторитаризам је тзв. „реактивни ауторитаризам” који представља уобичајену реакцију на кризе, нејасне и противречне ситуације, фрустрације које доносе промене и има функцију прилагођавања. Ситуациона ауторитарност је одговор појединаца и група на потребу за стабилизацијом окружења.

Пракса тоталитарних комунистичких и других ауторитарних режима, говори да се овај синдром може применити и за мерење ауторитарности не само десничарских и конзервативних, већ и левичарских идеологија и понашања. Са друге стране, ауторитарност се не може применити само и искључиво на психичку предиспозицију појединаца, већ и на садржаје и форме политичких убеђења и њихов значај на структуру политичког система. Чини се да ова дихотомна подела карактерне структуре не исцрпљује сложеност појаве. Гринштајн наводи да се демократска схватања и уверња могу изразити или наметнути на ауторитаран начин, и да ауторитарни покрети прихватају демократску процедуру да би промовисали антидемократске садржаје, (1967)⁷ Израз ауторитаран као негативни предзнак често се користи и за пропагандно етикетирање политичких противника.

Рокач у настојању да формулише општи концепт ауторитарности, разликује структуру од садржаја уверења. Колико је важно „у шта се верује” толико је важно и *на који начин*, „*како се верује*”.⁸ Овде се показује већа осетљивост на пуку појаву ауторитета, а мање на садржај његове реторике и понашања. Начин веровања може бити мање или више отворен односно затворен. Рокачево схватање ауторитарности даје нам могућност да разликујемо догматско од критичког мишљења, разликовање између Зато он говори о догматизму као основној црти ауторитаризма. Најлибералнија уверења могу се промовисати и институционализовати на ауторитаран начин. Многе прогресивне идеологије и политичке доктрине су се дегенерисале у процесу емпиријске имплементације, и то превасходно због начина на који су промовисане.

Ауторитарна релација подразумева изразиту зависност и хетерогену условљеност у мишљењу, веровању и понашању појединаца и група према

⁷ Grennstein, F, Personality and Politics: Problems of Evidence, Inference, and Conceptualization, Fred I. Greenstein, First Published November 1, 1967

⁸ Rokeach M, Beliefs, Attitudes, and Values, San Francisco: Jossey-Bass, Inc., 1968, p. 214-15

ауторитарном извору моћи. Свака политичка порука која се емитује у „свет политичких маса” - став, образложена информација, смерница, симбол, гест које су израз званичне идеологије односно ополитике - априорно се прихвата механички, аутоматизовано и некритички репродукује као репетитивно хетерогено политичко понашање. Сваки облик политичке манипулације треба да елимише могућност избора и алтернатива. Прихватање „једне истине”, доприноси инструментализацији политичке воље. Масовно политичко друштво, створено по мери и начину функционисања власти, прибавља квазилегитимност идеолошког режима власти. Монопол политичке воље је један од највећих изазова савремене критичке мисли и праксе.

Идеолошком социјализацијом или манипулацијом створени формати свести, увек призивају ирационални ауторитет који „нуди” орјентире и обезбеђује психичку сигурност маса. Ауторитарна политичка култура учвршћује некритичко и јединствено повиновање на основу супериорне надмоћи, како би се власт прихватила као нужност а њене одлуке као исправне, и истовремено изазвао осећај страха, неспокојства и несигурност за евентуалну непослушност. Ауторитарна анестезија политичке свести ствара политичку незрелост и неписменост.

Демократски карактер личности у теорији политичке културе још увек је хипотетичка конструкција, настала из познатих синтагми „продуктивни карактер” (Фром), „зрела личност” (Олполд), „самоактуализована личност” (Маслов). Значење „демократске личности” више се претпоставља и аналогно изводи као супротност ауторитарној личности. Ласвел (Lasswell) наводи основне одлике демократског карактера: веровање у хумане потенцијале човечанства, алтруистичка насупрот песимистичко-хобсовској визији човека, понашање складно функционисању демократског система које је ослобођено потребе за моћним ауторитетима.⁹ Отворени его омогућава широке идентификације, али и могућност подношења притиска околине. Умереност и плурализам вредности доприносе могућности вагања алтернативних опција. Психолошке основе за „демократску личност” су: децентрација односно способност напуштања сопственог и преузимања другачијег мишљења, еластичност у мишљењу, развијен лични идентитет, емоционална стабилност и зрелост, етичка утемељеност делања и усклашеност средстава и циљева.¹⁰ Најважније црте демократског карактера личности су учење и развијање способности за дијалог и толеранцију, критички однос према недемократској самовољи

⁹ Lasswell, H: „Democratic Character” in: *The Political Writings of Harold Lasswell*, Glencoe, III, Free Press, 1951, p 465-525.

¹⁰ Trebješanin, *Politika i duša*, Beograd, 1995: 108-109.

политичке власти. Посебна одлика демократског карактера односи се на грађанско-демократски идентитет и грађанску политичку културу која, како смо већ указали, представља успешно балансирање различитих принципа и димензија политичког живота.

Психологија демократског политичког понашања претпоставља не само спољашње манифестације понашања него сматра да иза демократског понашања мора постојати унутрашња ставовска, посебно емоционално-когнитивна структура личности. Демократски образац мишљења, вредновања и понашања чине следеће карактеристике: отворена и искрена емоционална експресија; опуштено а енергичност, без напетости и неконтролисаног понашања; међусобно поверење и позитиван емоционални контакт; контролисано незадовољство у коме се проблеми не потискују, конструктивни конфликти не избегавају, уз тежњу да се мења на боље; реалност и реалистичност несупрот политичким фикцијама, итд.

Разликовање ауторитарног демократског карактера грађанства подложно је преиспитивању. Ера „постдемократије”¹¹, све већа криза демократије и њена дегенерација према ауторитарном елитизму, когнитивно оспорава и категорију демократски карактер, јер и сама синтагма демократски карактер дели судбину кризе демократије. Криза демократије изазива и кризу демократског карактера личности, група, друштва. Ауторитарне тенденције и појаве могу се изражавати и институционализовати кроз редовну демократску процедуру избора и доношења одлука. Демократска форма „трпи” различите садржаје који је испуњавају. Данас се сви идеолошки и прагматични ставови, идеје, идеологије и програми углавном промовишу на ауторитаран начин, с тим што се ауторитарни модел може промовисати у неосетним техникама рафиниране манипулације и пропаганде. Све типологије политичког живота условне су и лимитиране и предоминантно обликоване модерним карактером политике која је у основи популистичке, демагошке и манипулативне природе. Корипција, кварење политичког и јавног живота и дивергенције политичких садржаја су препрека јасним типологијама личности, грађанства па и политике.

У литератури се јавља, као позитивни опозит ауторитаризму, ауторитативност, као рационални, демократски ауторитет.¹² Сем тога, данас у пракси није могуће направити јасну разлику између ауторитативног и ауторитарног, што се у ранијој литератури изводило из разлике између рационалног и ирационалног ауторитета, а под утицајем позитивистичке оријентације у друштвеним наукама. Обзиром на данашњи

¹¹ Крауџ, К, *Postdemokratija*, Korpus, Beograd, 2014.

¹² Тадић, Љ: *Ауторитет и оспоравање*, Филип Вишњић, Београд, 1987

карактер политике и јавне комуникације, није могуће разабрати јасну разлику између ауторитарног и ауторитативног, јер се манифестована ауторитативност маскира ауторитарном суштином. И теоријски и емпиријски је исправније да опозит ауторитаризму буде либерализам у неупрљаној варијанти селективног и посесивног интереса слободе тржишта.

И данашњи концепт Европске уније и њене структуре и функционисања изводи се из неког институционалног ауторитета али су јавне политике Европске уније у основи ауторитарне, наметнуте одозго, без аутономне, рационалне легитимације њених чланица и фиктивног идентитета њених грађана. Европака унија, која проживљава не само емпиријску кризу, него и кризу њеног концепта европске инегративне доктрине, јесте средство ауторитарне, геополитичке контроле њених чланица. Сваки облик хетерономног наметања и убеђивања јесте у основи ауторитарни. Сем тога, у критеријуме разликовања ауторитарности и ауторитативности требе постулирати категорије зависност и независност у мишљењу, ставовима, вредновању и понашању.

3. Демократска култура толеранције

Либерално демократска правна и политичка култура претпоставља културу дијалога и толеранције, уређено друштво према општем и заједничком интересу друштва, према институционализацији општег добра. И друштвени и политички живот је дефицитаран, готово испражњен од дијалога и толеранције, као аргументоване говорне комуникације

Реч толеранција потиче од латинског глагола *tolerare*, што значи трпети, подносити, прихватити, попустити, уздржати се, имати обзира.¹³ Изведено од латинског глагола, толеранција добија значење става према некоме или нечему, начин опхођења према људима, идејама или стварима. Толеранција према другим људима значи толеранцију према низу људских својстава, обележја и особина: према мишљењу, ставу, понашању, навикама, веровањима, стиловима живота. Бити толерантан значи бити свестан разлике међу људима, прихватити постојање разлике и права на различитост, постојање свести да не знамо довољно, да нисмо савршена и потпуна бића и да у другом налазимо и супротност и допуну. Основно правило толеранције треба да буде: не чини другима оно што не желиш да други чине теби. Залагати се за сопствено право не значи порицати исто то право другима. Онај ко се понаша и делује на основу својих уверења мора признати право другом да делује на основу својих уверења.

¹³Упореди: Шушњић, Теорије културе – предавања, Завод за уџбенике, Београд, 2015

Толеранција је спремност и способност да се саслуша и разуме други човек који има другачије мишљење о истој ствари, како би се у другачијем мишљењу открили садржаји који могу да допринесу да се два мишљења приближе, исправе, допуне односно изразе у облику који ће задовољити обе стране.

Треба разликовати три равни толеранције: толеранција као норма, толеранција као став и толеранција као релација.¹⁴ Као норма, толеранција значи правило понашања према другима, она је идеал, вредност или врлина. Као став, толеранција се односи према израженом мишљењу или идеји другог. Толеранција као однос је искуствена релација и односи се на стварне односе међу људима, односно на стварно понашање других. Толеранција према мишљењу других, каже Ђ.Шушић, по правилу нема границе, а подношљивост према нечијем понашању по правилу има своје границе: када угрожава нас и друге.

Толеранција је предуслов и претпоставка за постојање демократије и ненасилне комуникације. Свако друштво је структурирано од различитих појединаца и група, који имају различите потребе и изражавају различите интересе. Да би толеранција била неконфликтан односно ненасилан однос међу људима она мора садржати: (а) културу различитости; (б) право на разлике и различитост, укључујући и законске гаранције права на различитост и слободу изражавања мишљења и понашања; (в) дијалог као основу комуникативну форму толерантног односа међу људима; (г) организована друштвеност и удружено деловање људи; (д) свест о потреби заједничког живота људи.

Култура различитости произилази из саме природе човека и друштва. Човек не може мислити исто као и други јер нема исто животно искуство. Друштво је подељено на различите идентитете, интересе, потребе, вредности циљеве. Тако су и разлике у мишљењу и понашању неминовне, а потреба за њиховим уважавањем нужна. Негирање различитости је негирање природе друштва и човека. Законско право на различитост је признање фактичких односа међу људима и институционална заштита тих односа. Ако је толеранција модел друштвеног односа, онда је дијалог начин тог односа. Тако се ни европски простор не може генерализовати и поопштавати без уважавања различитости, без обзира што се различитост степенује не само на нивоу развоја, него и на нивоу садржаја. Тако, неке разлике су толико супротне и непомирљиве, да је потребна нова синтеза интересног и политичког плуралитета европских националних држава и локалних односно регионалних различитости.

¹⁴ Упореди: Шушић, Дијалог и толеранција, Чигоја, 2007.

Дијалог је отворена и аргументован разговор између двоје или више слободних и одговорних људи, који размењују мишљења и ставове о за њих важним питањима, на које дају различите одговоре, како би у равноправним условима и пропозицијама дошли до одговора, којим би обоје или сви били релативно задовољни, нешто научили, сагласили се или не, обогатили своје искуство или се и сами променили.

Заједнички, организован друштвени живот није могућ без толеранције различитости и свести о заједништву и свести о потреби интегрисања различитости, јер колико год има различити постоји нешто опште и заједничко што спаја. Искључивост и нетолеранција не иду у пролог истини већ доприносе једностраности и једноумљу. Српска и балканска политичка и правна традиција је више конфликтна, ратничка, властодржачка. Дијалог, толеранција, парламентарни дух јавне комуникације су најслабија карика карактера правне и политичке културе од појединца па до друштвене општости.

4. Популистичка психологија масовног политичког друштва

Савремено друштво је претежно управљано масовно друштво које се мобилише различитим популистичким техникама, било да је реч о националистичком или идеолошком популизму који задобија карактеристике кратолошког популизма, или је у питању интересно легитимисање моћи и утицаја.

Основне карактеристике популистичке политичке културе изражене су специфичним схватањем народа, вође, друштва, институција, развоја и политичке свести. Популизам је појава масификације друштва, процес нивелисања и уподобљавања ставова и орјентација људи у односу на званичне политике држава и влада. А процес популаризације политике је техника једнострано усмерене политизације друштва, свођење друштва на агрегат манипулисаних појединаца чије политичко понашање је потпуно контролисано.

Популизам поима народ као аструктуралну, дифузну, недиференцирану, неартикулисану и неорганизовану творевину, којом се лако управља посредством емоција односно емоционалне идентификације са носиоцем политичке моћи, у којима се користи страх и неизвесност као основне психолошке категорије којима се експлоатише. Народ је у популистичким политикама објект манипулације која се постиже управљаном мобилизацијом сентимената са циљем политичке и изборне контроле политичке воље народа.

Популистичко схватање лидера, вође, носиоца институционалне улоге, изражава се као ауторитарни популизам и ирационална персонализација ауторитета (ирационални ауторитет), а персонализација политичког живота се изражава као ниподаштавање, презир, односно маргинализација институција као процедура аргументоване компетентне расправе. Принцип институционализма је замењем принципом персонализоване политичке моћи и власти и изражава се као патерналистички ауторитарни популизам.

Одсуство аргументованог дијалога, толеранције и парламентарног духа односно институционалне логике парламентаризма изражава се речју као антипарламентаризам, неповерење у парламент који компликује процедуре одлучивања и исцрпљује се у „непотребним расправама”. Лидер, вођа је се схвата, „разуме” и вреднује као паметнији од политичких институција и установа друштва које усложњавају и компликују политичку сцену. Психологија популизма је политичка свест поједностављивања политичког живота у бинарним категоријама а политички догађаји и процси се изражавају у посебној врсти когнитивне и емоционалне инсуфицијенције. Групна ирационална свест друштва храни популизам, и обрнуто.

Друштво се поима као органска, колективистичка, недељива, нолитна структура, са изразитим обележјима групног насупрот индивидуално-рационалног мишљења и понашања а напетост између појединца и масе. Друштво је агрегат масе са апсолутним приматом над појединцем а појединац је утопљен у масу, са свим елементима групне свести и групног понашања.

Популизам је специфична психологија антиинтелектуализма и догматска нетрпељост према интелектуалцима и критичарима политичке („плаћени аналитичари”), противљење према елитној култури и људима од знања јер је народ „паметнији” од интелектуалца. Оно што народ хоће и народна очекивања имају већу вредност од интелектуалног политичког говора и понашања. Сумљичење, дискредитовање интелектуалаца често се своди на вулгарни популизам.

Симплификовани карактер политичког избора показао је професор Матић на примеру референдумског изјашњавања.¹⁵ Сложени свет политике и доношења политичких одлука преводи се у изборној кампањи на недопустиве форме симплификације, у којима се губи сама суштина предмета политичког избора и одлучивања.

¹⁵ Матић, Либерализам, Либерализам, популизам и демократија, Службени лист, 2002. године

Склоност популизму посебно се манифестује као противљење процесу модернизације, као неповерење и страх од модернизације (традиционалистички популизам) који се посебно изражава као конзервативни традиционализам и има елементе ирационалне националистичке догматике. Процес модернизације не само што се није догодоп, него није био ни могућа¹⁶, због колективно наслеђених, усвојених и догматизованих образаца свести и политичких уверења. У појави ауторитарног правног популизма могуће је сагледати изостанак модернизације. Са друге стране, посебна врста карактеролошке односно популитистичке правне и политичке културе је ауторитарни правни популизам.

Диференцијација друштва на функционалне подсистеме је предуслов за аутономију права као друштвеног подсистема. Ако нема системске и функционалне диференцијације друштва, онда долази до инверзије критеријума и мерила вредновања постигнућа у свакој постојећој сфери друштва. Као последица тога јавља се екстерна колонизација права и правосудног система. Подређеност права другим, доминантнијим подсистемима друштва (политика, тржиште, популарна правна култура) значи и губитак битке права са другим, наметаним критеријумима мишљења, вредновања и понашањима. Утопљеност права у друштвени тоталитет је одлика премодерних органских али и тоталитарних недиференцираних друштава.

Традиционална правда, идеолошка правда, интересна правда, политичка правда, револуционарна правда, транзициона правда, групна правда – све су то језичке ознаке за злоупотребе права, уплив ванправних критеријума, владајуће поимање или перцепција права као селективно квази тумачење, инструментализовање права, правна демагогија (стварање и промоција субјективног осећаја правичности). Правни популизам деградира стручно правничко знање, правосудне институције, уз истовремено режирање и кривотворење правних чињеница и околности и симулирање правде. Подражавање субјективног поимање правде проистиче из визуре политичког интереса политичке подршке.

Право ограничава вољу и понашање уопште. Конституционализам је лимит чак и већински обликоване политичке воље, па и оне воље која је легитимна уколико се она коси са индивидуалним, групним и колективним односно општим правима. И већинска воља има своје границе протезања преко које се већ крши аутономија и слобода воље појединаца и група. Антипрофесионализам и антимериторизам у правној карактерологији

¹⁶ Јовановић, Ђ, Прилагођавање – Србија и модерна, Дан Граф, 2017.

огледају се у томе да право тумачи онај ко није позван односно надлежан да га тумачи и примењује. Синтагма, „народ је увек у праву” је најбољи израз правног популизма. А тзв. народна правда не мора и често није ни близу легалног правног система. Суштина правног популизма се изражава у злоупотреби друштвеног осећаја неправде.

5. Закључак

У процесу демократизације и евро-интеграције посебна лимитирајућа одредница налази се у карактеру друштва које има у основи традиционални, ауторитарни и популистички карактер. Фактори који умањују интегративни и политички капацитет европског простора су интересни, идеолошки, геостратешки и идентитетски. Поларизовани плурализам интереса, идеологија и идентитета посебно укључује друштва демократске европеизације која су доминантно обележена конзервативним традиционалним догматизмом који на јавном пољу продукују ауторитарно-популистичку правну и политичку културу. Архаична популистичка ресуверенизација је процес који погађа данашње чланице Европске уније, а потенцијалне чланице су још више заражене популистичким синдромом политике и права. Дакле, конзервативни, догматски, ауторитарни, патерналистички, популистички карактер друштва омета сваки облик еманципације и модернизације. Савремени карактер политике која се у основи темељи на над-моћи отуђених структура деградира рационални и развојни карактер правне и политичке културе друштва.

Литература

- Adorno, Frankel-Brunswik, Levinson, Sanford, *The Authoritarian personality*, N.Y, Harper-Row, 1950.
- Јовановић, Ђ, *Прилагођавање – Србија и модерна*, Дан Граф, 2017.
- Фром Е, *Здраво друштво*, Рад, Београд, 1980.
- Рот, Н, *Општа психологија*, Завод за уџбенике, Београд, 1972.
- Политичка енциклопедија*, Савремена администрација, 1975.
- Greenstein, F, *Personality and Politics: Problems of Evidence, Inference, and Conceptualization*
- Fred I. Greenstein First Published November 1, 1967
- Rokeach M, *Beliefs, Attitudes, and Values*, San Francisco: Jossey-Bass, Inc., 1968, p. 214-15

Lasswell, H, „Democratic Character” in: The Political Writings of Harold Lasswell, Glencoe, Ill, Free Press, 1951, p 465-525.

Trebješanin, Ž, Politika i duša, Beograd, 1995: 108-109.

Krauč, K, Postdemokratija, Korpus, Beograd, 2014.

Тадић, Љ, Ауторитет и оспоравање, Филип Вишњић, Београд, 1987

Шушњић, Ђ Жетва значења, Чигоја, 1997.

Шушњић, М, Теорије културе – предавања, Завод за уџбенике, Београд, 2015

Шушић, Ђ, Дијалог и толеранција, Чигоја, 2007.

Матић, М, Либерализам, Либерализам, популизам и демократија, Службени лист, 2002. Године.

АНАЛИЗА УПРАВНО-СУДСКЕ ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА ПРУЖЕНЕ ПОВОДОМ ЛОКАЛНИХ ИЗБОРА 2016. ГОДИНЕ³

Апстракт: *Анализа управно-судске заштите изборног права пружене поводом локалних избора 2016. године наставак је ауторовог продубљеног бављења овом темом кроз низ радова објављених у претходних неколико година. То продубљено интересовање за ову тему је последица реорганизације надлежности српског правосуђа након којег је кључна улога у области заштите изборног права припала Управном суду Републике Србије. Аутор у раду читаоца подсећа на најтипичније проблеме који су своје исходиште имали пред Управним судом 2012. године, затим на квалитативан и квантитативан начин анализира управно-судску заштиту изборног права поводом последњих локалних избора одржаних 2016. године. Том приликом он користи нешто другачију методологију у односу на анализе претходних локалних избора тако што анализирану грађу групише у типичне случајеве управно-судске заштите изборног права у фази формирања органа за спровођење избора, у фази кандидовања, у фази спровођења избора, те фази утврђивања и објављивања резултата избора. Најважнији закључак до кога је дошао јесте да су правна средства за заштиту изборног права на локалним изборима одржаним 2016. године коришћена највише у фази кандидовања, што противуречи перцепцији јавног мњења о тим локалним изборима.*

Кључне речи: *управно право, локални избори, заштита изборног права, Управни суд.*

¹ Правни факултет Универзитета у Нишу, Трг Краља Александра 11, Ниш. Е-mail: dvucetic@prafak.ni.ac.rs.

² Овај чланак је објављен у Билтену Вишег суда у Нишу бр. 35/2019, стр. 161-184. ISSN 2335-0504

³ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2019. године.

1. Увод

Анализа коју аутор врши у овом раду само је наставак његовог вишегодишњег интересовања за ову тему које је као резултат имало више радова и монографских публикација.⁴ Зато је неопходно да се на почетку подсетимо најважнијих закључака из тих радова, који су у директној вези са темом овог рада - управносудском заштитом изборног права на локалним изборима.

Први локални избори на којима је кључну, доминантну улогу имао Управни суд (према новедефинисаним надлежностима и организацији правосуђа у Републици Србији) били су локални избори одржани 2012. године. Укупан број изборних спорова проистеклих из избора одржаних 2012. године, а који су свој епилог имали пред Управним судом, према подацима са интернет странице Управног суда (деловодним бројевима судских аката) износи 633. До пресуда коришћених у анализи дошли смо, осим употребом пресуда које се јавно објављене на интернет страници Управног суда, и путем базе правних прописа „Параграф Нет“, а увид у фотокопије појединих пресуда омогућиле су нам и судије одељења Управног суда у Нишу.

Неки од значајнијих ставова које је суд заузео у својим пресудама у одељењима ван нишког су:

Изјаве бирача, који својим потписима подржавају одређену изборну листу, дате на обрасцу који, поред назива изборне листе за коју се обезбеђује подршка, не садржи и назив подносиоца изборне листе, не представљају недостатак који је сметња за проглашење изборне листе;⁵

Назив изборне листе коју предлаже група грађана, поред тога што не може да садржи назив регистроване политичке странке и реч „странка”,

⁴ **Вуковић Ђ., Вучетић Д.**, *Избори 2012: (не)правилности у изборном процесу*. Ниш: Национална коалиција за децентрализацију, 2013. год.; **Вучетић Д.**, *Инстанциона заштита изборног права - по приговору странке или по службеној дужности?, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова (књ. 3)*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2013; **Vučetić D., Janićijević D., Randelović N.**, *Administrative-judicial protection of electoral right: with analysis of the judicature of the administrative court of Serbia, Теме*, бр. 3, 2014. год.; **Вучетић Д.**, *Поступак заштите изборног права на локалним изборима у Републици Србији, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова (Књ. 5)*, Ниш: Правни факултет, 2015. год.; **Јовановић М., Вучетић Д.** (et. al), *Приручник за спровођење локалних избора*, Београд: Стална конференција градова и општина Србије, 2016, и др.

⁵ Пресуда Управног суда, 19 Уж. 73/2012 од 11.4.2012. године.

не може да садржи ни реч „коалиција”, будући да она упућује искључиво на коалицију политичких странака;⁶

Решење о утврђивању збирне изборне листе се не може поништити са разлога који се тичу неправилности насталих у поступку проглашења појединачних изборних листа;⁷

Чињеница да решење, донето по приговору, не садржи упутство о правном средству, не може бити од утицаја на оцену законитости таквог решења;⁸

Изборна комисија није надлежна да врши оцену законитости закљученог коалиционог споразума који је, у складу са законом, оверен од стране надлежног суда;⁹

Уколико је уговором, овереним од стране суда, о образовању групе грађана која предлаже изборну листу, одређено лице које заступа групу грађана, то лице је овлашћено да предузима све изборне радње у име групе грађана, без специјалног пуномоћја;¹⁰

Чланове изборне комисије у сталном саставу могу да предложе само одборничке групе које учествују у раду скупштине општине, и то сразмерно броју одборника те одборничке групе у скупштини;¹¹

Доношењем коначног решења о повлачењу изборне листе кандидатима за одборнике са те изборне листе престаје својство кандидата и отклања се сметња да се на другој, накнадно поднетој изборној листи, у законом прописаном року, иста лица појаве као кандидати за одборнике;¹²

Редослед подношења изборних листа није од утицаја на редослед проглашења, уколико изборне листе садрже недостатке чије је отклањање наложила изборна комисија, па ће се у том случају изборне листе проглашавати по редоследу достављања потпуне и уредне документације изборној комисији. Редослед подношења изборних листа је од утицаја на редослед проглашења само у случају постојања комплетне документације у моменту подношења свих изборних листа.¹³

⁶ Пресуда Управног суда, 19 Уж. 43/2012 од 27.3.2012. године.

⁷ Пресуда Управног суда, III-9 Уж. 1 7/2012 од 27.4.2012. године.

⁸ Пресуда Управног суда, I-2 Уж. 48/2012 од 29.3.2012. године.

⁹ Пресуда Управног суда, Уж. 103/2012 од 27.4.2012. године.

¹⁰ Пресуда Управног суда, 20 Уж. 51/2012 од 28.3.2012. године.

¹¹ Пресуда Управног суда, I-3 Уж. 24/2012 од 8.3.2012. године.

¹² Пресуда Управног суда, II Уж. 98/2012 од 26.4.2012. године.

¹³ Пресуда Управног суда, III-7 Уж. 84/2012 од 17.4.2012. године.

Један правни став изазвао је доста полемика у стручној јавности, због чега ћемо га посебно издвојити.

Поводом последњих избора, одржаних 2012. године, дошло је до промене правног става управног судства у вези са одговором на питање може ли изборна комисија у поступку заштите изборног права, без приговора овлашћених учесника, сама, ех оффицио, тј. по службеној дужности, поништавати изборе на појединим бирачким местима због уочених неправилности, на пример, погрешно обрачунатих резултата, ако је наступила правноснажност изборне радње (није улаган приговор)? Ранији став Управног одељења Врховног суда Републике Србије био је јасан: не, јер поступак заштите изборног права започиње радњом овлашћеног подносиоца приговора.¹⁴

Међутим, пресудом Управног суда Уж. 409/2012 од 16. 5. 2012. године одбијена је жалба подносиоца изборне листе против решења којим је одбијен његов приговор против закључка о исправци записника о утврђивању резултата избора (чланови Градске изборне комисије су закључили да је правилно утврђен број гласова, али да је дошло до техничке грешке приликом утврђивања цензуса од 5% тако што је уместо укупног броја гласова бирача који су гласали, узет укупан број важећих листића, па је ова грешка исправљена по службеној дужности). За разлику од правног става изнетог у неким другим пресудама, Управни суд је у овој пресуди нашао да **има места исправци техничке грешке** (члан 209. ЗУП-а), поступањем по службеној дужности. Према новом ставу „... законска је обавеза изборне комисије да по службеној дужности утврди праву изборну вољу грађана кроз правилно утврђивање и објављивање укупних резултата гласања, у складу са одредбом члана 15. став 1. тачка 9. Закона о локалним изборима. Ово све на начин прописан чланом 40, 41. и 44. наведеног закона, при чему је дужна да у том поступку отклони све техничке грешке.”¹⁵

1.1. Типични случајеви у којима је суд одбацивао жалбе

У великом броју случајева Суд је одбацивао жалбе због непоштовања редовног правног пута, односно због непознавања права. Наиме, жалба је допуштена против коначног решења изборне комисије и не може се

¹⁴ Стојчевић Т, Даниловић М, Шупут М. *Правна схватања и изводи из пресуда Врховног суда Србије: избори за народне посланике, избори за председника Републике*. Београд, 2008, стр. 15.

¹⁵ Пресуда је јавно доступна на сајту Управног суда Србије: www.up.sud.rs, последњи пут приступљено 14. јануара 2013. године.

изјављивати против првог решења изборне комисије јединице локалне самоуправе (изузев против решења представничког тела – скупштине јединице локалне самоуправе о именовану председника и чланова изборне комисије у сталном саставу – члан 14. став 11.) – мора се прво користити приговор.¹⁶ У конкретном случају, када је поднетом жалбом оспорено решење Општинске изборне комисије Градске општине Црвени Крст – Ниш, којим није одлучено о приговору, ова жалба је одбачена као недозвољена.¹⁷

Такође, жалбе су биле често одбациване јер су жалиоци мешали или погрешно рачунали рокове за приговор и жалбу. Наиме, рок за подношење приговора почиње да тече од дана када је донета одлука, односно извршена радња или учињен пропуст, а рок за изјављивање жалбе Управном суду износи 24 часа од достављања решења.¹⁸ Међутим, важно је уочити и да рок за изјављивање жалбе против решења скупштине јединице локалне самоуправе о именовану председника и чланова изборне комисије у сталном саставу почиње да тече моментом доношења, а не моментом достављања решења странци.¹⁹ Такође, рок за изјављивање приговора на све неправилности у поступку спровођења избора је 24 часа од момента затварања бирачких места.²⁰

Исто тако, странке су грешиле и пропуштале рокове зато што су, погрешно правећи аналогију са изборима за народне посланике, жалбе Управном суду против одлука изборне комисије подносиле преко изборних комисија, уместо да су их директно упућивале Управном суду, и због тога су такве жалбе често биле неблаговремене.²¹

Осим због пропуштања рокова, Управни суд је жалбе странака често одбацивао и због непостојања страначке легитимације, односно, зато што у одређеним ситуацијама није постојало овлашћење општинског одбора

¹⁶ Решење Управног суда, I-2 Уж. 36/12 од 23. 3.2012. године.

¹⁷ Решење Управног суда, II -1 Уж. 118/12 од 26. 4.2012. године.

¹⁸ Решење Управног суда, II-1 Уж. 45/12 од 29. 3. 2012. године.

¹⁹ Пресуда Управног суда, I-3 Уж. 49/12 од 29. 3. 2012. године.

²⁰ Пресуда Управног суда II-1 Уж. 184/12 од 12. маја 2012. године. Тврдња жалиоца да је на бирачком месту број 22 у Горњем Матејевцу повређено начело тајности гласања, јер је на самом изборном месту боравила одборничка група Демократске Странке и актуелни председник Општине Пантелеј, који су за време гласања „агитовали и вршили притисак на бираче“ није добила своје правно разрешење због пропуштања овог рока.

²¹ Пресуда Управног суда, II –2 Уж. 52/12 од 30. 3. 2012. године.

странке за подношење жалбе – већ је то право припадало овлашћеном пуномоћнику коалиције чији је странка била члан.²²

С тим у вези, непредузимање процесних радњи од оба овлашћена лица, уколико су коалиционим споразумом два лица овлашћена да у име коалиције странака предложе кандидате за одборнике и предузимају друге правне радње пред изборном комисијом, значило је непостојање страначке легитимације! Суд је навео да та лица могу искључиво заједно да поднесу жалбу Управном суду.²³

Врло често се жалбама погрешно тражило укидање решења (иако је суд овлашћен да решење поништи због незаконитости), али управни суд због тога није одбацивао жалбе.

У случају погрешног упутства о правном средству, суд је одбацивао жалбе, али је дозвољавао изјављивање приговора!²⁴

1.2. Типични случајеви у којима је суд уважавао жалбе, поништавао одлуке изборних комисија и мериторно решавао ствари

У првом случају, из ове групе пресуда које ћемо анализирати, Суд је закључио да пријем изборне листе и њено проглашење представљају изборне радње у поступку кандидовања, за које је овлашћена искључиво изборна комисија!²⁵ Управни суд је нашао да је погрешно становиште ОИК Сурдулица да изборна комисија нема законску обавезу дежурства и пријема изборних листа, већ искључиво проглашења ових листа и да је то обавеза у конкретном случају Општинске управе Општине Сурдулица на основу одлуке Комисије, а у смислу одредбе члана 11. став 4. Закона о локалним изборима.

Други случај из ове групе пресуда такође се тицао заштите изборног права у фази кандидовања.²⁶ Управни суд је закључио да редослед подношења изборних листа није од утицаја на редослед проглашења, уколико изборне листе садрже недостатке чије је отклањање наложила изборна комисија, па ће се у том случају изборне листе проглашавати по редоследу достављања потпуне и уредне документације изборној комисији.

²² Решење Управног суда, II-4 Уж. 46/12 од 4. 4. 2012. године и решење Управног суда, II-1 Уж. 526/12 од 24. 5. 2012. године.

²³ Решење Управног суда, II - 4 Уж. 52/12 од 3. 5. 2012. године.

²⁴ Решење Управног суда, II-2 Уж. 1 /12 од 26. 4. 2012. године.

²⁵ Пресуда Управног суда, II-4 Уж. 40/2012 од 29. 3.2012. године.

²⁶ Пресуда Управног суда, II Уж.56/12 од 2.4.2012. године.

У следећем случају пред Судом се нашао предмет у коме је ОИК Пирот одлучила о приговору као неблаговременом,²⁷ са образложењем да у недељу 25. 3. 2012. године, када је истицао рок за подношење приговора, није било дежурстава Општинске изборне комисије. Суд је оценио да изборни процес не познаје наредне дане нити да је могуће позивати се на нерадне дане у изборном поступку, будући да за тако нешто нема утемељења у одредбама Закона о локалним изборима.

Управни суд је поништавао решења скупштине општине јединица локалних самоуправа због ненавођења политичке припадности чланова општинске изборне комисије.²⁸

Поједине случајеве Управни суд је пресудом, поступајући у пуној јурисдикцији, решио у меритуму,²⁹ нарочито када је изборна комисија створила нову норму и дефинисала потпуно нову категорију предлагача: коалиција групе грађана и политичких странака. У следећем предмету решеном у спору пуне јурисдикције,³⁰ Суд је такође мериторно одбио проглашење изборне листе, јер је предлагач недостатке на изборној листи отклонио недозвољеном и незаконитом радњом, белим лаком „прекречио” погрешно означени део у обрасцу назива подносиоца изборне листе, те је преко тога исписао прави назив, а обрасце са корекцијама, оверио је службеник Основног суда у Лесковцу својим парафом и печатом тог суда, супротно пропису о оверавању потписа, рукописа и преписа. Користећи могућност одлучивања у спору пуне јурисдикције, Суд је, често, мериторно распуштао бирачке одборе и налагао понављање гласања на тим бирачким местима.³¹

2. АНАЛИЗА КВАЛИТЕТА ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА НА ИЗБОРИМА 2016. ГОДИНЕ

Локалне изборе 2016. пратио је одијум великог броја неправилности. Међутим, неправилности и незаконитости нису исто, а правна струка би требало да буде оријентисана искључиво на ову другу категорију.

²⁷ Пресуда Управног суда II-4 Уж. 58/12 од 3. 4. 2012. године.

²⁸ Пресуда Управног суда II -1 Уж. 53/12 од 4. 4. 2012. године.

²⁹ Пресуда Управног суда II -4 Уж. 88/12 од 24. 4. 2012. године.

³⁰ Пресуда Управног суда II -4 Уж. 123/12 од 28. 4. 2012. године.

³¹ О околностима случаја видети више у: Ђ. Вуковић, Д. Вучетић, Избори 2012: (не) регуларности у изборном процесу, Ниш: Национална коалиција за децентрализацију, 2012, стр. 100-103.

У различитим анализама које су пратиле ове изборе, као као најчешћи узрок незаконитости наводио се људски фактор, тј. непознавање свих финеса изборног поступка од стране чланова изборне администрације који су били задужени за очување законитости изборног процеса и његово правилно спровођење.

Погледајмо сада да ли подаци добијени од изборних комисија јединица локалне самоуправе, као и судска пракса Управног суда, потврђују овакву перцепцију недавно одржаних локалних избора.

2.1. Квалитативна анализа заштите која се остваривала пред изборним комисијама јединица локалне самоуправе

Подаци добијени од општинских и градских изборних комисија у анализи изборних процедура коју је за потребе Сталне конференције градова и општина Србије урадио ЦЕСИД 2016. године (а у чијој изради је учествовао и аутор овог текста) показују да је највећи број неправилности регистрован у фази кандидовања (38,89%) и у фази спровођења избора (31,37%). Број неправилности се значајно смањило у фази утврђивања резултата избора (14,28%), односно њиховог објављивања (6,38%). Број приговора подношених у фази формирања органа изборне администрације (због родбинских веза чланова бирачких одбора) износио је око 10%.³²

У 49,15% јединица локалне самоуправе одлуке изборних комисија нису оспораване пред Управним судом. У преосталом делу, у 23,72% јединица локалне самоуправе, одлуке изборних комисија су оспорене жалбом Управном суду у једном случају, у 15,25% у два случаја, а у преосталом делу узорка три или више пута, при чему се једна јединица локалне самоуправе издваја, јер су њене одлуке оспораване у чак 17 случајева. Више речи о управно-судској контроли рада изборних комисија јединица локалне самоуправе биће нешто касније у тексту.

За разлику од избора 2012. године, на локалним изборима 2016. године скоро да није било губитка права на судску заштиту због погрешног изјављивања жалбе, њеним слањем Управном суду преко изборне комисије, што је исправна процедура када су у питању републички избори (тада се жалба Управном суду упућује преко Републичке изборне комисије). У 86,21% случајева жалба је правилно изјављивана (директним упућивањем Управном суду), док је у 13,79% случајева долазило до мешања начина изјављивања жалбе на одлуке изборне

³² ЦЕСИД, *Анализа изборних процедура: локални избори 2012-2016. (пројекат)*. Београд: 2016.

комисије и последичног губитка права на судску заштиту изборног права. Овај податак показује да је ниво познавања процедуре заштите изборног права од стране субјеката овлашћених на њено коришћење (бирачи, подносиоци изборних листа, кандидати за одборнике) побољшан у односу на претходне локалне изборе када се ова грешка релативно често јављала, што је вероватно последица обука кроз које су они прошли пре одржавања избора, односно Приручника који је за потребе одржавања локалних избора припремио СКГО.³³

О законитости рада изборних комисија јединица локалних самоуправа говоре и подаци о броју њихових одлука које је управних суд поништио. Показало се да је највећи део анализираних јединица локалне самоуправе (оних које су доставиле одговор на питања) правилно поступао и да је то потврђено одлукама Управног суда. Наиме, 77,59% свих одлука потврђено је и од стране Суда. У 18,96% анализираних јединица локалне самоуправе одлуке изборних комисија су поништене једном, а у преосталих 3,44% то је учињено два односно три пута.

У 19,61% случајева Управни суд је приликом поништавања одлука јединица локалне самоуправе решавао изборну ствар у меритуму на шта је и овлашћен Законом о локалним изборима (чл. 55). У тим случајевима Управни суд је својим пресудама најчешће признавао статус националне мањине појединим странкама (неколико пута), поништавао изборе не бирачким местима, одбијао приговор (који је претходно одбачен као неблагоприятан) и мењао редни број листе.

2.2. Анализа заштите изборног права пружене од стране Управног суда

Поводом локалних избора одржаних 2016. године пред Управним судом, вођена су 423 изборна спора,³⁴ што представља смањење броја изборних спорова вођених пред овом судском инстанцом у односу на 2014, и то за око 30%. Жалбе странака Управни суд је усвојио и потом поништио одлуке изборних комисија у 151. случају, тј. у 35,70% случајева. Оно што забрињава јесте да је у скоро идентичном броју случајева Суд решењем одбацио жалбе (152 случаја, тј. 35,93%) због различитих формалних недостатака, не упуштајући се у суштинско питање да ли је дошло до повреде изборног права или није. Те пропусте, попут недостатка процесне легитимације, тј. непотписивања жалбе од стране овлашћеног лица, правиле су саме странке, тако да су судијама Управног суда биле

³³ **Јовановић М. (ур.)**, *Приручник за спровођење локалних избора*, Београд: СКГО, 2016.

³⁴ Под изборним споровима подразумевамо изборне спорове у ширем смислу.

“везане руке” у погледу упуштања у меритум ствари, односно другачије нису могле да поступе у тим ситуацијама. Тај податак показује да још увек постоји знатан степен непознавања процесне стране заштите изборног права, што је као последицу имало немогућност његове заштите.

2.2.1. Типични случајеви управно-судске заштите изборног права у фази формирања органа за спровођење избора и у фази кандидовања

Као и на изборима 2012. године, дешавало се да у решењу о именовању изборне комисије није наведена политичка припадност новоименованих чланова, односно да решења нису садржала одговарајуће написано образложење, односно да оно није садржало разлоге из којих би се могло утврдити да ли је донето у складу са критеријумом прописаним одредбом члана 14. став 1. Закона о локалним изборима (који се односи на то да је број предложених кандидата за председника и чланове изборне комисије сразмеран броју одборника у скупштини јединице локалне самоуправе), због чега је Управни суд таква решења поништавао. Као и на изборима одржаним 2012. године, Управни суд је потврдио становиште да коалицију не могу чинити група грађана и политичка странка.

Својство странке националне мањине. Према правном ставу Управног суда,³⁵ утврђеном на 63. седници свих судија, одржаној 07.04.2016. године у времену од 9,30 до 12,00 часова, политичка странка подносилац проглашене изборне листе, која је уписана у Регистар политичких странака као странка националне мањине, односно коалиција таквих странака, у изборном поступку има положај странке националне мањине, уколико предложи да јој се такав положај утврди. Локални избори 2016. године остаће упамћени по томе што се највише спорова водило управо поводом овог питања, јер су изборне комисије биле на становишту да се својство странке националне мањине не може признавати аутоматски, већ да је у њиховој дискреционој надлежности да то питање решавају у сваком појединачном случају, како би се спречиле евентуалне злоупотребе!

Изјаве бирача се дају након закључивања коалиционог споразума. Даље, Управни суд је пресудом закључио да је Изборна комисија незаконито прихватила потписе бирача који су дати пре потписаног Коалиционог споразума, односно пре него што је сачињен нови коалициони споразум. Другим речима, ако је Изборна комисија, у смислу члана 25. став 2. Закона о локалним изборима, подносиоцу изборне

³⁵ Пресуда 14 Уж 79/16 од 07.04.2016. године.

листе закључком наложила измену коалиционог споразума, тада је иста морала и да наложи поновно прикупљање изјава бирача за подржавање изборне листе кандидата за одборнике Скупштине јединице локалне самоуправе, сачињене по новом коалиционом споразуму.

Споразум групе грађана мора имати означено време одржавања и врсту избора. Према оцини Управног суда споразум групе грађана који као циљ образовања групе грађана нема означено време одржавања и врсту избора за које група грађана предлаже листу кандидата за одборнике, садржи сметњу за проглашење изборне листе, па је изборна комисија дужна, да у прописаном року од пријема изборне листе, закључком наложи подносиоцу изборне листе да у прописаном року овај недостатак отклони.³⁶

Назив изборне листе групе грађана не може садржати реч „странка“. У неколико случајева Управни суд је морао да поништава решења изборних комисија зато што није поштован члан 40. став 2. Упутства за спровођење избора за народне посланике Народне скупштине, расписаних за 24. април 2016. године („Службени гласник РС“, број 22/2016 од 04.03.2016. године) којим је прописано да назив изборне листе групе грађана не може да садржи реч „странка“ ни у једном падежу, нити назив регистроване политичке странке, укључујући и скраћени назив регистроване политичке странке.

Рок за подношење приговора рачуна се истека календарског дана у коме је извршена радња. Као и 2012. године, Суд је нашао да се не могу прихватити као правилни разлози Изборне комисије општине Сурдулица дати у образложењу ожалбеног решења, према којима приговор жалиоца на радњу предаје – пријема Изборне листе „Социјалистичка партија Србије – Н.Т.“ и Изборне листе Група грађана „За Сурдулицу“, није благовремено поднет. Према правном ставу Управног суда утврђеном на 58. Седници свих судија Управног суда одржаној 29.02.2016. године, рок од 24 часа за подношење приговора из члана 52. став 2. Закона о локалним изборима, почиње да тече након календарског истека дана у коме је донета одлука, односно извршена радња или учињен пропуст. Како у конкретном случају доносилац

³⁶ У складу са правним ставом утврђеним на Седници свих судија Управног суда одржаној дана 19.03.2016. године, споразум групе грађана који као циљ образовања групе грађана нема означено време одржавања и врсту избора за које група грађана предлаже листу кандидата за одборнике, садржи сметњу за проглашење изборне листе, па је изборна комисија дужна, да у прописаном року од пријема изборне листе, закључком наложи подносиоцу изборне листе да у прописаном року овај недостатак отклони (Пресуда бр. III-27 Уж. 123/16 од 13.04.2016. године).

ожалбеног решења, наведени рок од 24 часа за подношење приговора из члана 52. став 2. Закона о локалним изборима, није рачунао од календарског истека дана у коме је извршена радња предаје – пријема означених изборних листа, па до тренутка подношења приговора бирача, то је према налазу или мишљењу Суда, ожалбеним решењем повређен закон на штету жалиоца.³⁷

У вези са тим интересантна је и пресуда III-3 Уж. 37/16 од 21.03.2016. године, којом се моменат када је странка ступила у зграду СО, са намером да преда приговор, узима као почетак подношења приговора!³⁸

Утврђивање статуса овлашћеног лица се врши по службеној дужности. По ставу Управног суда,³⁹ правилном применом цитираних одредаба Закона о општем управном поступку, и то члана 126. став 3. и члана 127. став 2., Општинска изборна комисија Темерин могла је у случају сумње по службеној дужности да прибави релевантне податке о статусу подносиоца приговора, или да закључком обавезе подносиоца приговора да на ту околност достави потребне доказе.

Утврђивање идентитета бирача који су подржали изборну листу. Листа ни на једном предатом обрасцу С-6/2016 приликом оверавања нема уписан број личне карте или пасоша бирача који су подржали листу. У случају решеном пресудом Управног суда И-3 Уж 34/2016 од 23.03.2016. године, жалилац је истакао да поднета листа ни на једном предатом обрасцу С-6/2016 приликом оверавања нема уписан број

³⁷ Пресуда Управног суда II-3 Уж. 19/16 од 22.03.2016. године

³⁸ Имајући у виду напред изнето, те цитирану одредбу члана 52. Закона о локалним изборима, Управни суд налази да се овакво закључивање Изборне комисије Општине Сента не може прихватити као правилно јер је подносилац приговора – жалилац, дана 12.03.2016. године у 23,55 или 23,56 часова ушао у просторије Скупштине општине Сента у којој су се налазиле и просторије које користи Изборна комисија Општине Сента, са намером да преда приговор на проглашене изборне листе, да је од стране портира погрешно упућен у такозвану „Зелену салу“, да је у ходнику био мрак и није видео у којој соби је Изборна комисија, да се вратио до портира који га је најавио дежурном члану Изборне комисије, да дежурни члан Изборне комисије није могао да установи тачно време на свом сату то јест чињеницу када је П.П. приступио ради предаје приговора, да је дошло до расправе око свих ових околности, те да је након тога подносиоцу приговора омогућено да изврши увид у оригинал решења о проглашењу изборних листа, након чега је он потписао приговор и исти предао 13.03.2016. године у 00:26 часова. Дакле, подносилац приговора је благовремено ступио у просторије Скупштине општине Сента где се налазе просторије Изборне комисије Општине Сента, ради предаје приговора на проглашене изборне листе, па ожалбеним решењем Изборна комисија Општине Сента није могла одбацити приговор П.П. као неблагоприятно поднет.

³⁹ Пресуда Управног суда III-1 Уж. 28/16 од 17.03.2016. године.

личне карте или пасоша бирача који су подржали листу, што је супротно члану 5. Закона о оверавању потписа преписа и рукописа, због чега је Изборна комисија морала да одбије проглашење ове листе по члану 25. Закона о локалним изборима, јер садржи недостатке који се тичу овере обрасца С-6/2016. Истиче да постоји сумња да су припадници ве листе искористили постојеће базе података у општинској управи и базе ранијег чланства и у образац С-6/2016 уписивали имена и презимена грађана и њихове матичне бројеве, те фалсификовали потписе, а да грађани то нису ни знали, па из тог разлога радник који је оверавао образац -6/2016 није уписивао бројеве личних карти или пасоша, тачније није могао утврдити идентитет подносиоца исправе, тј. обрасца, јер исти није ни поднео исправу, што је супротно члану 5. Закона о оверавању потписа, преписа и рукописа. По оцени Управног суда, имајући у виду стање у списима у којима клаузуле о оверавању потписа бирача које подржавају изборну листу ГГ „Лига за Сјеницу-Др Е. 3.“ (укупно 518) не садрже начин на који је утврђен идентитет бирача, што је у супротности са напред цитираним прописима, није било услова да Општинска изборна комисија у Сјеници прогласи ову изборну листу на основу члана 24. став 1. Закона о локалним изборима. Код оваквог стања ствари, по оцени Управног суда, Општинска изборна комисија у Сјеници била је дужна да по пријему изборне листе закључком на основу члана 25. став 2. Закона о локалним изборима наложи подносиоцу изборне листе да најкасније у року од 48 часова од часа достављања закључка отклони наведене недостатке достављањем потписа бирача који подржавају ову изборну листу оверених у складу са законом којим се уређује овера потписа.

Уношење назива удружења грађана у назив изборне листе.⁴⁰ Управни суд је поништио став изборне комисије да подносилац изборне листе није могао, а сходно аналогном тумачењу одредбе чл. 40. ст. 3. Упутства, унети назив Удружење грађана „Мађарски покрет“ у назив изборне листе јер је то супротно одредби ст. 3. чл. 40. Упутства. По оцени суда, нема аналогне примене одредбе чл. 40. ст. 3. Упутства када изборну листу подноси страначка коалиција, као што је овде случај.

Одбацивање приговора у спору пуне јурисдикције. Један број изборних предмета Управни суд је решио уместо органа изборне администрације, применом одредбе члана 43. став 1. Закона о управним споровима који се у поступку заштите изборног права сходно примењује на основу одредбе члана 54. став 3. Закона о управним споровима одбацујући

⁴⁰ Пресуда III-27 Уж. 58/16 од 29.03.2016. године.

приговоре жалиоца, јер више не постоји решење против кога је приговор изјављен.⁴¹

Својство заинтересованог лица групе грађана. Управни суд је нашао да у изборном спору ова група грађана нема својство заинтересованог лица, јер се заштита изборног права остварује сходном применом одредаба Закона о управним споровима, а у односу на заинтересовано лице, због природе заштите изборног права, сходна примена није примерена.⁴²

Немогућност истовременог одбацивања приговора као неблаговременог и недозвољеног. У предмету ИИ-4 Уж.474/16 од 02.06.2016. године Управни суд је поништио ожалбено решење због повреде битних правила поступка, односно зато што је приговор одбачен истовремено као неблаговремен и недозвољен.

Изборна комисија не може да цени овлашћење за потписивање коалиционог споразума. Како је подносилац изборне листе доставио оверен коалициони споразум закључен између регистрованих политичких странака, по оцени Управног суда, Изборна комисија није била овлашћена да цени да ли су лица која су у име регистрованих политичких странака потписала овај споразум и чији су потписи оверени од стране надлежног органа, била овлашћена за потписивање коалиционог споразума, јер овакво овлашћење Изборне комисије не произилази из изборних прописа.⁴³

Лице запослено у полицији коме мирује радни однос, може бити кандидат за одборника. Наиме, поднета изборна листа, по налазу Суда, не садржи недостатак чије је отклањање наложено закључком Изборне комисије, будући да кандидат за одборника, није полицијски службеник у смислу одредбе члана 10. став 2. Закона о полицији што би, у смислу члана 169. став 2. истог закона, било сметња да буде кандидат за одборника. Овакав закључак проистиче из решења Директора полиције којима је Д.Т. одобрено *мировање права и обавеза* која се стичу на раду и по основу рада због именованја на функцију заменика председника Општине, односно на функцију заменика председника Скупштине Општине, у којима се наводи да је Д.Т. запослен у Министарству унутрашњих послова.⁴⁴

⁴¹ Видети нпр. пресуду 4 Уж 55/16 од 30.03.2016. године.

⁴² Пресуда бр. 7 Уж 56/16 од 30.03.2016. године.

⁴³ Пресуда III-3 Уж. 82/16 од 06.04.2016. године.

⁴⁴ Пресуде Управног суда II-4 Уж.102/16 од 11.04.2016. године и II-2 Уж. 202/16 од 18.04.2016. године.

Проглашавање збирне изборне листе пресудом. Управни суд је пресудом бр. ИИ-3 Уж. 203/16 од 19.04.2016. године, након што је пресудом, ИИ-2 Уж. 202/16 од 18.04.2016. године, проглашена Изборна листа, која је даном доношења наведене пресуде постала правноснажна.

Пре одбијања проглашења, закључком се мора наложити исправљање грешака у поднетим изборним листама. Управни суд је више пута поништавао решења јер изборне комисије нису закључком налагале исправљање грешака у поднетим изборним листама, пре него што је одбио њихово проглашење.

Пребивалиште није услов за формирање групе грађана. У пресуди бр. ИИИ-4 Уж. 92/16 од 12.04.2016. године Управни суд наводи да грађани који образују групу грађана ради учешћа на локалним изборима не морају имати пребивалиште на територији јединице локалне самоуправе у којој предлажу кандидате за одборнике.

У изборном поступку нема сходне примене одредби о ванредним правним средствима из Закона о општем управном поступку. Наиме, Законом о локалним изборима није прописана могућност понављања поступка, а према ставу Управног суда утврђеном на 58. седници свих судија Управног суда, одржаној дана 29.02.2016. године, у изборном поступку нема сходне примене одредаба Закона о општем управном поступку, којима су прописана ванредна правна средства.⁴⁵

2.2.2. Типични случајеви у фази спровођења избора и фази утврђивања и објављивања резултата избора

Записнички није констатовано постојање контролног листа; у кутији пронађен вишак листића.⁴⁶ Типичан пример, али за разлику од неких других записнички констатован, десио се на гласачком месту број 40 Липар у општини Кула, приликом утврђивања резултата избора, када није констатовано да ли је приликом отварања гласачке кутије пронађен контролни лист, те је утврђено да је у гласачкој кутији за избор одборника Скупштине општине Кула постојао вишак гласачких листића, што је уписано као примедба у записнику о раду бирачког одбора на спровођењу гласања и утврђивању резултата гласања за избор одборника Скупштине општине Кула на бирачком месту број 40

⁴⁵ Пресуда Управног суда бр. 9 Уж. 201/16 19.04.2016. године.

⁴⁶ Пресуда Управног суда III-1 Уж. 255/16 од 28.04.2016. године; пресуда II-1 Уж. 357/16 од 07.05.2016. године (Бабушница), Пресуда II-1 Уж. 384/16 од 07.05.2016. године (ГО Пантелеј Ниш).

ОШ „Никола Тесла” Липар, а који је потписан од стране шест чланова бирачког одбора. На истом записнику под тачком 12.2. примљено гласачких листића прецртан је број 1264 и уписан број 1263, под тачком 12.5. број гласачких листића који се налазе у гласачкој кутији прецртан број 750 и уписан број 749, под тачком 12.6. број неважећих гласачких листића прецртан број 22 и уписан број 23, под тачком 12.7. број важећих гласачких листића прецртан број 728 и уписан број 726, под тачком 12.8. број гласова који је добила свака изборна листа код изборне листе Александар Вучић – Србија побеђује, Перица Видеканић прецртан број гласова 294 и уписан број 293 и код изборне листе Херцен Кека Радоњић – Руска странка, Херцен Радоњић прецртан број гласова 246 и уписан број 245. Наведене исправке нису оверене печатом изборне комисије, нити у списима постоји било каква одлука изборне комисије да су исправке извршене, већ их је председник бирачког одбора својеручно потписао. Због тога је Управни суд поништио решење одлуке изборне комисије, и у спору пуне јурисдикције усвојио приговор странке и наложи понављање избора.

Непрописно састављен гласачки листић. У предмету ИИ-4 Уж.251/16 од 29.04.2016. године Управни Суд налази да гласачки листић за избор одборника Скупштине Градске општине Медијана није био прописно састављен, односно да у делу који се односи на назив проглашене изборне листе жалиоца, није садржао назив изборне листе, на начин како је то прописано одредбом члана 30. тачка 2, будући да је на гласачком листићу изостављено име и презиме и титула носиоца проглашене изборне листе коју је предложила РУСКА СТРАНКА, под називом: „РУСКА СТРАНКА-др Мирослав Милосављевић“. Због тога је Суд усвојио жалбу, поништио решење а изборни спор решио у пуној јурисдикцији, усвајањем приговора због неправилности у поступку избора и поништавањем избора за одборнике Скупштине Градске општине Медијана, на свим бирачким местима, након чега је наложио да се на свим бирачким местима на територији Градске општине Медијана понови гласање!

Одбацавање приговора у спору пуне јурисдикције. Управни суд је у великом броју случајева (нарочито у општини Бела Паланка и ГО Медијана Ниш)⁴⁷ масовно одбацавао приговоре у спору пуне јурисдикције због тога што је изборна комисија поништила изборе правноснажним решењем.

⁴⁷ Видети нпр. пресуду Управног суда бр II-2 Уж. 275/16 од 30.04.2016. године.

Проблем рачунања рока за приговор на резултате избора. У погледу почетка рока за подношење приговора на резултате избора, по њиховом објављивању у службеном гласилу јединице локалне самоуправе, Управни суд је, на седници свих судија одржаној дана 29.3.2016. године, заузео правни став који гласи: „Рок од 24 часа за подношење приговора из члана 52. став 2. Закона о локланим изборима почиње да тече након календарског истека дана у коме је донета одлука, односно извршења радња или учињен пропуст.” Полазећи од цитираних законских одредаба и наведеног правног става Суда, којима су, у оквиру заштите изборног права у поступку избора одборника скупштина јединица локалне самоуправе, уређена питања права на приговор, као правног средства којим се иницира поступак заштите права и (почетка) рока за његово подношење, те начина објављивања резултата избора, и да се од те радње рачуна почетак рока за подношење приговора, имајући у виду да у списима нема доказа да су резултати избора објављени у службеном гласилу јединице локалне самоуправе, Управни суд није ни могао да утврди од када је почео да тече рок за подношење приговора, па је зато поништио ожалбено решење.⁴⁸ У предмету ИИИ-2 Уж. 338/16 од 05.05.2016. године, Управни суд је потврдио да се тај рок рачуна у року од 24 часа од дана када је одржана седница изборне комисије на којој су утврђивани резултати избора (за поједина бирачка места).

Дужност јасног навођења која је изборна документација контролисана од стране изборне комисије. Према налажењу Управног суда⁴⁹ Општинска изборна комисија је била дужна да у образложењу ожалбеног решења, имајући у виду наводе приговора, јасно наведе шта је од изборне документације, у поступку по приговору, конкретно контролисала и које чињенице је том контролом утврдила, а које су основ датог чињенично правног закључка о основаности приговора жалиоца. Ово из разлога што из записника са седнице ОИК-а од 27.04.2016. године произлази да овај записник не садржи чињенице утврђене контролом вршеном по приговору, нити из доказа у списима произлази да ли је и каква контрола изборног материјала са ових бирачким места вршена у поступку по приговору жалиоца. Стога је суд поништио решење Општинске изборне комисије Градске општине Сурчин у делу којим се одбија приговор који се односи на неправилности у спровођењу избора на бирачком месту бр. 3 и то да у гласачкој кутији постоје два

⁴⁸ Пресуда 10 Уж. 329/16 од 02.05.2016. године

⁴⁹ Пресуде 18 Уж. 311/16 од 04.05.2016. године и 22 Уж. 350/16 од 06.05.2016. године

гласачка листића вишка, јер су два бирача гласала ван бирачког места, без потписане потврде о бирачком праву, као и на бирачком месту бр. 21.

Губитак права на судску заштиту због погрешно одређене надлежности изборне комисије. Из списка предмета ИИИ-1 Уж. 346/16 од 07.05.2016. године произлази да је Српски покрет Двери - Градска организација Сремска Митровица поднео Изборној комисији града Сремска Митровица дана 25.04.2016. године у 20,40 часова приговор због неправилности у поступку спровођења избора и утврђивања резултата избора на гласању дана 24.04.2016. године. У приговору је наведено да се неправилност састоји у томе што је исто лице истовремено било члан два бирачка одбора, и то према решењу о именовању чланова и заменика чланова бирачког одбора у проширеном саставу за координирано спровођење избора расписаних за 24.04.2016. године за бирачко место број 45 у граду Сремска Митровица ОШ „Свети Сава” Сремска Митровица, ... и решењу о именовању чланова и заменика чланова бирачког одбора у проширеном саставу за координирано спровођење избора расписаних за 24.04.2016. године за бирачко место број 52 у граду Сремска Митровица МЗ „Сутјеска” - велика сала, Сремска Митровица, ..., а која решења је, у складу са својим овлашћењима, донела Републичка изборна комисија. Изборна комисија града Сремска Митровица ожалбеним решењем је одбацила приговор због ненадлежности. Такође, из списка произлази да је Изборна комисија града Сремска Митровица Републичкој изборној комисији доставила решење бр. 013-28/2016-1 од 26.04.2016. године, којим је одбацила приговор због ненадлежности. Републичка изборна комисија је, поступајући по том приговору, донела решење 02 бр. 013-1335/16 од 30.04.2016. године, којим је одбацила приговор као неблаговремен. По оцени суда, основано жалилац оспорава законитост ожалбеног решења, са разлога што у образложењу ожалбеног решења нису дати разлози за одбацивање приговора жалиоца због ненадлежности, као ни разлози о томе ко је надлежан за одлучивање по приговору, сагласно одредби члана 56. Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ” бр. 33/97 и 31/01 и “Службени гласник РС” бр. 30/10), са којих разлога је Управни суд жалбу усвојио и поништио ожалбено решење Изборне комисије града Сремска Митровица од 26.04.2016. године. Међутим, закључује се у пресуди, будући да је Изборна комисија града Сремска Митровица доставила Републичкој изборној комисији на одлучивање приговор жалиоца по коме је Републичка изборна комисија донела решење 02 број: 013-1335/16 од 30.04.2016. године, то Изборна комисија

града Сремска Митровица не треба да донесе нову одлуку по приговору жалиоца.

Неадекватно је образложење решења које се само позива на резултате које је дао софтверски пакет за обрачун резултата гласања. Према налажењу Суда, не могу прихватити као правилни разлози дати у образложењу ожалбеног решења, према којима је пакет за обраду података који је израдио Републички завод за статистику – Београд, обрадио резултате са бирачких места и расподелио мандате, на основу чега је усвојен записник о раду градске изборне комисије на утврђивању резултата избора. Ово због тога што, према налажењу Суда, у образложењу ожалбеног решења није утврђено чињенично стање, а тиме нису дати ни разлози који су били одлучни при оцени доказа, односно нису наведени правни прописи и разлози о томе да ли према утврђеним резултатима избора за одборнике Скупштине Града Ниша одржаним 24.04.2016. године и 30.04.2016. године, изборна листа жалиоца може да учествује у расподели мандата у смислу одредаба Закона о локалним изборима.⁵⁰

У раду бирачког одбора не може учествовати лице за које не постоји доказ (решење) да је именовано у његов састав. У предмету број ИИ-2 Уж. 354/16 од 07.05.2016. године Управни суд је нашао да су на бирачком месту 42 Доњи Стрижевац учињене неправилности у поступку спровођења избора и утврђивања резултата. Ово због тога што је у раду бирачког одбора неспорно учествовала Е.С., која је и потписала записник о раду бирачког одбора, а да у списима не постоји, нити се у ожалбеном решењу наводи, решење којим је то лице именовано за председника, члана бирачког одбора у сталном саставу или њиховог заменика, односно за члана и заменика члана бирачког одбора у проширеном саставу. Другим речима, на том бирачком месту у раду бирачког одбора учествовало је лице за које не постоји доказ да је именовано у његов састав. Стога је Изборна комисија Општине Бабушница, због утврђених неправилности, требало да усвоји жалиочев приговор.

Образложење решења којим се утврђују резултати избора мора бити састављено на одговарајући начин. У својој пресуди 4 Уж.418/16 од 07.05.2016. године, Управни суд налази да се основано жалбом указује да је ожалбено решење донето уз битну повреду одредбе члана 199. став 2. Закона о општем управном поступку, због чега је морало бити поништено. Разлози Изборне комисије према којима је Изборна

⁵⁰ Пресуда II-3 Уж. 391/16 од 07.05.2016. године

комисија утврдила укупне резултате избора за одборнике Скупштине градске општине Нови Београд кроз проверу изборног материјала са бирачким одборнима на шест спорних бирачких места и отклонила техничке недостатке, не могу се прихватити као правилни. Ово стога што образложење ожалбеног решења уопште не садржи разлоге о томе на који су начин утврђени резултати гласања на бирачким местима означеним у приговору и жалби, а с обзиром на садржај записника о раду бирачких одбора на бирачким местима 42, 43, 64 и 84 и чињенице да на записнике на бирачким местима број 42, 43 и 64 нису изјављени приговори, а да је приговор жалиоца изјављен на записник о раду бирачког одбора на бирачком месту број 84, одбачен као неблаговремен. Осим тога у списима се не налазе ни докази на околност отклањања техничких неправилности и сравњивања података на означеним бирачким местима, нити су дати разлози о томе када су отклоњени технички недостаци и извршено сравњивање података на означеним бирачким местима. Такође, нису оцењени наводи приговора којима се оспорава надлежност бирачких одбора да врше било какве исправке у бирачком материјалу након предаје изборног материјала Изборној комисији.

Погрешно третирање приговора као захтева за увид у изборни материјал. Према наводима Управног суда, из списка изборног предмета ИИ-2 Уж. 402/16 од 09.05.2016. године произилази да је жалилац Општинској изборној комисији Лебане, доставио поднесак, 02 број 013-5/130/2016 дана 26.04.2016. године у 14,10 часова, насловљен приговором, којим тражи достављање оверених копија записника са седница Изборне комисије одржаних од 22.04.2016. године до момента подношења тог поднеска, као и достављање одговора због чега му по поднеску од 25.04.2016. године нису достављени записници са бирачких места на територији Општине Лебане. У списима се такође налази жалиочев приговор, број 156/2016 од 29.04.2016. године примљен у Изборној комисији у 11,36 часова, због тога што Изборна комисија није поступила по његовом поднеску од 26.04.2016. године. Код оваквог стања ствари, а имајући у виду наведене одредбе Закона о локалним изборима, очигледно је да поднесак од 29.04.2016. године делом представља приговор због пропуштања Изборне комисије да достави тражене оверене фотокопије записника са седница те комисије, а делом захтев да се омогући увид у изборни материјал. Како подносилац приговора, основом члана 32. и члана 37. став 6. Закона, има право на достављање тражених копија записника, као и увид у изборни материјал, Изборна комисија је ожалбеним решењем повредила закон

када је одбила приговор. Суд, при том, налази да је Изборна комисија жалиочев поднесак од 29.04.2016. године погрешно схватила само као захтев за увид у изборни материјал, а не као приговор због пропуштања Изборне комисије да достави тражене оверене фотокопије записника са седница те комисије.

Захтев за разгледање изборног материјала није потребно прецизирати. У сличном предмету бр. ИИ-1 Уж. 442/16 од 10.05.2016. године, Суд наводи да је погрешно схватање Општинске изборне комисије Гаџин Хан да овлашћено лице за разгледање изборног материјала, свој захтев треба да прецизира у погледу изборног материјала који жели да разгледа, ово не произлази из напред наведене одредбе. Напротив, овлашћено лице има право да поднесе захтев за разгледање изборног материјала а Комисија је дужна да му то омогући, а нарочито да врши увид у изводе из бирачких спискова, записнике бирачког одбора, записнике изборне комисије и гласачке листиће. По схватању суда, чињеница што овлашћено лице за тражење разгледања изборног материјала није определио конкретно, које делове изборног материјала жели да разгледа, не представља разлог за одбијање захтева, већ је комисија у обавези да му омогући увид у целокупни изборни материјал, те са тих разлога комисија није могла да одбије приговор на начин како то стоји у диспозитиву ожалбеног решења.

Коришћење белог коректора на контролном листу. У пресуди ИИ-3 Уж. 343/16 од 10.05.2016. године, Управни Суд је нашао да, уколико је на контролном листу за проверу исправности гласачке кутије на бирачком месту очигледно вршено прецртавање, дописивање или је коришћен коректор за избељивање претходног уписа, има се сматрати да у гласачкој кутији није нађен контролни лист, у смислу одредбе члана 35. став 9. Закона о локалним изборима, то представља неправилност у поступку спроведеног гласања на бирачком месту. Због наведених разлога, Суд налази да се жалбом основано указује да је ожалбеним решењем повређен закон.

Приговор странке се не може одбацити закључком као неуредан. Према налажењу Суда, није било места да ожалбеним закључком поднети приговор буде обачен као неуредан, из разлога што подносилац приговора није означио конкретну одлуку Изборне комисије Општине Сокобања коју приговором оспорава, по броју и датуму доношења.⁵¹

Приговор се не може одбацити као недозвољен. Суд налази да Комисија није могла да одбаци приговор жалиоца као недозвољен,

⁵¹ Пресуда Управног суда бр. П-3 Уж. 460/16 од 20.05.2016. године.

будући да жалилац, као подносилац приговора, има право на заштиту изборног права, по поступку утврђеном Законом о локалним изборима, јер, у смислу одредбе члана 51. и одредбе члана 52. став 1. Закона о локалним изборима, спада у круг субјеката за које је оваква правна заштита законом обезбеђена.⁵²

3. Закључна Разматрања

Као најважније ставове Управног суда поводом локалних избора одржаних 2016. године издвојили бисмо следеће:

- рокови за вршење увида у изборне листе и документацију и изборни материјал (члан 26. став 4. и члан 32. Закона о локалним изборима) без утицаја су на почетак рачунања рока за подношење приговора на донету одлуку, извршену радњу или учињени пропуст у изборном поступку (правни став утврђен на 58. седници свих судија Управног суда од 29.02.2016. године);
- у поступку заштите изборног права може се изјавити жалба и због пропуштања изборне комисије да у законском року донесе одлуку по приговору, у ком случају рок за подношење жалбе почиње да тече од истека рока за доношење одлуке по приговору (правни став утврђен на 58. седници свих судија Управног суда од 29.02.2016. године);
- у изборном поступку нема сходне примене одредаба Закона о општем управном поступку, којима су прописана ванредна правна средства у управном поступку (правни став утврђен на 58. седници свих судија Управног суда од 29.02.2016. године);
- споразум групе грађана који као циљ образовања групе грађана нема означено време одржавања и врсту избора за које група грађана предлаже листу кандидата за одборнике, садржи сметњу за проглашење изборне листе, па је изборна комисија дужна, да у прописаном року од пријема изборне листе, закључком наложи подносиоцу изборне листе да у прописаном року овај недостатак отклони (правни став утврђен на седници свих судија Управног суда од 19.03.2016. године);
- делови личног имена било ког лица не могу бити укључени у назив изборне листе групе грађана (из пресуде Управног суда 5 Уж.48/16 од 24.03.2016. године);
- против закључка изборне комисије којим се налаже отклањање недостатака у поступку проглашења изборне листе и указује на радње које

⁵²Пресуда Управног суда бр, II-4 Уж.474/16 од 02.06.2016. године.

подносилац листе треба да обави ради отклањања недостатака изборне листе, не може се поднети посебан приговор (из пресуде Управног суда ИИИ-8 Уж 63/16 од 31.03.2016.године);

- политичка странка подносилац проглашене изборне листе, која је уписана у регистар политичких странака као странка националне мањине, односно коалиција таквих странака, у изборном поступку има положај странке националне мањине, уколико предложи да јој се такав положај утврди (правни став утврђен на 63. седници свих судија Управног суда од 07.04.2016. године);

- изборна комисија није овлашћена да цени да ли су лица која су у име регистрованих политичких странака потписала коалициони споразум и чији су потписи оверени од стране надлежног органа, била овлашћена за потписивање коалиционог споразума (правни став утврђен на 63. седници свих судија Управног суда од 07.04.2016. године);

На крају, осим констатација можемо закључити да анализа показује да су правна средства за заштиту изборног права на локалним изборима одржаним 2016. године коришћена највише у фази кандидовања. Овај податак очигледно противуречи перцепцији јавног мњења о локалним изборима 2016. године. Он такође указује да су представници странака у бирачким одборима калкулисали са стављањем приговора на бирачким местима што је кључно за успешно остваривање правне заштите изборног права редовним путем, а што је ова анализа и показала.

Због тога у будућим изменама законодавства у овој области треба признати право на подношење приговорима и посматрачима присутним на бирачком месту чиме би се разбио монопол који странке тренутно *de facto* имају.

Монопол странака постоји и у изборним комисијама, које на својим седницама заправо само гласају о предлозима решења која су претходно сачињена у одговарајућим одборима. Да би се то спречило потребно је професионализовати изборну администрацију.

ЛИТЕРАТУРА (References)

Вуковић Ђ., Вучетић Д. (2013), *Избори 2012: (не)регуларности у изборном процесу*. Ниш: Национална коалиција за децентрализацију.

Вучетић Д. (2013), *Инстанциона заштита изборног права - по приговору странке или по службеној дужности?, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова (књ. 3)*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Вучетић Д., Ранђеловић Н., Јанићијевић Д. (2014), Administrative-Judicial Protection Of Electoral Right – with analysis of the judicature of the Administrative Court of Serbia. *ТЕМЕ: Часопис за друштвене науке* 38, бр. 3. 1275-1276.

Вучетић Д. (2015), Поступак заштите изборног права на локалним изборима у Републици Србији, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова (Књ. 5)*, Ниш: Правни факултет.

Јовановић М., (et. al) (2016), *Приручник за спровођење локалних избора*, Београд: Стална конференција градова и општина Србије.

Стојчевић Т., Даниловић М и Шупут, М. (2008), *Правна схватања и изводи из пресуда Врховног суда Србије: избори за народне посланике, избори за председника Републике*. Београд: Службени гласник.

ЦЕСИД (2016), *Анализа изборних процедура: локални избори 2012-2016. (пројекат)*. Београд.

ПРАВНИ ИЗВОРИ:

Закон о локалним изборима. Службени гласник РС. Бр. 129/2007, 34/2010 – одлука УС и 54/2011).

Закон о локалној самоуправи. Службени гласник РС. Бр. 129/07 и 83/14.

Закон о управним споровима. Службени гласник РС. Бр. 111/2009.

Пресуда Управног суда, 19 Уж. 73/2012 од 11.4.2012. године.

Пресуда Управног суда, 19 Уж. 43/2012 од 27.3.2012. године.

Пресуда Управног суда, III-9 Уж. 1 7/2012 од 27.4.2012. године.

Пресуда Управног суда, I-2 Уж. 48/2012 од 29.3.2012. године.

Пресуда Управног суда, Уж. 103/2012 од 27.4.2012. године.

Пресуда Управног суда, 20 Уж. 51/2012 од 28.3.2012. године.

Пресуда Управног суда, I-3 Уж. 24/2012 од 8.3.2012. године.

Пресуда Управног суда, II Уж. 98/2012 од 26.4.2012. године.

Пресуда Управног суда, III-7 Уж. 84/2012 од 17.4.2012. године.

Решење Управног суда, I-2 Уж. 36/12 од 23. 3.2012. године.

Решење Управног суда, II -1 Уж. 118/12 од 26. 4.2012. године.

Решење Управног суда, II-1 Уж. 45/12 од 29. 3. 2012. године.

Пресуда Управног суда, I-3 Уж. 49/12 од 29. 3. 2012. године.
Пресуда Управног суда, II-1 Уж. 184/12 од 12. маја 2012. године.
Пресуда Управног суда, II -2 Уж. 52/12 од 30. 3. 2012. године.
Решење Управног суда, II-4 Уж. 46/12 од 4. 4. 2012. године.
Решење Управног суда, II-1 Уж. 526/12 од 24. 5. 2012. године.
Решење Управног суда, II - 4 Уж. 52/12 од 3. 5. 2012. године.
Решење Управног суда, II-2 Уж. 1 /12 од 26. 4. 2012. године.
Пресуда Управног суда, II-4 Уж. 40/2012 од 29. 3.2012. године.
Пресуда Управног суда, II Уж.56/12 од 2.4.2012. године.
Пресуда Управног суда II-4 Уж. 58/12 од 3. 4. 2012. године.
Пресуда Управног суда II -1 Уж. 53/12 од 4. 4. 2012. године.
Пресуда Управног суда II -4 Уж. 88/12 од 24. 4. 2012. године.
Пресуда Управног суда II -4 Уж. 123/12 од 28. 4. 2012. године.
Пресуда Управног суда, 14 Уж 79/16 од 07.04.2016. године.
Пресуда Управног суда II-3 Уж. 19/16 од 22.03.2016. године.
Пресуда Управног суда III-1 Уж. 28/16 од 17.03.2016. године.
Пресуда Управног суда, III-27 Уж. 58/16 од 29.03.2016. године.
Пресуда Управног суда, 4 Уж 55/16 од 30.03.2016. године.
Пресуда Управног суда, бр. 7 Уж 56/16 од 30.03.2016. године.
Пресуда Управног суда, III-3 Уж. 82/16 од 06.04.2016. године.
Пресуда Управног суда, II-4 Уж.102/16 од 11.04.2016. године.
Пресуда Управног суда, II-2 Уж. 202/16 од 18.04.2016. године.
Пресуда Управног суда, 9 Уж. 201/16 19.04.2016. године.
Пресуда Управног суда, III-1 Уж. 255/16 од 28.04.2016. године.
Пресуда Управног суда, II-1 Уж. 357/16 од 07.05.2016. године.
Пресуда Управног суда, II-1 Уж. 384/16 од 07.05.2016. године.
Пресуда Управног суда, II-2 Уж. 275/16 од 30.04.2016. године.
Пресуда Управног суда, 10 Уж. 329/16 од 02.05.2016. године.

Пресуда Управног суда, 18 Уж. 311/16 од 04.05.2016. године.

Пресуда Управног суда, 22 Уж. 350/16 од 06.05.2016. године.

Пресуда Управног суда, II-3 Уж. 391/16 од 07.05.2016. године.

Пресуда Управног суда, II-3 Уж. 460/16 од 20.05.2016. године.

Пресуда Управног суда, II-4 Уж.474/16 од 02.06.2016. године.

Dejan Vučetić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law,
University of Niš, Serbia

ANALYSIS OF ADMINISTRATIVE JUDICIARY'S PROTECTION OF ELECTORAL RIGHTS GIVEN UPON 2016 LOCAL ELECTIONS

Summary

The analysis of administrative-judicial protection of electoral rights provided for the local elections in 2016 is a continuation of author's in-depth research of this topic conducted through a series of papers published in the past few years. Deepened interest in this topic is a result of the Serbian judiciary reorganisation, after which the key role in the field of protection of electoral rights was given to the Administrative Court of the Republic of Serbia. In the beginning of the paper author first recalls the most typical problems that have been solved before the Administrative Court in 2012, and then analyzes, qualitatively and quantitatively, the administrative-judicial protection of the electoral rights connected with the last local elections held in 2016. On this occasion, he uses a somewhat different methodology than one used in the analysis of the previous local elections by grouping the analyzed material into typical cases of administrative-judicial protection of electoral rights in the phase of forming election administration, in the candidacy phase, in the election phase, and in the phase of determining and publishing election results. The most important conclusion he came to is that the legal remedies for the protection of electoral rights in the local elections held in 2016 were used mostly at the candidacy stage, which contradicts the perception of public related to these local elections.

Keywords: administrative law, local elections, electoral rights protection, Administrative Court.

ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА У ЕВРОПСКОЈ УНИЈИ¹

*Правни субјекат је биће на које једно
одређено, историјски дато право
гледа у смислу једне самосврхе*

Штамлер

Апстракт: *У савременим демократским државама сваки човек има својство грађанина који самим својим рођењем стиче основна права и слободе. У лепези тих права и слобода посебно су, како на националном тако и на међународном нивоу и у Европској унији, значајна субјективна јавна права. Та тзв. политичка права омогућавају грађанима учешће у политичком, јавном животу и утицање на образовање државне воље. Права и слободе у ЕУ су већим делом тог карактера.*

Кључне речи: *основна права и слободе, политичка права, забрана дискриминације, бирачко право, право петиције.*

1. Увод

Људска права су природна, урођена, претпостављена, неотуђива, законом гарантована и одржива. Већ рођењем човек стиче основна права и слободе и тако постаје грађанин. Доктрина и пракса људских права и слобода означава брану од уплитања сваке власти, спољашњег ауторитета или појединаца и основ вредновања свих друштвених, политичких и државних установа. Најважнији критеријум за вредновање сваке власти јесте колико она истрајава на унапређењу и заштити или на ограничавању и суспензији људских права и слобода.

У првом делу рада смо обрадили појам субјективног права као врсте правног овлашћења и злоупотребе истог у унутрашњем правном поретку.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу

Други део је посвећен политичким, односно субјективним јавним правима. У трећем делу смо се само осврнули на општу међународно-правну заштиту и затим третирали права појединаца у Европској унији.

2. Појам субјективног права и његове злоупотребе у унутрашњем правном поретку

Постоје три основне теоријске оријентације о природи субјективног права.² То су вољно, интересно и вољно-интересно схватање. У оквиру сваког од ових постоје одговарајуће врсте односно варијанте. Вољно схватање субјективног права творевина је немачке правне науке с половине XIX века. Нема јединственог става о филозофском узору односно извору ових схватања. По једнима је то грчка филозофија, по другима природно-правна филозофија, по трећима Кантова идеја слободе, по четвртима Хегелова филозофија права. По Милијану Поповићу „духовни терен за појаву овог схватања припремила је колико Кантова, у основи индивидуалистички интонирана филозофија, толико и Хегелова филозофија права будући да су у својој суштини оба становишта истоветна, пошто полазе од извесне сфере слободе правног субјекта која је заштићена објективним правом“.³ Оснивач ове теорије је главни представник историјско правне школе, Савињи, чије је гледиште разрадио и довео до систематског уобличења Виндшајд. Упечатљива је и доследна Виндшајдова формулација по којој је субјективно право „од стране правног поретка подарена моћ воље (Willensmacht) или владавина воље (Willensherrschaft)“.⁴ Међутим, вољно схватање субјективног права покрива, у чему се откривају одговарајуће његове варијанте, и одређење овог елемента правног односа као власти, овлашћења или могућности. За све њих је, ипак, карактеристично извођење из воље титулара, али не воље у психолошком смислу речи, већ воље као заповести, наредбе упућене другим лицима.

Док се вољно схватање субјективног права концентрише, путем формално-логичке анализе, само на његове структуралне елементе, те открива само његову спољашњу страну, интересно схватање преферира, унутрашњу, функционалну страну субјективног права. Његов метод је,

² „Правне норме, осим што нам наређују, што нас ограничавају и обавезују, на другој страни нам и допуштају, омогућавају и овлашћују нас. Онај део права који нам заповеда или забрањује није важнији од оног дела права који нам који нам гарантује права и слободу делања.“ Душан Врањанац, Горан Дајовић, Основи правног система са методологијом права, Београд 2006, стр. 149.

³ Милијан Поповић, Појам субјективног права, Нови Сад, 1971, стр. 25.

⁴ Ibid, стр. 27.

логично, интересно-социолошка анализа, коју не интересује шта чини субјективно право, већ шта субјективно право чини у друштву. Главног представника интересног схватања субјективног права препознајемо у жестоком критичару вољне концепције, Рудолфу Јерингу. По њему је главни, супстанцијални елемент права, у коме је садржан практични циљ овога, „корист, угодност, правом осигуран профит“.⁵ Прикључујући овоме и право на правну заштиту, право на тужбу, долази се до одређења субјективног права као правно заштићеног интереса. „Колико се можемо надати да ћемо теретна кола покренути с места помоћу предавања о теорији кретања, толико и да ћемо људску вољу покренути помоћу категоричког императива. Императив ће склизнути низ њу без икаквог трага! Воља...је веома реално биће, које пуким логичким дедукцијама не можемо покренути с места; потребан је реалан притисак да се она покрене. Такав реални притискач за људску вољу јесте интерес.“⁶

Синтетичко, вољно-интересно схватање, које у савременој правној науци доминира,⁷ најочигледније је изражено у делу представника класичне немачке државно-правне школе, Георга Јелинека. У његовом појму субјективног права, по коме је оно „правним поретком призната и заштићена моћ воље која је усмерена на добро или интерес“,⁸ оба присутна елемента, моћ воље и добро или интерес, имају подједнак значај. Има, међутим и писаца који, у свом синтетичком одређењу субјективног права, дају превагу једном или другом елементу. Но, независно од тога, мешовито, вољно-интересно схватање има предност у односу на прва два, јер указујући одговарајућу пажњу и структури и функцији субјективног права, не болује од, критици подложне, једностраности.

Уз дужно поштовање осталих аутора, задржаћемо се кратко на схватању великана правне мисли, Ханса Келзена. Келзеново схватање примарних и секундарних норми значи потпуни заокрет у односу на схватање традиционалне теорије. Не само да се није колебао у тврдњи да су норме о санкцији, норме које су упућене државним органима, важније од норми о понашању, већ је сматрао да се ове друге могу елиминисати као сувишне. Ипак, аутор допушта поставку о постојању норми које прописују правне обавезе и субјективна права и то само из практичног разлога, олакшаног

⁵ Ibid, стр. 43.

⁶ Рудолф Јеринг, Циљ у праву, Подгорица, 1998, стр. 37.

⁷ „Чим се питању приступи научно, тј. конкретно како се појављује у животу, мора се наћи пуно момената, који одређују субјективно право (и добијају се синтетичке или еклектичне теорије, једино могуће научно у овом питању).“ Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, Енциклопедија права, Београд, 1995, стр. 389.

⁸ Ibid, стр. 59.

излагања права. Те су норме секундарне, зависне од примарних норми из којих се изводе. Келзен даје санкционистичко одређење субјективног права: „Субјективно право је правна могућност да се стави у покрет санкција“.⁹ Дискриминација субјективног права доживљава врхунац у самом његовом негирању, у његово свођење на право у објективном смислу.¹⁰

Редовно се уз појам права говори и о његовој злоупотреби. Ни ми нећемо скренути са тог „курса“. Злоупотреба права је вршење права на недопуштен начин, које је или противно циљу због кога је право признато, или штетно за другога. Неки аутори познају и злоупотребу природног права. На њу мисли Бедан када се пита: „зашто износити људима права у свој њиховој потпуности, када она не треба да служе њима без ограничења. Зашто их прво носити на један висок брег и показати им царство без граница, кад они морају одатле сићи, да би се на сваком кораку спотицали на ограда“.¹¹ У литератури се срећу бројни критеријуми злоупотребе права: делање које вређа добре обичаје, неразумно делање, неопортуно делање, делање супротно лојалности и узајамном поверењу, избор између више могућих оног начина вршења права који је штетан другоме, постојање ненормалне односно претеране штете. И лаику је евидентна велика општост, односно постојање мноштва правних стандарда у одређивању ових критеријума. То значи да ће судија бити тај који ће одредити у сваком конкретном случају да ли постоји злоупотреба или не, користећи при томе закон и друге изворе права. Судије су фактички те које су најпре истакле забрану злоупотребе права, која је тек касније постала садржајем општег прописа, односно закона. Теорија, пак, о злоупотреби права „је грађена на пракси француских судова, који су од средине...19. века почели да примењују тезу злоупотребе права, прво ради ограничења крајње индивидуалистички конципираног права својине, да би потом, постепено, вршење свих субјективних права подвргли контроли са становишта циља и духа права“.¹²

На први поглед, забрана злоупотребе права стоји у потпуној опреци са начелом, проглашеним још од римске јуриспруденције да никог не штети онај који ужива своје право – *neminem laedit qui suo iure utitur*. Међутим,

⁹ Ханс Келзен, О границама између правничке и социолошке методе, Општа теорија права и државе, Београд, 2010, стр. 89.

¹⁰ О томе како је Келзен „појам субјективног права огласио као заблуду која потиче од једне индивидуалистичке и природноправне концепције“ види у Ђорђе Тасић, Један критички поглед на покушај модерне критичке државноправне теорије о субјективном праву, Избор расправа и чланака из теорије права, САНУ, Београд, 1984, стр. 232.

¹¹ Наведено према Радмила Ковачевић-Куштримовић, Уводно излагање, Међународна конференција Злоупотреба права, Ниш, 1996, стр. XV

¹² Правна енциклопедија, стр. 1004.

дубље загледање у природу забране злоупотребе права, посебно у њену субјективну компоненту, показује нам да је противуречност двају начела само релативна. Никога не штети онај који ужива своје право, али не злонамерно, односно с искључивом намером да оштети другу страну у правном односу. Овде се налазимо и на трагу питања односа злоупотребе права и незаконитог вршења права.¹³ Уобичајено се злоупотреба права и незаконито вршење права одвајају као два посебна института. Разлог за то проналази се у чињеници да се код злоупотребе права ради о потпуно законитом овлашћењу које само у свом извршењу долази у сукоб са исто тако законитим овлашћењем друге стране.¹⁴ Међутим, „злоупотреба права може се обележити као противправност, јер и *зло* употребити значи *незаконито* употребити“.¹⁵ Разлика тако остаје само у природи последица које изазивају, будући да код злоупотребе права оне нису тако крупне као код других противправности. За злоупотребу права се одговара само кад наступи штета за другог и санкција се најчешће састоји искључиво у давању нанаштете.

¹³ Има и схватања по којима је сама формула злоупотребе права логомахија. Тако француски правник Планиол сматра да „се право не може злоупотребити, јер где злоупотреба почиње ту право престаје и један акт не може бити у исто време и *праван* и *противправан*. Наведено према Нинко Перић, Теорија злоупотребе права и грађанско законодавство, Београд, 1912, стр. 36. Види о овоме и Адам Лазаревић, О злоупотреби права и њеном појму, Архив за правне и друштвене науке 1-2/1960, LXXV, стр.43.

¹⁴ Најзначајнији теоретичар француске теорије злоупотребе права, Жосеран, разликује незаконите од абузивних, злоупотребљених аката Абузиван акт је „законит, беспрекоран, ако се посматра сам за себе, одвојен од мотива који га је определио, од воље која га је реализовала и од штете коју је други евентуално од те радње претрпео..Ако ти мотиви „делатељева воља, заслужују прекор, ако су противно финалитету права које је у питању, власник је учинио кривицу особене врсте и његова одговорност је ангажована због злоупотребе права“. Енциклопедија права, стр. 1005. По Жосерану је законит мотив камен темељац целокупне теорије злоупотребе права, те она има чисто субјективни карактер. По другом значајном француском правнику, Салеју „ништа није опасније него оставити индивидуалној вољи да се брине о одређивању критеријума злоупотребе права: Нема никога, који би у таквом случају признао да није имао другог циља до једино да другог оштети“. Међутим, и сам Жосеран, који почиње као највећи противник објективног система, на крају завршава са тим истим системом, у чему се види конфузног његовог гледишта. Наведено према Нинко Перић, *ibid*, стр.36-37. „Права која су нам дата од јавних власти нису нам дата да их вршимо по својој вољи, насумице, већ да их вршимо у одређеном циљу; створена од друштва, она имају да испуне и један социјални задатак, она имају одређену намену, одређени циљ од кога ми не можемо и не смемо да их одвојимо“. Луј Жосеран, Еволуција одговорности, Бранич 7-8/1935, стр. 328.

¹⁵ Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, Енциклопедија права, Београд, 1995, стр. 301.

Горњи начин схватања бића злоупотребе права био је владајући, како у теорији тако и у законодавству XVIII века. XIX век доноси извесне новине. Наиме, све се више пажње поклања социјалној средини у којој дејствују правне норме и остварују се правни односи. У том смислу се злоупотреба права бележи у оним случајевима у којима индивидуални циљеви овлашћених лица не одговарају друштвеним циљевима које има у виду правна норма. Када се право више „не врши у његовом економском и социјалном циљу, који му је законодавац наменио, то није више употреба права то је његова употреба на зло – *злоупотреба* (abus, Missbrauch)”.¹⁶ Ово је преокретање изворне природе злоупотребе права, која је постојала и у најиндивидуалнијим правним системима, што значи да се није искључиво везивала за солидаристички систем права или за социјално право. При томе се, ипак, „не може спорити да ће своју пуну и широку примену добити пре у солидаристичком праву”.¹⁷

Увођење појма социјалног у теорију и праксу злоупотребе права отвара једну нову могућност. Разлика између субјективне и објективне злоупотребе права може се сада успостављати на односу индивидуалног и социјалног. За испуњење услова субјективног гледишта потребно је да појединац врши своје право само да би напакостио другоме и да би га шиканирао, не користећи себи. За испуњење услова ширег, објективног гледишта потребно је да је право употребљено антисоцијално.¹⁸ Могућа је и мешовита теорија, која уистину не уноси нове погледе које већ није отворила објективна концепција, будући да она не искључује субјективну већ је, као садржински шира, укључује.¹⁹ У ствари, теорија злоупотребе права обједињује субјективно и објективно, „самим тим што нужно

¹⁶ Нинко Перић, *op. cit.*, стр. 13.

¹⁷ По неким писцима немогуће је или бар тешко прихватљиво индивидуалистичко заснивање принципа забране злоупотребе права. Будући да је циљ индивидуализма заштита свих субјективних права, у њему је логички неизводљива забрана злоупотребе права, која значи да се од два права у сукобу мора дати предност, у смислу обезбеђења, само једном од њих. Логика индивидуализма, посебно у вези са слободом иницијативе да се штити несметано вршење права, јесте логика дозволе злоупотребе права. Види Милијан Поповић, *Борба за право, злоупотреба права и одговорност као морални појмови, осврт на Тасићево гледиште, Злоупотреба права, зборник радова, Ниш, 1996*, стр. 8.

¹⁸ Ова два гледишта се у литератури означавају и као „уска концепција“ злоупотребе права са финалистичким критеријумом, према коме се тражи намера наношења штете другоме и „широка концепција“ злоупотребе права, према којој се субјективна права морају вршити саобразно њиховој социјалној и економској намени, њиховом циљу или њиховом духу. Види *Правна енциклопедија*, стр. 1004, 1008-1010.

¹⁹ Види Марјан Павчник, *Злоупотреба субјективног права*, наведено према Гордана Вукадиновић, *Избор текстова из теорије права*, Нови Сад, 1993 стр. 140, 143.

имплицира сучељавање једног акта, производа једне правне воље, са социјалном функцијом једног права, с једним објективним појмом^{.20} При томе се та антисоцијалност, зависно од варијанте овог гледишта, мери по разним критеријумима: „сходно навикама, обичајима, духовном стању тренутка кад су постале“ по једнима или „према циљу једног права“ по другима, „нормално“ према трећима^{.21} Најчешће се злоупотреба права објективно конституише позивањем на вршење права супротно циљу због кога је оно признато. У сваком случају, критеријум злоупотребе права треба тако подесити да се онемогући да она пређе у своју супротност, чиме би се оно што је једном руком дато, другом одузело.

3. Политичка, односно субјективна јавна права

Субјективна права и слободе су изузетно бројне и могу се делити по разним критеријумима. Најчешћи критеријум поделе је врста односа у којима се јављају. Ту се субјективна права деле на лична права и слободе, политичка права, економско-социјална права као и нова, посебна права и слободе где спадају нпр. право на животну средину, право на држављанство, право на азил, права у области управљања, права и слободе странаца и лица без држављанства, права и слободе етничких група и националних мањина... Целокупна ова област, изворно третирана уставом добија своју конкретизацију у одговарајућим законима као што су нпр. закон о штампи, о јавном реду и миру, о референдуму, о јавном окупљању, о штрајку, о удруживању одн. политичком организовању... Нас интересује првенствено подела на лична и јавна, одн. политичка права.

Лична права и слободе су централни садржај каталога основних права. То су права која би требало да обезбеде појединцу слободу и сигурност према држави. „Стога се она означавају и као одбрамбена права („Abwehrrechte“). Израз индивидуална права („Individualrechte“) се такође везује често за ова права, мада нека од њих увек претпостављају колективну акцију^{.22} Као лична права се најчешће наводе право на живот, неповредивост интегритета личности и право приватности, даље гаранције поступка лишења слободе, гаранције у поступку изрицања кривичних санкција, гаранције примене начела кривичног законодавства, слобода мисли и слобода штампе, слободе окупљања, демонстрације и удруживања, слобода савести и религије, слобода научног, уметничког и културног стваралаштва, слобода

²⁰ Правна енциклопедија, стр. 1010.

²¹ *ibid*

²² Драган Стојановић, Основна права човека, Људска права и слободе у уставима европских држава, Ниш, 1989, стр.100.

кретања и настањивања, неповредивост стана, тајност писама и других поверљивих саопштења, право приватне својине...

Политичка права и слободе су уставом²³ гарантована права која омогућавају грађанима учешће у политичком, јавном животу и утицање на образовање државне воље. „Због тога се ова категорија основних права човека још назива правима учествовања или правима политичке партиципације. За разлику од либералних права, политичка права нису израз грађанске слободе од државе, већ су резултат политичке слободе у држави“.²⁴ У политичка права се убрајају само она која искључиво омогућавају непосредну политичку активност, а остала права, која поред тога имају и друге садржаје и циљеве (нпр. слобода штампе, окупљања, демонстрације итд.) сматрају се личним правима. Тако политичка права обухватају најчешће само активно и пасивно бирачко право за председничке и парламентарне изборе, као и различите форме директне демократије, право на оснивање политичких партија и право на приступ јавним службама.

Своју оригиналност Ханс Келзен испољава и у питању природе политичких права и њиховог односа са приватним правима. „Ако се, с динамичог гледишта, природа субјективног права састоји у способности да се учествује у стварању објективног права, онда се не може узети да је разлика између субјективних права „приватног права“, тзв. „приватних права“, и субјективних права јавног права, тзв. „политичких права“, тако суштинска као што се то обично узима“.²⁵ Када је у питању најважније политичко право у посредној демократији, право гласа на изборима, њему одговара обавеза оних јавних органа којима је поверено организовање избора. Ту се бележе специјални органи, нпр. изборни судови којима је задатак да штите интерес који гласач има. Најчешће су изабрани органи они који стварају опште правне норме као парламент и шеф државе. Међутим, и органи за стварање појединачних норми могу такође понекад бити изабрани, као што су судије које бира народ.

Несумњиво најважније у условима представничких форми демократије је бирачко право, како активно тако и пасивно. Активно бирачко право се тиче представничких тела и председника републике у републиканским облицима државе. Оно обухвата: „право на признање као бирача према

²³ Најчешће се политичка права везују за устав али, „одредбе о правима и слободама разбацане су по читавом правном систему, односно њих је могуће наћи у небројеним шрошисима свих области права“. Саша Гајин, Људска права, Правно-систематски оквир, Београд, 2012, стр. 12.

²⁴ Драган Стојановић, Политичка права и слободе, Српско-албански правни лексикон, Београд, 2010, Невена Петрушић, стр. 398.

²⁵ Ханс Келзен, *op.cit.*, стр. 170.

начелу општег бирачког права тј. гласачку подобност; право вршења бирачког права путем слободног, тајног и личног давања гласа, као и право на једнако утицање на изборни резултат.²⁶ Пасивно бирачко право је право бити изабран за члана представничког тела или шефа државе. Услови за уживање пасивног бирачког права су строжи него за активно бирачко право. Најчешће се као такви, поред услова за уживање активног бирачког права, наводе зрелост кандидата, одређено време боравка у земљи и слично. Пасивно бирачко право укључује и право да се остане изабран и да се несметано врши функција за коју је мандат добијен.

Као облици непосредног учешћа грађана у вршењу државне власти срећу се право гласа на референдуму и право народне иницијативе. Не постоји јединствени стандард случајева и претпоставки референдума. Некада се референдум појављује у облику факултативног изјашњавања грађана о политичким одлукама посебног значаја. Право народне иницијативе се обично односи на питање промене устава, или доношења, односно престанка важења закона. Народна иницијатива може, али не мора увек да има за последицу изношење спорног питања на референдум.

Право на оснивање политичких партија је несумњиво важно политичко право. Политичке партије имају пресудну улогу у изборима за представничко тело и шефа државе, будући да у грађанским изборним система основу чине принципи сразмерних избора. Уствари, пасивно бирачко право увек припада политичким партијама, мада се формално конципира као субјективно право појединца. У извесном смислу је „стандардна партијска подела у тој мери стабилна и неприкосновена да се право на оснивање политичких партија показује потпуно илузорним“.²⁷ Одређивања која се тичу политичких партија и права опозиције се обично налазе у оквиру општих начела на основу којих се изграђује државна власт.

Право на петицију присутно је у свим грађанским уставима. Поред тога што је политичко, ово право се у неким уставима јавља као лично одбрамбено право. Ово због тога што садржи забрану држави да спречава петиције или да због њих наноси штету петентима. Наспрам овог права стоји обавеза државних органа да приме петиције и да их узму у поступак. Адресат петиције су државне власти у ширем смислу, а пре свега представничка тела. За заштиту овог права је, под одређеним претпоставкама, допуштена уставна жалба уставном суду.

Право на приступ јавним службама претпоставља држављанство овлашћеног лица. Ово право се најчешће гарантује у склопу личних

²⁶ Драган Стојановић, 1989, *op. cit.*, стр. 125.

²⁷ *Ibid.*, стр. 133.

права и слобода, као специфичан захтев начела једнакости. Поред набројаних, постоји још читав низ основних права која имају политичку компоненту. Таква су слобода мисли, слобода штампе, слобода окупљања и демонстрације итд. Најважнија карактеристика ових права је у негативним обавезама на страни државе и нераскидивој везаности за личност. Због тога се ова права сматрају личним правима и слободама, а не политичким.

4. Појединац у европској унији

Гарантовање и заштита права појединаца у Европској унији имају свакако међународно правни оквир. Признавање људских права и стварање средстава за њихову одбрану у међународном праву представљају можда највећи морални напредак у претходном веку. Основни извор идеје о људским правима у модерном свету потиче из Универзалне декларације о људским правима, усвојене на Генералној скупштини Уједињених нација 10. децембра 1948. године. 1966. године Уједињене нације су усвојиле два међународна инструмента заснована на правима прокламованих у Универзалној декларацији. То су Међународна конвенција о економским, друштвеним и културним правима и Међународна конвенција о грађанским и политичким правима. Две трећине држава на свету ратификовале су ове инструменте. УН су такође усвојиле Опциони протокол за међународну грађанску и политичку конвенцију која појединцима омогућава да упуте петицију посматрачком телу Конвенције, Комитету за људска права, уколико влада нарушава њихова права. Али, та права су доступна само ако је држава о којој је реч, по ратификацији Конвенције, прихватила и Протокол. Таквих држава нема много. Постоје и много других универзалних националних уговора и регионалних конвенција о људским правима. Таква је Америчка конвенција о људским правима, Афричка повеља о људским правима и правима народа и Европска конвенција о људским правима.

Права појединаца у ЕУ се могу делити на различите начине а једна од важнијих подела је она према правним захтевима на одбрамбена права или права на заштиту, права на позитивно деловање ЕУ и права на учешће.²⁸ Одбрамбена права се називају и правима на слободу од уплитања државе (*status negativus*). Новија генерација основних права на позитивно деловање државе (*status pozitivus*) подразумева не само да држава штити грађане већ и пружање услуга које гарантују уставни принципи. Трећу групу права чине права на учешће (*status activus*) која се не односе на задржавање постојећег стања већ на стицање нових вредности или позиција. У све три

²⁸ Види Златан Мешкић, Даро Самарџић, Право Европске уније I, Сарајево, 2012, стр.278.

скупине продире ванредно важно право на једнакост иако се у класичној догматици основних права убраја у одбрамбена права.²⁹

Како Европска унија није држава, није могуће конституисати држављанство већ само слабије грађанство. Европско грађанство се не стиче самостално већ је подређено држављанству државе чланице. То истовремено значи да надлежност за грађанство не припада ЕУ, већ државама чланицама. „Слабији спој грађана са ЕУ се често описује са тзв. демократским дефицитом којим се настоји приказати да Европском унијом још увијек владају државе чланице“.³⁰ У преамбули Уговора о Европској унији не говори се о држављанима појединих држава чланица него о народима Европе. Појам грађана ЕУ унутар ЕУ потиче из основних слобода с којима је настао појам тржишног грађана. Али, Суд ЕУ је примењивао тржишне слободе у сврхе појединих основних права, права на једнакост, заштиту и слободу.³¹

Европско грађанство је уведено Уговором из Мастрихта из 1993. године а сада је уређено у чл. 20.-25. Уговора о функционисању Европске уније. Грађанин ЕУ је свака особа која је држављанин једне државе чланице. Од свих права која су непосредно везана за грађанство ЕУ, најзначајнија је забрана дискриминације. Поред тога, посебно су истакнути и бирачко право за Парламент ЕУ, комунално бирачко право, право на грађанску иницијативу, право петиције, право обраћања Европском омбудсману, право дипломатске и конзуларне заштите и право слободног кретања.

Начело једнакости представља основно начело без кога нема остварења и поштовања основних људских права. До кршења овог начела долази вршењем дискриминације према одређеним групама и појединцима. Дискриминација значи како недозвољено искључивање, тако и давање првенства групи које угрожава једнака права. Кључне одредбе у Европској конвенцији о људским правима које се тичу забране дискриминације су члан 14 ове Конвенције као и члан 1 Протокола 12 уз ЕКЉП, који је усвојен на педесетогодишњицу Конвенције. „Оба поменута члана представљају тзв. отворену клаузулу јер не садрже коначну листу забрањених основа,

²⁹ Види Дарко Самарџић, Златан Мешкић, 2017, стр. 205-216.

³⁰ Ibid, стр. 257.

³¹ „Здрава економска заједница је тешко замислива без правне заједнице. Тиме се изражава блискост тржишних слобода с основним правима, иако се надаље наглашавају дивергенције“. Дарко Самарџић, Златан Мешкић, Право Европске уније II, Повеља Европске уније о основним правима, Зеница, 2017, стр. 28.

нити пружају дефиницију дискриминације.³² Члан 14 ЕКЉП гласи: „Уживање права и слобода предвиђених у овој Конвенцији обезбеђује се без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго мишљење, национално или социјално порекло, веза са неком националном мањином, имовно стање, рођење или други статус.“ Сексуална оријентација представља нови основ, који није изричито поменут у члану 14 ЕКЉП, али је признат као забрањен основ дискриминације у пракси Суда. Доношењем Протокола се постојећи степен заштите проширује али како је Протокол ступио на снагу тек у априлу 2005. године, још увек не постоји одговарајућа пракса Европског суда. Утврђивање дискриминаторног карактера неког правног акта или радње пред Европским судом одвија се у две фазе. У првој фази Европски суд утврђује да ли постоји различито поступање у истим или сличним ситуацијама, а потом испитује постојање евентуалног објективног или разумног оправдања за такво разликовање.

Бирачко право за Парламент ЕУ регулисано је чланом 22. ст.2. Уговора о функционисању Европске уније и Директиве 93/109³³ о условима за спровођење избора. Сваки грађанин ЕУ у држави у којој има пребивалиште, а чији није држављанин, има активно и пасивно бирачко право за Европски парламент. Ово право је ослабљено тзв. демократским дефицитом јер не постоји јединствено изборно право, него се посланици бирају према националном изборном праву. „Сваки грађанин има једнако право кориштења бирачког права (тј. бројчану вредност гласа), али гласови немају једнаку тежину (тј. једнак утицај на резултате избора).“³⁴ Према чл. 22 Уговора о функционисању ЕУ грађанин који има пребивалиште у једној држави чланици, има бирачко право на локалном нивоу независно од свог држављанства. Политичко право на локалном нивоу зависи од унутрашње организације државе. Ово право партиципације подразумева активно и пасивно бирачко право и представља израз начела равноправности.

Право грађанске иницијативе је ЕУ увела са Лисабонским уговором из 2009. године. Ради се о виду парципативне, непосредне демократије а захтев се упућује Комисији. Зати се иницијатива мора односити на подручје деловања Комисије. Иницијатива је валидна ако најмање један милион грађана гласа за њу. Комисија није обавезна да иницира законодавни поступак иако је исправно спроведен поступак и испуњени сви услови. „Без

³² Ивана Крстић, *Забрана дискриминације у јуриспруденцији Европског суда за људска права, Уставне и међународноправне гаранције људских права*, Ниш 2008, стр. 155.

³³ Сл. Лист ЕУ 1993, L329,34.

³⁴ Дарко Самарџић, Златан Мешкић, 2012, *op.cit*, стр. 258.

обзира на то, очекује се да ће успјешно покренута грађанска иницијатива у најмању руку изазвати политичку дискусију, преко које Комисија не може тек тако прећи“.³⁵

Право петиције према Европском парламенту је усвојено у чл. 24. ст. 2 у вези са чл. 227. Уговора о функционисању Европске уније. Ради се о оригинарном демократском праву које, поред грађана ЕУ имају све особе које имају пребивалиште у ЕУ. Петиција се мора односити на подручје деловања ЕУ и иницијатор мора имати непосредни интерес за петицију. Поред обраћања Парламенту, грађани имају право обраћања свим другим органима ЕУ. Посебно је важно право петиције према Омбудсману ЕУ. Њему се грађани могу обратити с било каквом притужбом на рад неког органа, тела или установе ЕУ независно од тога да ли имају непосредни интерес. У свом поступу поводом петиција Омбудсман ЕУ није ограничен на испитивање повреде права него на сва деловања која су противна начелу добре управе. Омбудсман ЕУ не сме испитивати случајеве који су били или су тренутно предмет разматрања пред судом ЕУ. Омбудсман ЕУ има обавезу да о решеним петицијама подноси годишње извештаје Европском парламенту.³⁶

Право дипломатске и конзуларне заштите је регулисано чл. 23. Уговора о функционисању ЕУ. Оно даје сваком грађанину ЕУ право да од сваке државе чланице захтева ову заштиту у трећој држави. Ово право постоји само ако сопствена држава нема дипломатско или конзуларно представништво у датој трећој држави. Дипломатска и конзуларна заштита пружа се у смртном случају, случајевима тешких болести или тешких несрећа, помоћи у случају хапшења или притвора, помоћи жртвама насиља или помоћи у случају нужде, те повратка грађанина ЕУ у ЕУ.³⁷

Право слободног кретања и боравка регулисано је чл. 20. и 21. Уговора о функционисању ЕУ и чл. 45. Повеље о основним правима. Сваки грађанин ЕУ може ово право захтевати из различитих мотива. Основне слободе су у односу на ово право *lex specialis*. Једини услов права слободе кретања јесте прекогранично чињенично стање. Право слободног кретања је у питању када грађанин ЕУ жели да се креће или борави у другој држави чланице. Ово право има непосредно дејство и грађанин ЕУ се може у првој линији позивати према држави чланице у коју жели да ступи, а у другој линији и према држави чланице коју напушта. Ово друго због тога што

³⁵ Ibid, стр. 259.

³⁶ www.euro-ombudsmann.europa.eu.

³⁷ Чл. 5. Одлуке Европског савета од 19.12. 1995. о заштити грађана ЕУ путем дипломатских и конзуларних представништава, Сл. лист ЕУ 1995, L 314/73.

и напуштање једне државе чланице може бити отежано, санкционисано или забрањено.³⁸ Право слободног кретања и боравка садржи не само забрану непосредне или посредне дискриминације већ и забрану било каквог ограничавања овог права.

Ванредно значајну улогу у заштити права и слобода појединаца има Суд правде Европске уније. Сходно нетипичном карактеру саме ЕУ, која није ни обична међународна организација, нити федерација или конфедерација држава и Суд правде је „правосудни орган *sui generis* који се не може идентификовати са међународним судом (попут оног у Хагу), нити са чисто унутрашњим судом“.³⁹ Суд правде ЕУ има разнородне функције. Он се јавља као међународни суд када одлучује о споровима између две државе чланице у вези поштовања уговора. Са функцијом уставног суда даје нпр. претходно мишљење о усклађености неког међународног уговора са правом ЕУ. А у највећем броју случајева може бити упоредив са унутрашњим, управним судом.

За случај повреде људских права појединци имају могућност подношења трију тужби Суду правде.⁴⁰ То су тужба за поништај, тужба због пропуштања и тужба за накнаду штете. Поступање по овим тужбама се назива непосредним или директним механизмом зато што се у целини одвија и окончава пред Судом правде. „Значајан део теорије указује да је активна легитимација физичких и правних лица, осим у поступку по тужби за накнаду штете, подвргнута строгим, па и прекомерним ограничењима“.⁴¹ Други облик правосудне заштите права појединаца је посредан, индиректан механизам. У случају кршења права појединаца од стране држава чланица индивидуалним субјектима стоје на располагању само национални правосудни органи, а њима, посредством поступка прибављања одлуке о претходном питању, Суд правде ЕУ. Највећи изазов овог облика заштите је сложена и временски захтевна процедура која доводи до оптерећења Суда.

³⁸ Суд ЕУ, С-33/07, Ministerul Administratiei si Internelor – Directia Generala de Pasapoarte Bucuresti/Gheirghe Jipa, 2008, I-5157.

³⁹ Душко Лопандић, Заштита интереса шриватних лица пред Судом правде Европске заједнице, Правни живот, 12/1995, стр. 670.

⁴⁰ Види Весна Кнежевић-Предић, Зоран Радивојевић, Правосудна заштита права појединаца у Европској унији, Уставне и међународноправне гаранције људских права, 2008, Ниш, стр. 105-130.

⁴¹ Ibid, стр. 131.

5. Закључак

Будући да Европска унија није држава већ организација *sui generis*, не постоји држављанство у њој већ само грађанство. У свом грађанском статусу, појединци из држава чланица уживају права и слободе. Та су права тројака, наиме *status negativus*, *status pozitivus* и *status activus*. У прву групу тзв. одбрамбених права спада право на једнакост односно забрана дискриминације. Овде, по свој прилици, спадају и право дипломатске и конзуларне заштите и право слободног кретања. У другу групу права која подразумевају позитивно делање органа ЕУ спадају право петиције и право обраћања Европском омбудсману. Најзад, у *status activus* долазе бирачко право за Парламент, комунално бирачко право и право на грађанску иницијативу.

Резиме

Самим рођењем човек стиче основна права и слободе и тако постаје грађанин. Постоје три основне концепције о природи субјективног права: вољна, интересна и вољно-интересна. Мешовито, вољно-интересно схватање је најпробитачније јер не болује од једностраности. Злоупотреба права је вршење права на недопуштен начин, које је или противно циљу због кога је право признато, или штетно за другога. Никога не штети онај који ужива своје право али не злонамерно, односно с искључивом намером да оштети другу страну у правном односу. Лична права и слободе би требало да обезбеде појединцу слободу и сигурност према држави. Политичка права и слободе омогућавају грађанима учешће у политичком, јавном животу и утицање на образовање државне воље. Политичка права обухватају најчешће сао активно и пасивно бирачко право за председничке и парламентарне изборе као и различите форме директне демократије, право на оснивање политичких партија и право на приступ јавним службама. Права појединца у ЕУ се деле на одбрамбена или права на заштиту, права на позитивно делање ЕУ и права на учешће. Како ЕУ није држава, није могуће конституисати држављанство већ само слабије грађанство ЕУ. Појам грађана ЕУ потиче из основних слобода с којима је настао појам тржишног грађана, али је Суд ЕУ примењивао тржишне слободе у сврхе појединих основних шрава, права на једнакост, заштиту и слободу. Од свих права која су непосредно везана за грађанство ЕУ најзначајнија је забрана дискриминације. Поред тога, посебно су истакнути и бирачко право за Парламент ЕУ, комунално бирачко право, право на

грађанску иницијативу, право петиције, право обраћања Европском омбудсману, право дипломатске и конзуларне заштите и право слободног кретања.

Др Александар С. Мојашевић,¹
Ванредни професор Правног
факултета Универзитета у Нишу
Др Љубица Николић,²
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

UDK: 347.91/95:33

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПАРНИЦЕ И ПРЕГОВАРАЊА³

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесу фактори који утичу на избор између подизања тужбе и покретања парничног поступка, или његовог наставка, ако је већ започет, с једне стране, и преговарања и последичног склапања поравнања, с друге стране. Циљ је испитати подстицаје којима су стране у спору изложене у погледу склапања поравнања или одласка на суђење, под претпоставком важења различитих правила о одговорности за штету. У ту сврху се приказују кључни налази познатих економских модела у којима се испитује, под одређеним рестриктивним претпоставкама, понашање странака у случају избора између парнице или преговарања. Кључни налази јесу да избор између парнице или преговарања зависи од страначке перцепције или процене вероватноће победе на суђењу, односа странака према ризику (постојање или непостојање аверзије према ризику) и стратегијског понашања странака у току преговара око склапања поравнања. Осим тога, истиче се значај информација са којима стране у спору располажу, те се у ту сврху приказује и посебан модел асиметричних информација. На крају, аутори разматрају, на нормативном плану, значај ових налаза и дају одређене препоруке за промоцију мирних метода решавања спорова и поравнања.

Кључне речи: парница, преговарање, поравнање, пресуда, подстицаји, ефикасност.

¹ mojasevic@prafak.ni.ac.rs

² ljubica@prafak.ni.ac.rs

³ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2020. године.

1. Увод

Избор између поравнања (нагодбе), с једне стране, и подношења тужбе и покретања парничног поступка, с друге стране, заокупља пажњу и стручне и лаичке јавности. И док ова прва (под којом подразумевамо, пре свега, теоретичаре економске анализе права) испитује факторе и подстицаје за чињење једног, односно другог избора, и последице који сваки од тих избора са собом носи, дотле је ова друга више заинтересована за практичну димензију дилеме нагодба-парница.

Познато је да ако је неко лице претрпело штету (материјалну или нематеријалну), оно има право да тужи починиоца штете суду, односно да покрене парнични поступак, и да тужбом захтева накнаду штете. Друга опција јесте да се *нагоди* са починиоцем штете судским или вансудским путем, односно да са њим склопи *судско или вансудско поравнање*. Разлика између ове две врсте поравнања огледа се у томе што је вансудско поравнање последица *директних преговора странака (странке преговарају лицем у лице)*, док судско поравнање подразумева активну улогу суда у његовом склапању и то предузимањем одређених радњи (*странке склапају поравнање пред судом*).⁴ Опредељење за тужбу за накнаду штете подразумева да се она може поднети самостално или ангажовањем адвоката. Парница се окончава *правноснажном пресудом* у првом степену, уз могућност улагања жалбе или других правних лекова. С друге стране, нагодба се може склопити *пре* покретања поступка пред судом, или у току трајања самог поступка, чиме би се настали спор окончао. Разлика између нагодбе и пресуде јесте у томе што странке морају уложити одређени лични напор у преговорима ради склапања поравнања (*спор је у њиховим рукама*), док је у случају пресуде одлучујућа активна улога суда (судије). Из ове разлике произилази и друга: док успешно преговарање води ка томе да, најчешће, нема победника и пораженог (*win-win ситуација*), дотле је парница *игра са нултом сумом* (једна страна добија, друга губи, те је нето исход нула).

Полазећи од тога да је економија наука о рационалном економском избору, избор између преговарања и парнице и више је него погодан за економску анализу. При том, можемо се руководити различитим критеријумима за одабир између две или више опција, али економија ставља нагласак на *трошкове* и *ефикасност*. Другим речима, рационалан избор јесте онај који је економски најисплативији, односно то је избор којим се остварује неки циљ уз најниже трошкове (критеријум максимизација користи/

⁴ Између ових двеју врста поравнања постоје и одређене *правне разлике*. За потребе овог рада довољна је објашњена разлика.

минимизација трошкова). Управо се овај резон примењује и у анализи парнице и преговарања.

Но, намеће се питање по ком специфичном критеријуму можемо проценити ефикасност парнице? Теорија економске анализе права изнедрила је један такав критеријум, и он је оличен у *очекиваним друштвеним трошковима парничног поступка (парнице)*. У наставку објашњавамо овај критеријум, а потом улазимо дубље у класичну анализу парнице и преговарања са економског аспекта.

2. Очекивани друштвени трошкови парнице

Очекивани друштвени трошкови парнице обухватају две врсте трошкова: *административне трошкове (АТ)* и *трошкове учињених грешака од стране судија (ТГ)*. Када оштећена лица користе судски апарат за заштиту својих права, то има своју цену у виду радне снаге и реалног капитала који се користе за функционисање тог апарата. Радну снагу чине: судије професионалци, судије поротници, судијски помоћници, записничари, дактилографи, стражари, чистачи, и други. Реални капитал чине: судске зграде, помоћне просторије, опрема (рецимо, компјутерска опрема) и друго. И радна снага и реални капитал изискују трошкове који се покривају из државног буџета, односно падају на терет пореских обвезника. Затим, у току судских поступака, уобичајено се изводе докази сведочењем, вештачењем или на други начин, те постоје и *трошкови извођења доказа*. Сви наведени трошкови означавају се као *административни трошкови*. Административни трошкови су, у ствари, трансакциони трошкови функционисања судског апарата.

С друге стране, судије могу да начине *грешке* у обављању своје дужности, рецимо, приликом утврђивања одговорних лица, одређивања висине штете и одштете и томе слично. Овакве грешке генеришу трошкове, који се означавају као *трошкови судијских грешака*.⁵ Ако претпоставимо да је суд погрешно проценио висину штете, досуђена одштета неће задовољити принцип потпуне (интегралне) накнаде штете,⁶ а који је установљен ради заштите интереса оштећених лица. Рецимо, нанета је материјална штета једном лицу у износу од *200.000 динара*. Ако суд

⁵ Анализа грешака судија базирана на примерима из: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999, third edition, стр. 316.

⁶ Ово важи под претпоставком примене *правила о објективној одговорности за накнаду штете* и права оштећеног на *потпуну накнаду*.

погрешно утврди висину штете и досуди накнаду штете у вредности од *180.000 динара*, онда оштећена страна неће бити задовољна, јер јој није надокнађена сва причињена штета. Економски речено, ако је досуђена одштета *нижа* од потпуне накнаде, то практично значи да је починилац штете *екстернализовао* део трошкова штете на оштећеног. Уместо да починилац штете сноси сву штету коју је узроковао, он је пребацио део трошкова настале штете на оштећеног, и то због судијске грешке.

Теорија ЕАП поставља следеће питање: које су последице учињене судијске грешке на *будуће* понашање починиоца штете? Ако би се починилац штете поново нашао у ситуацији да почини штету, и под претпоставком да зна да суд може да погрешити приликом одређивања висине штете и одштете, питање је да ли ће предузети ефикасну пажњу.⁷ То значи да починилац штете *неће добити ефикасне подстицаје* по питању превенције штете, будући да неће сносити пуне трошкове штете.

У обрнутој ситуацији када суд досуђује одштету која је *већа* од начињене штете, стварају се подстицаји да починилац штете буде *више пажљив*, под претходно истакнутом претпоставком да починилац штете зна да ће суд досудити такву високу одштету.

Дакле, први налаз економске анализе гласи: *повећање пажње починиоца штете настаје ако је досуђена одштета већа од претрпљене штете, и обрнуто – смањење пажње починиоца штете настаје ако је досуђена одштета нижа од претрпљене штете.*

Може се навести и пример у вези са *утврђивањем одговорних лица*. Ако се пође од тога да суд није тачно утврдио ко је одговоран за насталу штету, следи да оваква грешка смањује очекивану одговорност потенцијалног починиоца штете, а смањење очекиване одговорности доводи до смањења његове (њене) пажње.

Дакле, други налаз економске анализе гласи: *постоји мањак пажње, ако суд погрешно утврђује одговорна лица, и вишак пажње, ако суд правилно утврђује одговорна лица. Што је већа вероватноћа утврђивања одговорности за накнаду штете, то је већа пажња и обрнуто, при чему је висина те вероватноће последица тачног или нетачног утврђивања одговорних лица за проузроковану штету.*

С друге стране, може се претпоставити и да је суд огласио кривим лице које објективно није криво. У том случају стварају се *подстицаји за избегавање*

⁷ Када је пажња на ефикасном нивоу, трошак мало веће пажње (маргинални друштвени трошак) једнак је резултирајућем смањењу трошка очекиване штете (маргинална друштвена корист). Више о томе у: R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, стр. 300-302.

оних активности које се везују за погрешно утврђену одговорност. Рецимо, са таквим подстицајима би се суочио власник предузећа за производњу ципела који је оглашен кривим због штете коју је наводно нанео својим купцима.

Примери указују на то да грешке судија за последицу могу имати стварање *неефикасних подстицаја у погледу превенције штета*, што даље доводи до тога да број штета и штетних догађаја не буде на друштвено ефикасном нивоу. Конкретније речено, настаће (пре)велики број штетних догађаја и штета, као последица учињених судијских грешака. Примери, такође, показују колико је одговорна судијска функција, јер штетне последице, услед учињених грешака, не утичу само на конкретно лице које је причинило штету, већ и на друга лица која се у будућности могу наћи у истој или сличној ситуацији. Разлог тога лежи у чињеници да је судска пресуда, у ствари, посебна врста *јавног добра*, односно добра које сви могу користити и које је доступно свима. Другим речима, од једне пресуде корист имају не само странке које су учествовале у поступку, него и друга лица (ван конкретног односа парничних странака). То значи да, економски гледано, пресуде стварају *екстерне ефекте*, односно могу утицати на благостање других.

То се може исказати и на другачији начин: претпоставимо да очекивана штета износи *10.000 динара* и да трошак превенције потенцијалног починиоца штете износи *9.000 динара* (превентивне мере потенцијалног оштећеног се занемарују у овој анализи). Под претпоставком објективне одговорности и/или одговорности због непажње,⁸ рационални потенцијални починилац штете избегао би штетни догађај и очекивану штету (у износу од *10.000 динара*), јер би му се улагање у превенцију штете (*9.000 динара*) исплатило. Но, ако се претпостави да у постојећем судском систему судије чине грешке у одређивању одговорних лица, потенцијална одговорност свих починилаца штете смањила би се или би била елиминисана. Рецимо, ако је *20%* вероватноћа да судије начине такву врсту грешака у свим случајевима – тада ће износ очекиване штете пасти са *10.000 динара* на *8.000 динара* (*20% x 10.000 динара*). С обзиром на то да је износ очекиване штете од *8.000 динара* нижи од трошкова превенције штете од *9.000 динара*, потенцијалном починиоцу штете не би се исплатило да улаже ресурсе у превенцију. Дакле, пошто превенција неће бити предузета, резултат ће бити *нето друштвени губитак у износу од 1.000 динара*, тј. трошак судијске грешке ће бити

⁸Одговорност због непажње јесте облик *субјективне одговорности за накнаду штете* базирана на томе да је починилац штете својом непажњом (грубом или лаком) нанео штету другом лицу или лицима.

1.000 динара. Другим речима, очекивана штета у износу од 10.000 динара минус трошкови превенције у износу од 9.000 динара представља 1.000 динара стварне штете која неће бити спречена због грешака судија у одређивању одговорности починилаца штете са вероватноћом од 20%.

У овом примеру, може се поставити као (друштвени) циљ и смањење трошкова судијских грешака. Рецимо, циљ је смањити вероватноћу грешака судија са 20% на 15%, за шта је потребно додатно улагање у судски систем од 2.000 динара по несрећном догађају. Другим речима, административни трошак износи 2.000 динара по несрећном догађају. Питање је да ли се исплати ово додатно улагање у судски систем? Одговор је негативан, будући да је, у наведеном примеру, трошак грешке од 1.000 динара нижи од административног трошка од 2.000 динара, а који је потребан ради смањења вероватноће судијских грешака са 20% на 15%. Према томе, произилази да је, економски гледано, боље толерисати настанак судијских грешака са вероватноћом од 20%, него покушати са њиховим смањењем на 15%.⁹

3. Минимизација очекиваних друштвених трошкова парнице

Економска анализа парнице сугерише да је, с друштвеног аспекта гледано, минимизација очекиваних друштвених трошкова парнице пожељан циљ. Другим речима, економске последице које произилазе из процесних правила која регулишу парнични поступак требало би да се огледају у минимизацији (збира) административних трошкова (АТ) и трошкова судијских грешака (ТГ).¹⁰ Ако друштвене трошкове парнице означимо са ДТП, добијамо следећу једначину:

$$\text{мин. ДТП} = \text{АТ} + \text{ТГ}$$

Но, поставља се питање како измерити друштвене трошкове парнице, с обзиром на то да је једна компонента тих трошкова – трошкови судијских грешака, тешко мерљива. Наиме, административни трошкови (као друга компонента ДТП-а) лако су мерљиви, јер они обухватају: трошкове подизања тужби, трошкове преговарања између странака, трошкове размене информација између странака, трошкове предузимања парничних радњи у парничном поступку, трошкове подношења правних лекова у

⁹ Пример базиран према: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998, стр. 599.

¹⁰ Вид. R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, стр. 376.

жалбеном поступку, итд.¹¹ Ови трошкови могу се *експлицитно* изразити у новчаном облику. Међутим, када је реч о трошковима судијских грешака, питање је по ком *критеријуму* се могу измерити? Сматра се да је за мерење ових трошкова потребан тзв. *стандард перфекције*.¹² Стандард перфекције подразумева да суд има савршене информације када доноси коначну одлуку. Рецимо, суд треба да одреди висину одштете, ако штета износи *10.000 динара*. Под претпоставком да поседује *све* информације о фактичким и правним питањима, суд ће досудити одштету у износу од *10.000 динара*. Тиме је суд задовољио принцип потпуне (интегралне) накнаде штете.¹³ Ако суд нема савршене информације о овим питањима, што је реалнија претпоставка, онда ће досуђена одштета бити *испод* потпуне накнаде штете. Разлика између досуђене одштете и потпуне накнаде штете представља *величину учињене судијске грешке*. Ако се пође од тога да се систематски досуђују одштете испод потпуне накнаде, тиме се искривљују подстицаји за ефикасну пажњу.

На пример, ако произвођач очекује плаћање одштете која ће бити нижа од причињене штете, неће предузети додатне мере превенције зарад смањења очекиване штете. Антиципирајући нижи степен одговорности, произвођач може *снизити контролу квалитета својих производа*, ради уштеде трошкова контроле и тиме проузроковати штету купцима тог производа. Штета се може огледати у томе, што производ, услед снижене контроле квалитета, поседује неке недостатке (на пример, неисправан лек или храна), услед којих купци трпе нежељене последице (рецимо, нарушавање здравља). Претпоставимо да произвођач штеди *1.000 динара* на име контроле квалитета, али узрокује штету од *5.000 динара* купцима производа са недостатком. Тада нето друштвени трошак грешке износи *4.000 динара (5.000 динара – 1.000 динара)*, због снижења квалитета контроле производа. У овом случају, друштвени трошак грешке јесте мерљив, али ће у многим случајевима остати без јасне и прецизне мере.¹⁴

¹¹ На овом месту наведени су *административни трошкови у ужем смислу*, јер се односе само на парнични поступак и његове различите фазе. У ширем смислу, као што је већ речено, административни трошкови обухватају и плате судија, хонораре адвоката, трошкове одржавања судских зграда, итд. Пажњу усмеравамо на *административне трошкове у ужем смислу*.

¹² Вид. R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, стр. 376–377.

¹³ Стандард перфекције, у ствари, подразумева задовољење принципа потпуне накнаде штете.

¹⁴ Пример базиран и прилагођен раду према: R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, стр. 377.

4. Израчунавање очекиване вредности од тужбеног захтева, суђења и поравнања

Да бисмо разумели избор преговарање-парница, требало би прво разумети који услов мора бити испуњен да би рационалан појединац поднео тужбу и покренуо парнични поступак. Економски речено, питање гласи: *који су то подстицаји који доводе до покретања парничног поступка, и зашто појединци приступају преговарању и склапању поравнања уместо да наставе са парничењем до доношења правоснажне судске одлуке?* Одговор на ова, али и бројна друга питања пружа економска теорија (анализа).

У случају да је, рецимо, појединцу нанета материјална штета у саобраћајној несрећи, осим трошкова саме штете, друге трошкове можемо поделити у две групе. У *прву групу трошкова* сврставају се сви трошкови у вези са *подизањем тужбе*, попут: плаћања хонорара адвоката, трошкова писања тужбе, плаћања судске таксе, итд. У *другу групу трошкова* спадају трошкови који настају ако до парнице (суђења) дође. Ради се о *парничним трошковима*, попут трошкова извођења доказа (рецимо, трошкова сведочења или вештачења), или опортунитетног трошка временаведеног у парници, односно највеће пропуштене добити која би била остварена да до парнице није дошло.

Осим трошкова, парница доноси и потенцијални *добитак*, који можемо са одређеном вероватноћом остварити (или не). Чим постоји вероватноћа, значи да добитак у парници није сигуран, већ *очекиван*. Дакле, ради се о *очекиваној вредности добитка од подизања тужбе*. Тај очекивани добитак базиран је или на судској пресуди или на поравнању.

Значи да се очекивана вредност од тужбеног захтева базира на процени вероватноће исхода након подизања тужбе и добитка који сваки исход са собом носи. Рационални тужилац, самостално или уз помоћ адвоката, процењује, рецимо, да ли може доћи до *поравнања* и колики добитак може очекивати по том основу.

Тиме се може поставити услов за подизање тужбе: *оштећено лице ће подићи тужбу,¹⁵ иницирајући парнични поступак, ако и само ако су трошкови подизања тужбе (ТТ) нижи од његове очекиване вредности од тужбеног захтева (ОВТЗ).¹⁶*

¹⁵ Тужилац у тужби захтева од суда пружање правне заштите одређене садржине и то његово тражење, садржано у тужби, представља његов *тужбени захтев*.

¹⁶ У економском моделу који се даље развија, претпоставка је да су тужилац и тужени *неутрални на ризик*. Такође, једна од базичних претпоставки јесте да су парничне странке *рационални доносиоци одлука*.

Примера ради, претпоставимо да је оштећено лице поднело тужбу за накнаду штете. Након подизања тужбе, оштећеном лицу отвара се простор за склапање поравнања са другом страном. Претпоставимо да је вероватноћа склапања поравнања 70%. У случају да преговарање уроди плодом, он ће се поравнати са другом страном у износу од 40 динара, али ће морати да плати трошкове преговарања у износу од 10 динара. Вероватноћа неуспеха преговарања и склапања поравнања, у овом примеру, износи 30%. Ако би којим случајем дошло до неуспеха у преговорима, оштећено лице би наставило са предузимањем парничних радњи у парничном поступку. Претпоставимо да очекивана вредност од суђења у првом степену (очекивани добитак од пресуде) износи 20 динара. Уколико би ови бројеви¹⁷ били математички изражени, добили бисмо очекивану вредност од преговора и поравнања (ОВП):

$$ОВП = 70\%(40 - 10) + 30\%(20) = 21 + 6 = 27$$

Први део једначине (70%(40 - 10)) представља исход (очекивани добитак) у случају да се преговарање успешно оконча, а други део једначине (30%(20)) исход (очекивани добитак) у случају да се преговори окончају неуспехом (тада тужилац очекује добитак по основу пресуде).¹⁸ У овом примеру, очекивана вредност од преговора и поравнања износи 27; она је позитивна величина и то значи да би рационални тужилац, у овој фази поступка, склопио поравнање.

Сада се намеће потреба за израчунавањем очекиване вредности од тужбеног захтева (ОВТ). Претпоставимо да је тужба поднета и да је тужилац платио на име трошкова подизања тужбе 10 динара. Странке се могу поравнати и након подизања тужбе. С тим у вези, задржимо претпоставке из првог примера: вероватноћа склапања поравнања износи 70%; у случају да преговарање уроди плодом, он ће се поравнати са другом страном у износу од 40 динара, али ће морати да плати трошкове преговарања у износу од 10 динара; последично, вероватноћа неуспеха преговарања и склапања поравнања износи 30%. Но, променимо претпоставку из првог примера када је тужилац након неуспеха у преговорима са другом страном *отишао на суђење*, и *пођимо од тога да он сада наставља да преговара са другом страном (наставља да размењује информације)*, након првог неуспеха у преговорима. Трошак те

¹⁷ Бројеви су произвољно узети, како би се разумео начин израчунавања очекиване вредности од поравнања.

¹⁸ Очекивана вредност укључује све исходе, јер се не зна са сигурношћу који ће исход превагнути.

размене информација са другом страном износи *три динара*. Очекивану вредност од преговарања и поравнања (*ОВП*) смо израчунали, и она износи 27. На основу ових бројева, може се израчунати *очекивана вредност од тужбеног захтева (ОВТ)*:

$$ОВТ = 70\%(40 - 10) + 30\%(27 - 3) = 21 + 7,2 = 28,2$$

Очекивана вредност од тужбеног захтева (*ОВТ*) у овом примеру износи 28,2. Будући да трошак подизања тужбе износи 10 динара, очекивани *нето добитак од подизања тужбе* износи 18,2 (28,2 - 10). Видимо да је очекивани *нето добитак од подизања тужбе* позитивна величина (18,2), што значи да ће *рационални тужилац подићи тужбу*.

Примером је илустрована ситуација у којој ће рационални тужилац подићи тужбу. Да поновимо: тужилац ће подићи тужбу *ако је очекивана вредност од тужбе већа или једнака од трошкова подизања тужбе ($ОВТ \geq ТТ$)*. На сличан начин може се израчунати и *очекивана вредност од суђења у првом степену ($ОВС_1$)*¹⁹ и *очекивана вредност од суђења у другом степену ($ОВС_2$)*, под условом да жалба буде поднета.

На пример, претпоставимо да оштећено лице мора да плати 40 динара на име парничних трошкова на суђењу. Затим, претпоставимо да је вероватноћа да добије парницу 50%, у ком случају би остварио накнаду штете у износу од 200 динара (50% је вероватноћа да не оствари овај износ, односно да не добије ништа). На основу ових (произвољно узетих) бројева, може се израчунати *очекивана вредност од суђења у првом степену ($ОВС_1$)*:

$$ОВС_1 = 50\%(200) + 50\%(0) - 40 = 60$$

У овом примеру, очекивана вредност од суђења у првом степену јесте позитивна величина (60), што значи да би рационални тужилац *отишао на суђење*.

Затим, претпоставимо да је тужилац изгубио у парници, али да је и даље незадовољан, те подноси жалбу вишој судској инстанци. Трошак подношења жалбе износи 40 динара. Но, вероватноћа да добије преиначену пресуду у његову корист износи само 10%, а вероватноћа супротног исхода

¹⁹ Акценат је на *поравнању после утужења*, као једном од могућих исхода у парничном поступку, и *суђењу, у смислу његовог трајања и окончања судском пресудом*, која (*пресуда*) би представљала други могући исход у парничном поступку. Сваки исход доноси одређену новчану исплату тужиоцу, на чему и базира своју процену приликом подизања тужбе.

(да пресуда по жалби буде потврђена) износи 90%. Претпоставимо да износ накнаде штете износи 200 динара. Опет на основу ових произвољних бројева, може се израчунати очекивана вредност од суђења у другом степену (OVC_2):

$$OVC_2 = 10\%(200) + 90\%(0) - 40 = -20$$

У овом случају, очекивана вредност од суђења у другом степену (по жалби) јесте негативна величина (-20), што значи да рационални тужилац не би поднео жалбу вишој судској инстанци.

Уочава се да очекивана вредност од суђења (пресуде) представља елемент очекиване вредности од тужбеног захтева, као што и очекивана вредност од поравнања представља елемент очекиване вредности од тужбеног захтева. Ово је последица онога што је речено – тужилац подиже тужбу очекујући добитак (исплату) или од поравнања или од судске пресуде, као коначним исходима парничног поступка.

Може се поставити питање у вези са улогом починиоца штете (туженог) у претходној економској анализи. Другим речима, питање је како ће се тужени понашати у економском моделу развијеном на горе наведним претпоставкама. Одговор је да би рационални тужени требало да минимизира очекивани губитак који настаје на темељу његове одговорности за накнаду штете. Стога ће се тужени понашати на рационалан начин као и тужилац – тужилац ће максимизовати очекивани добитак, а тужени ће минимизовати очекивани губитак (очекивани трошак одговорности).

5. Фактори који утичу на покретање парничног поступка и вођење парнице

Осим основног услова за покретање парничног поступка, постоје и фактори који детерминишу одлуку о избору између суђења и поравнања.

Битно је истаћи да је подизање тужбе, самим тим и покретање поступка, вероватније у следећим случајевима:

- 1) ако је већа вероватноћа да тужилац добије парницу;
- 2) уколико је већа очекивана новчана накнада (под условом да тужилац добије парницу);
- 3) ако су трошкови поступка нижи (укључујући и хонораре адвоката);
- 4) ако тужилац нема аверзију према ризику, односно тужени има аверзију према ризику;

5) и ако се повећа стопа штетних догађаја који узрокују штету тужиоцу.²⁰

Рецимо, ако се очекује већа новчана накнада на основу пресуде, *већа је очекивана вредност од суђења у првом степену (ОВС₁)*, што даље за последицу има *повећање очекиване вредности од тужбеног захтева (ОВТЗ)*. Објашњење ове последње узрочно-последичне везе лежи у томе што очекивана вредност од суђења представља елеменат очекиване вредности од тужбеног захтева. Но, поставља се питање: која ће бити крајња последица повећања новчане накнаде? Под претпоставком да сви или већина потенцијалних тужилаца у једном правном систему очекује већу новчану накнаду на основу пресуда, доћи ће до повећања броја подигнутих тужби.

Нужно се намеће и питање *превенције будућих штета*, ако би дошло до повећања досуђених одштета. У том случају, потенцијални починиоци штете (потенцијални тужени) биће подстакнути да предузму *већи ниво пажње*. Но, предузимањем већег нивоа пажње, потенцијални тужени дају мање повода за настанак штетних догађаја и штета и тиме индиректно утичу на *смањење броја подигнутих тужби*.

Тиме се долази до налаза да од висине очекиване одштете зависи број подигнутих тужби – повећање одштете доводи до повећања броја тужби. Но, ова узрочно-последична веза делује до одређене *тачке* повећања одштете, када почиње да се смањује број подигнутих тужби, пошто ће потенцијални тужени предузимати додатне мере превенције како би избегли плаћање високих одштета.

Речју, *почетно повећање одштете доводи до повећања броја тужби, да би касније (са даљим повећањем одштете) дошло до смањења броја тужби, због повећане превенције потенцијалних починилаца штете (тужених)*.

6. Фактори који утичу на склапање поравнања

Странке могу имати подстицај да спор реше *поравнањем на основу директних преговора*.²¹ Фактор који утиче на то јесте ***перцепција (или процена) вероватноће победе на суђењу од стране тужиоца***. Ако странке имају *исту перцепцију вероватноће да ће тужилац победити на суђењу*, увек постоји могућност да спор реше преговарањем и поравнањем. Обе стране договором могу бити у бољој позицији (тзв.

²⁰ Вид. Steven Shavell, *Temelji ekonomske analize prava*, Mate, Zagreb, 2009, стр. 388.

²¹ У овој анализи занемарујемо *трошкове преговарања*, који могу бити веома значајни. У сваком случају, прихватамо тезу да су трошкови преговарања *нижи* од парничних трошкова.

Парето побољшање)²². Колики је опсег за постизање Парето побољшања зависи од висине парничних трошкова.

Примера ради, укупан износ накнаде штете износи *10.000 динара*. Тужiocева вероватноћа да ће добити на суђењу износи *80%*, а парнични трошкови које ће сносити износе *3.000 динара*.²³ У нето износу, тужiocев очекивани добитак од суђења био би: $(80\% \times 10.000) - 3.000 = 5.000$ динара. С друге стране, туженикова вероватноћа да ће тужилац однети победу на суђењу јесте *80%* (странке имају исту перцепцију вероватноће да ће тужилац победити), док парнични трошкови туженог износе *3.000 динара*. У нето износу, тужеников очекивани губитак од суђења био би: $(80\% \times 10.000 \text{ динара}) + 3.000 \text{ динара} = 11.000$ динара. Према томе, опсег за постизање договора, након покретања поступка, износи: $11.000 \text{ динара} - 5.000 \text{ динара} = 6.000$ динара. Овај износ идентичан је збиру парничних трошкова туженог и тужiocа ($3.000 \text{ динара} + 3.000 \text{ динара} = 6.000$ динара). Тиме се показује да опсег за постизање Парето побољшања зависи од висине парничних трошкова.

Но, у пракси странке често немају исту перцепцију или процену вероватноће да ће тужилац победити на суђењу, јер она зависи, првенствено, од информација на које се ослањају. Тужени (починилац штете) ће имати супериорније знање у односу на тужiocа о свом понашању које је узроковало штету, услед чега ће сопствену одговорност за накнаду штете процењивати другачије, тј. са другачијом вероватноћом, у односу на тужiocеву процену те вероватноће. На пример, лице које је због високе брзине којом је управљало аутомобилом, али и разговора мобилним телефоном у току вожње, изазвало саобраћајну несрећу у којој је повређен пешак, очито располаже бољим информацијама у погледу узрока штете и потенцијалне одговорности у односу на оштећеног. *Следи да различите информације тужiocа и туженог условљавају различиту процену вероватноће победе тужiocа на суђењу.*

Узимајући у обзир различитост у перцепцији или процени вероватноће победе тужiocа на суђењу, због различитих информација на које се странке ослањају, следи да склапање поравнања (или одлазак на суђење)

²² *Парето оптимум* постоји ако никоме не може бити боље, а да другоме не буде горе. Стање у коме је могуће извршити алоцирање ресурса тако да се побољша нечији положај, а да се при том не погорша ничији положај, назива се *Парето побољшање*. Вид. Vilfredo Pareto, *Manuel d'économie politique*, Paris, 1906.

²³ У овом примеру, претпоставка је да свака страна сноси своје трошкове. Ради се о тзв. *америчком правилу о сношењу трошкова*. Насупрот овом правилу, постоји тзв. *енглеско правило о сношењу трошкова*, по коме страна која изгуби у парници сноси све трошкове. У нашој земљи примењује се енглеско правило.

зависи од тога да ли је тужилац *оптимистичан* или *песимистичан* у погледу вероватноће да ће победити на суђењу у односу на туженикову перцепцију да ће тужилац победити. Самим тим, уколико је тужилац *песимистичан* у погледу победе у односу на тужениково веровање у победу тужиоца, постоји већа вероватноћа да ће доћи до договора и склапања поравнања. У питању је тзв. *релативни песимизам* (или *оптимизам*), јер се веровање тужиоца да ће победити на суђењу увек вреднује према веровању туженог. Тиме се долази до првог налаза економске анализе у погледу фактора који утичу на склапање поравнања: *што је песимизам тужиоца већи, већа је вероватноћа да ће доћи до договора и поравнања.*

Затим, и **детерминанта ризика** може утицати на вероватноћу решавања спора поравнањем или судском пресудом. Рецимо, ако тужилац има *одбојност ка ризику*, он ће, по дефиницији, вредност суђења процењивати ниже него да нема одбојности према ризику. Другим речима, тужилац ће од вредности очекиваног добитка на суђењу одузети вредност „премије ризика“, како би урачунао одбојност према неизвесности судског исхода, те ће вредност суђења бити нижа него што би била да нема те одбојности. На пример, очекивани добитак на суђењу износи *1.000 динара*. Пошто тужилац има одбојност према ризику, чија премија износи, рецимо, *200 динара*, његов очекивани добитак ће бити нижи – *800 динара*. То ће утицати на слабљење подстицаја на покретање парничног поступка. Други ефекат тужиочева одбојности према ризику јесте појачање подстицаја да се спор реши мирним путем.

Други налаз економске анализе фактора који утичу на склапање поравнања гласи: *одбојност према ризику тужиоца слаби подстицаје за покретање поступка и јача подстицаје за склапање поравнања.*

Конечно, да ли ће заиста доћи до поравнања зависи и од **стратегијског понашања** страна у току преговора око склапања поравнања. Другим речима, оне могу заузети стратегијску позицију у преговорима како би себи осигурале већу корист. Такво понашање може условити прекид преговора и наставак парничног поступка. Рецимо, постоји простор за склапање поравнања, јер је тужилац спреман да склопи поравнање у износу *не мањем од 10.000 динара*, а тужени у износу *не већем од 12.000 динара*. Разумно би било да склопе поравнање у износу од **11.000 динара**, тј. да поделе тзв. *кооперативни вишак од 2.000 динара (12.000 минус 10.000 динара) на једнаке делове*. Но, тужилац и тужени могу заузети *стратегијску позицију приликом деобе овог вишка*. Рецимо, претпоставимо да једна страна познаје граничну линију (спремност) за склапање поравнања друге стране и обратно. У том случају, у екстремном виду, стратегијске позиције би се огледале у томе да

тужилац захтева *11.999 динара*, а тужени *10.001 динар*. јасно је како ће се завршити преговори ако стране остану на овим (екстремним) позицијама.

Трећи налаз економске анализе фактора који утичу на склапање поравнања гласи да *стратегичко понашање странака у преговорима смањује вероватноћу склапања поравнања*.

Но, у претходном примеру, и тужилац и тужени имали су *исту* перцепцију или процену вероватноће тужиоцеве победе на суђењу. Но, шта ако је та перцепција или процена *различита*? У сврху испитивања овог питања развијен је тзв. *модел различитих перцепција или модел оптимизма*.

7. Модел оптимизма

*Модел различитих перцепција*²⁴ или *модел оптимизма* развијен је превасходно ради проучавања и објашњења подстицаја за вођење парнице или склапање поравнања. Овај модел зове се и модел оптимизма, јер, као што је речено, од оптимизма или песимизма тужиоца зависи избор између одласка на суђење или склапања поравнања. Полазна претпоставка јесте да је парнични поступак већ покренут тужбом, тако да се ради о покушају поравнања након утужења.

У циљу објашњења овог модела, полази се од другачије претпоставке у горе наведеном примеру – странке имају *различиту* перцепцију или процену вероватноће тужиоцеве победе на суђењу. При том, задржава се иста претпоставка као је реч о тужиоцу – он верује да ће победити на суђењу са вероватноћом од *80%* и речено је да његов очекивани нето добитак од суђења износи *5.000 динара*. Сада се мења претпоставка када је реч о туженом – он верује да ће тужилац победити на суђењу са вероватноћом од *50%*. Тужеников очекивани нето губитак од суђења износи: $50\% \times 10.000 \text{ динара} + 3.000 \text{ динара} = 8.000 \text{ динара}$.²⁵ Према томе, минимални износ који би тужилац прихватио у преговорима око поравнања износи *5.000 динара*, док максимални износ који би тужени прихватио у преговорима око поравнања износи *8.000 динара*. Свака сума *испод 5.000 динара* у преговорима не би била прихватљива за тужиоца, јер очекује да ће добити на суђењу *минимум 5.000 динара*. Свака сума *изнад 8.000 динара* у преговорима не би била прихватљива за туженог, јер очекује да ће платити на суђењу *максимум 8.000 динара*. *Ако је минимално прихватљив износ тужиоца нижи од максимално прихватљивог износа туженог,*

²⁴ Вид. Robert D. Cooter, Daniel L. Rubinfeld, *An Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution*, Journal of Economic Literature, Vol. 27, No. 3, 1989, стр. 1067–1097.

²⁵ Задржана је иста претпоставка у погледу износа парничних трошкова.

постоји могућност да обе стране склопе поравнање. Било који износ између 5.000 динара и 8.000 динара био би прихватљив за обе стране у преговорима око поравнања.

Но, шта ће се дести ако се вероватноћа од 50% спусти на 15%? Тужеников очекивани нето губитак од суђења сада износи: $(15\% \times 10.000 \text{ динара}) + 3.000 \text{ динара} = 4.500 \text{ динара}$. У овом случају, минимално прихватљив износ тужиоца (5.000 динара) виши је од максимално прихватљивог износа туженог (4.500 динара). Простор за склапање поравнања у преговорима, под оваквом претпоставком, више не постоји.

Из овог произилази следећи закључак: простор за поравнање постоји све док страначка перцепција или процена вероватноће судског исхода није у великом раскораку. Другим речима, простор за поравнање постоји све док тужиоцев очекивани добитак од суђења (8.000 динара) не прелази тужеников очекивани губитак од суђења (5.000 динара) за износ који је већи од збира њихових парничних трошкова (6.000 динара). У овом примеру, то се може исказати на следећи начин: $8.000 \text{ динара} - 5.000 \text{ динара} \leq 6.000 \text{ динара}$.

Према томе, налаз који даје модел оптимизма гласи: битне детерминанте склапања поравнања јесу страначка перцепција или процена вероватноће судског исхода и износ парничних трошкова. С тим у вези је и трећи фактор – очекивана новчана накнада. Што је већа очекивана новчана накнада, логично је да ће и вероватноћа одласка на суђење, тј. вероватноћа наставка поступка, бити већа.

Но, модел оптимизма није пружио објашњење у погледу извора различитих перцепција. Питање је зашто странке имају различиту перцепцију или процену судског исхода? Одговор на ово питање пружа другачији модел, тзв. модел асиметричних информација.

8. Модел асиметричних информација

Претпоставимо да је дошло до саобраћајне несреће између два возача аутомобила (А и Б), при чему је возач Б претрпео озбиљне повреде. Претпоставка јесте да возач Б покреће парнични поступак подизањем тужбе за накнаду штете. Такође, полази се од тога да возач Б не зна ништа о нивоу пажње возача А. Пошто нема релевантну информацију о нивоу пажње, возач Б (нетачно) процењује да је возач А био пажљив испод (разумног) стандарда пажње, у датој саобраћајној несрећи. Полазећи од такве погрешне процене, возач Б верује у позитиван судски исход, будући да ће тужени (возач А) бити проглашен одговорним због непажње. Овај пример

очито показује да је тужилац *релативно оптимистичан* у погледу судског исхода у односу на туженикову процену тог исхода. Међутим, проблем је у томе што је тужиочев оптимизам базиран на *нетачној информацији*, будући он не зна ништа о нивоу пажње туженог. Овакав *нереални оптимизам тужиоца* вероватно ће условити покретање парничног поступка и вођење парнице до доношења судске одлуке.

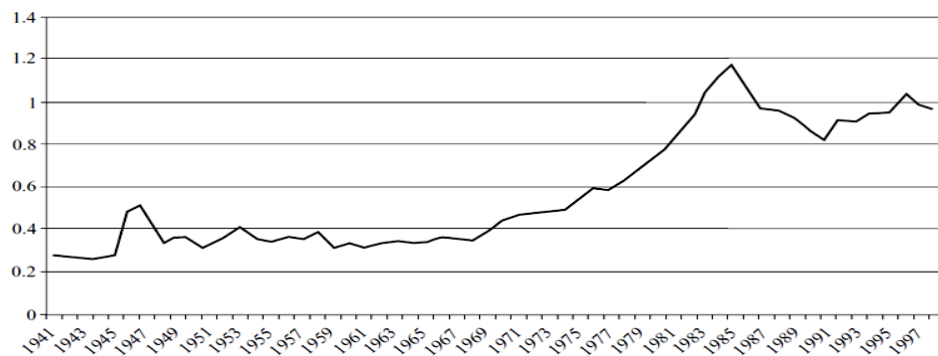
Из овог примера, а који у великој мери описује једну реалну животну ситуацију, увиђа се да једна страна поседује одређену *приватну информацију*. Другим речима, тужени зна колико је *заиста* био пажљив у незгоди, док тужилац нема информацију о томе. Но, с друге стране, приватну информацију може поседовати и *тужилац*. Рецимо, тужилац зна колики је заиста *степен његове кривице* (процентуално изражено) у настанку штетног догађаја, или зна да је и он *допринео* настанку штетног догађаја услед чега би тужени био ослобођен одговорности или би одговорност била умањена.

На пример, дошло је до саобраћајне несреће *непажњом возача А и Б*, у којој је један од њих (рецимо, возач А) претрпео озбиљне телесне повреде. Возач А је разговарао мобилним телефоном, док је возач Б прекорачио дозвољено ограничење брзине. Возач А (тужилац) подноси тужбу за накнаду штете и захтева да му суд досуди пуну накнаду штете. Но, тужилац поседује важну *приватну информацију* која би могла променити исход судског поступка. Једино тужилац зна да је разговарао мобилним телефоном, што значи да је и он *допринео* настанку штете, а не само друга страна (тужени, возач Б). Ако би се учестало доносиле пресуде без узимања у обзир ове приватне информације, потенцијални тужиоци би у већој мери покретали поступке (јер би знали да се њихов допринос настанку штете не би разматрао). С друге стране, потенцијални тужени добили би прејакe подстицаје у погледу превенције, јер би сва одговорност за настанак штете пала на њих, иако су, објективно гледано, они само делимично одговорни.

Примери поједностављено показују колико *приватне информације потенцијалних тужилаца или тужених* имају важну улогу у погледу подстицаја за покретање поступка или склапање поравнања. Различити економски модели асиметричних информација управо узимају у обзир приватне информације тужилаца или тужених. Но, и у току самих преговора, информације са којима стране које преговарају располажу, имају пресудну улогу на исход преговора. Закључак гласи да су *информације важне!*

9. Статистички подаци о броју покренутих поступака и склопљених поравнања у САД-у

Американци сnose парничне трошкове по глави становника знатно више него држављани других земаља у свету. Број парничних поступака покренутих пред америчким обласним судовима, по глави становника, нагло се повећао, нарочито током 1970-их и раних 1980-их година. Графикон бр. 1 потврђује ове наводе.²⁶



Графикон 1. Кретање броја парница пред америчким судовима од 1941. до 1997. године

Податак да су друштвени трошкови парнице, који обухватају и трошкове подизања тужби, доста високи, потврђује и чињеница да правне услуге, генерално гледано, чине 1% америчке радне снаге, и 1,3% бруто домаћег производа.²⁷

Тренд повећаног парничења и парничних трошкова у Америци довео је до повећане тражње за правним услугама и особама које их пружају – адвокатима. Мада се са великом сигурношћу може рећи да постоји и повратни ефекат – повећање броја адвоката условило је повећање броја парница и парничних трошкова.²⁸ У САД-у постоји више од 800.000 адвоката, што се може сматрати (пре)великим бројем, са аспекта максимизације друштвеног благостања.²⁹

²⁶ Графикон преузет из: Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California, 2004, стр. 243.

²⁷ Вид. *Statistical Abstract of the United States, 2001*, Economics and Statistics Administration, U.S. Census Bureau, D.C.: U.S. Department of Commerce, table 596, 641, стр. 384 и стр. 418.

²⁸ Вид. Т. Ј. Miceli, *op. cit.*, стр. 243, фуснота бр. 2.

²⁹ Вид. R. A. Posner, *op. cit.*, стр. 647.

Изнети статистички подаци указују на *повећање броја покренутих парничних поступака у САД-у*. Реч је само о покренутих поступцима, а не и о *окончаним поступцима* правноснажном пресудом. Други подаци показују да се многи спорови у Америци решавају склапањем поравнања пре подизања тужбе, или у неком алтернативном поступку, као што је арбитража.³⁰ Затим, на слици бр. 1 може се уочити и супротна тенденција – *пад броја парничних поступака у периоду од 1988. до 1997. године*. У том периоду, и то сваке године засебно, мање од 5% свих спорова који су изнети на решавање пред судом, заиста је и довео до суђења.³¹ Управо ови подаци сугеришу да је дошло до *повећања броја склопљених поравнања* у том периоду.

10. Закључак

Закључак економске анализе парнице и преговарања гласи да бројни фактори утичу на то да ли ће се стране у спору одредити за једну или другу опцију. Перцепција (или процена) вероватноће победе на суђењу, однос према ризику и стратегијско понашање, издвајају се по својој важности. Но, не мање важан фактор јесу и различите информације са којима стране располажу, рецимо у погледу процене судског исхода или информације које имају у преговорима око склапања поравнања. С друге стране, статистички подаци показују тренд повећаног парничења у Америци, који је условљен овим и другим факторима. Јасно је да се на нормативном плану, ради смањења подстицаја за парничење, мора деловати управо на истакнуте факторе. Политика промоције поравнања треба да делује тако да стране у спору не виде парницу као пожељнију опцију у односу на преговарање. Но, добро је познато да стране у спору нису увек и нужно рационалне (не реагују увек рационално на подстицаје), због чега се намеће став да је њима потребна помоћ трећег лица, у виду медијатора или арбитра. Управо на АДР поступцима треба базирати политику промоције поравнања. Од тога корист могу имати и суд (због растеређења предмета) и стране у спору (спор се решава мирним путем уз значајне уштеде ресурса) и држава, односно порески обвезници чијим се новцем финансира скуп судски апарат. Иако и АДР методи, нарочито арбитража, генеришу одређене (некад и значајне) трансакционе трошкове, очито је њихово преимућство у односу на судски (парнични) поступак. Из тог разлога, ако непосредно преговарање не уроди плодом, а економски модели управо указују на бројне препреке ефикасном решењу спора у

³⁰ Вид. S. Shavell, *op. cit.*, стр. 388.

³¹ Вероватно је један број грађанскоправних спорова окончан повлачењем тужбе. Вид. T. J. Miceli, *op. cit.*, стр. 244.

преговорима, онда се као друго најбоље решење намеће, пре свега, *медијација*. Медијатор је стручно лице које може, посебним техникама посредовања, да омогући ефикасну размену информација између страна у спору. Но, питање је зашто медијација није довољно искоришћена као инструмент промоције поравнања у многим правним системима, тако и у нашем. Ово, али и друга повезана питања, као што је, рецимо, питање зашто стране у спору не виде избор медијације као приоритетнији у односу на парницу, остају отворена за нека друга истраживања.

Литература

Cooter, D. R., Rubinfeld, L. D., An Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution, *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, No. 3, 1989.

Cooter, R., Ulen, T., *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999, third edition.

Miceli, J. T., *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California, 2004.

Pareto, V., *Manuel d'économie politique*, Paris, 1906.

Posner, A. R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998.

Shavell, S., *Temelji ekonomske analize prava*, Mate, Zagreb, 2009.

Statistical Abstract of the United States, 2001, Economics and Statistics Administration, U.S. Census Bureau, D.C.: U.S. Department of Commerce.

Резиме

У овом раду аутори анализирају факторе који утичу на избор између подизања тужбе и покретања парничног поступка, или његовог наставка, ако је поступак већ покренут, с једне стране, и преговарања и потенцијалног склапања поравнања, с друге стране. Циљ овог рада јесте испитати подстицаје којима су стране у спору изложене у погледу склапања поравнања или одласка на суђење (након утужења), под претпоставком важења различитих правила о одговорности за накнаду штете. У ту сврху приказани су кључни налази познатих економских модела у којима се испитује, под одређеним рестриктивним претпоставкама (као што је претпоставка страначке неутралности према ризику или претпоставка њихове рационаности), понашање странака у случају избора између парнице и преговарања. Кључни налази јесу да избор између парнице

(пресуде као исхода) или преговарања (поравнања као исхода) зависи од страначке перцепције или процене вероватноће победе на суђењу, односа странака према ризику (постојања или непостојања аверзије према ризику) и стратегијског понашања странака у току преговора око склапања поравнања. Осим тога, у раду је посебно истакнут значај информација са којима стране у спору располажу, те је у ту сврху приказан посебан модел асиметричних информација. На крају, полазећи од ових налаза, аутори указују на то да је, на нормативном плану, промоција политике поравнања и мирних метода решавања спорова, а пре свега медијације, од кључног значаја за остварење свих користи које ови методи генеришу, а пре свега, ради значајне уштеде ресурса и постизања алокативне ефикасности.

Др Милош Прица¹,
Доцент Правног факултета
Универзитета у Нишу

UDK: 34.01:347.234(497.11)
342.22
351.712.5

ЈЕДИНСТВО ПРАВНОГ ПОРЕТКА КАО УСТАВНИ ПРИНЦИП И ЗАКОНСКО УРЕЂИВАЊЕ ЕКСПРОПРИЈАЦИЈЕ²

Апстракт: У чланку се разматра домашај примене јединства правног поретка као уставног принципа наспрам законског уређивања експропријације. Полазећи од јуриспруденције Уставног суда Републике Србије о садржини принципа јединства правног поретка, у чланку смо изложили однос између Закона о експропријацији - као системског закона у овој области правног поретка - и Закона о утврђивању јавног интереса и посебним поступцима експропријације и издавања грађевинске дозволе ради реализације пројекта „Београд на води“, као закона који у односу на поменути системски закон стоји у односу посебног према општем закону. У следству правнонаучне анализе примене јединства правног поретка као уставног принципа, наше је настојање било да у чланку одговоримо на питање уставности и законитости експропријације која се проводи ради реализације пројекта „Београд на води“.

Кључне речи: јединство правног поретка као уставни принцип, системски закон, општи закон, посебан закон, општи закон о експропријацији, посебан закон о експропријацији, пројекат „Београд на води“.

1. Јединство правног поретка као уставни принцип.

Системски, општи и посебни закони

Јединство правног поретка је уставни принцип чијом се применом на видело изводи разлика између правног поретка и правног система. Научно посматрано, правни поредак садржи саставне градивне ентитете,

¹ pricamilos@prafak.ni.ac.rs

² Овај чланак представља резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2020. година.

без којих је незамислива продорност правнонаучне анализе стварања и конкретизације права. Наше мишљење је да правни поредак има следећу структуру: **а) Основни (градивни) ентитети правног поретка:** 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект (предмет); 5) правни акт, 6) државна радња, 7) правна радња, 8) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају једнак (конститутивни) значај, па би било посве погрешно поменуте елементе смештати у хијерархијску табелу јер би то било исто као када би се у смислу људскога организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку, онд. крвотока у односу на нервни систем и сл.; **б) Материја правног уређивања:** правна добра и правни интереси; **в) Правотворачки извори:** разумска интерпретација правних норми и правних принципа, политичка оцена целисходности, слободна воља и управна оцена целисходности; **г) Облици правног уређивања:** **непосредни динамички:** општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, **непосредни статички:** правни принципи, правне норме и правни стандарди и **виши (правнонаучни) статички:** правне ствари, правне ситуације и правни институти.³

Владавина права (правна држава у материјалном смислу) је у поретку правне државе укотвљена између: општих и приватних интереса, јавности и приватности, интервенционизма државне власти и грађанског друштва, институционалног поретка јавне власти и институционалног поретка просторне заједнице, с циљем успостављања равнотеже између различитих правних добара, правних интереса и циљева правног поретка. У том смислу, владавина права је оваплоћење јавног интереса као статичког израза општег добра⁴, при чему је остваривање владавине права у правном поретку - осим развијеним писаним правом - по природи ствари условљено потребом постизања високог степена развијености јавности и врлине у правном поретку.

Суштина је у томе да образовање и функционисање правног поретка у назначеном смислу обезбеди минимум јавног интереса као статичког

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; М. Прица, *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Ниш, 2016, стр. 20-82.

⁴ Наше је мишљење да општи интереси представљају динамичке изразе општег добра, док под приватним интересима подразумевамо динамичке изразе индивидуалних правних добара грађана као имаоника слободе и субјеката правног поретка. Јавни интерес представља регулативну детерминанту правног и јавног поретка и статички израз општег добра. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, *op. cit.* 211-229; 269-280.

израза општег добра, док се владавина права под окриљем правног поретка распостире развијањем: писаног права, јавности као правосуђа просторне заједнице и врлине (судија, тужилаца, политичких делатника, државних службеника, субјеката институционалног поретка просторне заједнице и др.). Стога би било важно двојити правни поредак као отелотворење правне државе у формалном смислу од владавине права као израза моралног и духовног напредовања једне правно-политичке заједнице. За постојање правног поретка у наведеном значењу, пресудну важност имају правни принципи као зрачећи телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови, при чему се под окриљем правног поретка развијају различити системи правних норми као регулативних правних ставова. Умајући све ово у виду, развијеност једног правног поретка условљена је образовањем тзв. унутрашњег правног система, до чега долази на тачкама сусретања супротстављених ентитета и система под окриљем правног поретка. Унутрашњи правни систем се поглавито развија у јудикатури, као један правнонаучни систем изражен правним ставовима и правним схватањима са зрачећим дејством на правну свест у правном поретку.⁵ Унутрашњи правни систем је тоталитет правних ставова, правних схватања и правних појмова усвојених у (духовним) областима правног поретка. У каквој су вези правни поредак и унутрашњи правни систем, то зависи од природе и домашаја непосредног присуства правне науке у процесу стварања и конкретизације права. Смисао је у томе да једино унутрашњи правни систем – као плод непосредно заступљене правнонаучне делатности у правном поретку – може обезбедити висок степен развијености писаног права и постојану правну свест, следствено

⁵Развој европских континенталних правних поредака у периоду након Француске револуције обележава настојање да се развије јуриспруденција, што је у ствари израз потребе да стварање и примену права обогати правно мишљење, да би се изнад појединачног разумело опште одн. да би се иза појединости откриле целине. Те целине заправо су правни појмови. Непосредна заступљеност правног мишљења у процесу стварања и конкретизације права је темељ на којем и теоријска јуриспруденција подиже своју појмовну зграду. Правно мишљење не мора у знатној мери бити непосредно заступљено у регулативном правном поретку, може унутардржавно право функционисати као ток стварања и примене општих правних норми, али поставка о значају правног мишљења у процесу правног уређивања је огледало постојаности права, па самим тим и његове развијености. То што данас говоримо о немачком и француском праву као „зрачећим континенталним правним поретцима”, мањим делом разлог је у непосредном утицају материјалног и процесног права на друге правне поретке, а много је више разлог томе снага немачке и француске јуриспруденције, особито оне настале у јудикатури судова, што је јасан показатељ значаја правне свести и појмовне сфере права.

чему се унутрашњи правни систем етаблира као чврсто језгро владавине права и правног поретка.⁶

Веома је важно имати у виду да се функционисање правног поретка не може зајазити пирамидалним током стварања и примене општих правних норми као „формалних извора права”, имајући у виду да принцип законитости у материјалном смислу не важи у свим областима правног поретка. Материјално право ствара се и ван институционалног поретка јавне власти, као делатност која не представља конкретизацију законских норми као регулативних правних ставова – у подручју слободне воље и приватног интереса у апсолутном смислу. С друге стране, институционални поредак државне власти је нужно шири у односу на материјално (законско) право, имајући у виду политичку делатност државних органа која може да буде и изнад закона (нпр. закључивање међународних уговора). Но, важно је указати да се код оба двоје поменутих случајева не премашују координате правног поретка и то је смисао његовог постојања. Сагласно предоченом, принцип законитости се у областима правног поретка испољава у различитим видовима, од законитости у ужем смислу (придржај законских норми као регулативних правних ставова), преко забране противзаконитог дејства код правних послова грађанског права, до политичке оцене целисходности највиших државних органа која може да буде и изнад закона. При томе, у свим областима правног поретка важе правни принципи као основни телеолошки правни ставови и опште правне норме као системски правни ставови. Уосталом, устав као основни закон једне правно-политичке заједнице превасходно садржи основне телеолошке и основне системске правне ставове, као што у свакој области правног поретка важи системски (основни) закон који нормира основне телеолошке, системске и регулативне правне ставове – важеће у дотичној области правног поретка.⁷

⁶ М. Прица, М. Прица, *Правни принципи у поретку правне државе: каноли правног поретка и унутрашњег правног система*, *op. cit.* 135-180.

⁷ Постоји неколико значења правнога система, под окриљем правног поретка или у чистој правнонаучној равни. Прво, најјачи израз правног система под окриљем правног поретка јесте уставноправни систем: утемељен на уставу у формалном смислу и уставности чија се садржина обликује и развија ауторитетом систематско-телеолошке интерпретације Уставног суда. Друго, правни систем у непосредном облику почива на правним правилима као довршеном и прецизираном правном бићу и његов израз су правни институти као системи правних ситуација. Треће, правни систем је друго име за унутрашњи правни систем правних ставова, правних схватања и правних појмова усвојених и општеприхваћених у процесу стварања и конкретизације права – у судској јуриспруденцији и правној свести субјеката правног поретка. Напоследку, израз правнога система свакако јесу различити системи законског права који се успостављају у различитим областима правнога поретка (грађанско законодавство, кривично

Јединство правног поретка је уставни принцип установљен у следству испитивања међусобног односа између закона као најважнијих формалних извора права у истој или различитим областима правног поретка. Јер, принцип законитости у материјалном смислу нема једнак домаћај у свим областима правног поретка. У том смислу, типичан грађанскоправни уговор не представља конкретизацију законских норми, следствено чему дотични уговор у материјалном смислу стоји ван закона, али својим дејством уговор не сме да повреди императивне законске норме, што је правило у корист очувања правног поретка. С друге стране, физичка делатност полиције наспрам очувања јавног реда и мира везана је законским нормама, али делатност у питању услед својих својстава не представља конкретизацију законских норми па се не би могло говорити о важењу законитости у материјалном смислу. Према томе, само када се језгро конкретизованог правног уређивања налази у законској норми и под условом да у погледу тог уређивања важи потпуна правна везаност, исправно је говорити о постојању законитости у материјалном смислу, при чему се у различитим областима правног поретка развијају различити системи законског права. Повезаност између система законског права остварује се у мери развијања уставности, једнакости пред законом и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Законско правно уређивање својство система получује захваљујући правним принципима као основним телеолошким правним ставовима, с

законодавство, управно процесно законодавство и др.), као системи укореењени на различитим правним принципима, што потврђује разликовање између системских, општих и посебних закона. У чистој правнонаучној равни, правна књижевност и правна свест јесу пребивалиште правног система као целине правних појмова заступљених на одређеном правном подручју. Тако гледано, правни систем је одредница којом се означава духовно прегнуће усредоточено на спознају и теоријско разумевање права, следствено чему се под правним системом у нареченом смислу подразумева тоталитет правних појмова заступљених у јуриспруденцији и правној свести подручја једне правно-политичке заједнице или шире – под окриљем породица више правних поредака који припадају истом тзв. великом правном систему. Уз то, правни системом би било исправно означавати постигнуће целовитог теоријског сагледавања права, као одговарајуће теоријске поставке систематизованих правних појмова једног правног мислиоца. Наша теоријска поставка, у том смислу, истиче значај правних облика, под којим подразумевамо: 1) правне ствари (законске, политичке, грађанске, управне и судске), 2) правне ситуације (генералне, специјалне и индивидуалне) и 3) правне институте (непосредне и више). Правнонаучни систем се открива и изграђује на темељу правних облика, као систем правних ситуација и правних института – њихових основних и посебних облика. М. Прица, *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. 104-113. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, *op. cit.* стр. 66-82.

тим да се однос између различитих система законског права непосредно успоставља путем систематско-телеолошког испитивања међусобног утицаја законских норми (регулативних и системских правних ставова) и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Системи законског права успостављају се у различитим областима правног поретка (грађанско законодавство, кривично законодавство, управно процесно законодавство и др.), као однос система укорењених на различитим правним принципима. При томе је нарочито важно имати у виду и међусобни однос између закона важећих у истој области правног поретка, из чега произлази постојање системских (основних) закона и посебних закона у истој области правног поретка. Управо различите категорије закона у истој области правног поретка – имајући у виду да се закони не могу стављати у хијерархијску табелу правне снаге – белодано сведоче неоснованост поимања правног система као система правних норми разврстаних према критеријуму њихове правне снаге.

У правном поретку савремене државе на снази је велика криза законског права и законодавства, у истој мери у којој постоји криза парламентарне представничке демократије. Услед покровитељства политичких странака над државом и снажно набујале страначке протекције, упитно је постојање закона као израза опште воље те и збиљска утемељеност закона у материјалном смислу. Петровић је с тим у вези изрекао знаковиту мисао: „...оне странке Запада које данас држе власт или имају изгледе да дођу на власт, због своје неолибералне оријентације (све су то странке „левог” и „десног” „центра”) не разликују се више у погледу схватања садржине општег добра, но ипак довољно у погледу средстава његовог остваривања, да би окупиле бирачке масе ...и могле да остваре битну функцију демократије у правној држави с дифузном влашћу – што већу циркулацију професионалних политичара уз истовремену непроменљивост главних носилаца индиректне власти.”⁸

Правно посматрано, развијање концепта тзв. интервенционистичке правне државе исходовао је значајне промене у погледу појма закона, његове природе и садржине законског правног уређивања. Прво, у поретку „либералне правне државе” (настаје крајем 18. и у свом изворном облику битише до Великога рата) подразумевало се постојање закона у материјалном смислу, док се данас у правном поретку јављају закони

⁸ М. Петровић, *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, друго исправљено издање, Ниш, 2010, стр. 292-293.

у формалном смислу, који у суштинском значењу не могу да буду израз опште воље и општег добра.⁹

Закон у материјалном смислу јесте правна норма или правни пропис, одређење онога „што по праву треба да буде за свакога”.¹⁰ „Општа и апстрактна правна одредба је закон у материјалном смислу. Индивидуална и конкретна правна одредба је закон у формалном смислу ако происходи од законодавног органа. С тачке материјалног становишта, она је, према околностима, управни или судски акт.”¹¹ Код појма закона у формалном смислу – закон је форма којом се у погон стављају конкретизоване заповести у посебним случајевима. Лабанд каже: „Државне радње јесу, тако, обично операције које могу да се састоје од читавога ланца појединих радњи. И тежиште не лежи на завршним карикама тог ланца, којима се коначно постиже успех, него на иницијалној радњи која све остале има за последицу. Државна се радња с тога може извршавати дугим низом наредба које се унутар самога управног апарата даље разгранавају, пресађују, преображавају у детаљне прописе, подстичу допунске правилнике нижих места итд., да би се тек у завршној тачки преокренуле у радње које развијају деловање према споља... Један закон који налаже изградњу каквог канала, какве железнице, једне тврђаве, или наређује подизање одређеног зајма, почетак је комплекса радњи којима треба да се постигне одређени успех, и због тога је, у материјалном смислу, управни акт.”¹²

Друго, у данашњим правним поретцима дошло је до прихватања и снажног ширења доктрине о непосредном законском уређивању у свим областима правног поретка, чиме начело законитости у материјалном смислу потискује аутономију субјеката просторне заједнице и грађанско друштво,

⁹ Карактер посебног закона и закона у формалном смислу има Закон о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе („Сл. гласник РС”, бр. 45/10, 99/11 и 121/12). Уставни суд је разматрао уставност дотичнога закона, наставши да његовим одредбама није учињена повреда јединства правног поретка у односу правне принципе Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС”, бр. 116/08). I УЗ-1061/2010 од 13.03.2013. године. Карактер посебног закона у нареченом смислу има Закон о утврђивању јавног интереса и посебним поступцима експропријације и издавања грађевинске дозволе ради реализације пројекта „Београд на води” („Сл. гласник РС” бр. 34/2015 и 103/2015), о којем закону ћемо доцније говорити.

¹⁰ К. Шмит, *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари, Београд, 2011, стр. 314.

¹¹ М. Петровић, М. Прица, *Посебно управно право с међународним управним правом*, Ниш, 2014, стр. 11.

¹² Р. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., II, 1911, 180; М. Петровић, *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, op. cit. стр. 60).

следствено чему се сужава поље аутономног дефинисања правних ставова под окриљем грађанског друштва. У поретку „либералне правне државе” такво стање се не би могло ни замислити, немоли прихватити, особито имајући у виду да је доношење грађанских законика замишљено као правна заштита грађанског друштва, а постојање грађанског друштва и данас представља неопходну претпоставку, не само за слободан развој личности и слободу уопште, већ и за спонтано испољавање јавности – превасходно у поступку доношења закона. Уосталом, обликовање јавности у нареченом смислу представља услов за постојање демократског друштва!

Напослетку, услед снажне пролиферације прописа (закона и подзаконских аката), у правним поретцима савремених држава правну снагу задобија мноштво законских норми и закона различитих, при чему је у великом броју данашњих држава на делу непостојаност законског права, имајући у виду да се постојећи закони подвргавају режиму сталног нестајања и настајања (измена и допуна). С обзиром на то, у погледу хијерархије општих правних аката, осим критеријума правне снаге, као веома важно се наметнуло питање међусобног односа закона у истој или различитим областима правног поретка. Закони се не могу смештати у хијерархијску табелу правне снаге, дочим је веома важно одрећи могућност испољавања самовоље законодавца. Управо онемогућавање самовоље законодавца – која се може остварити лакше у односу на било коју другу у правном поретку – те везивање законодавца уставношћу али и другим правним принципима – представља основу за доктринарну изградњу јединства правног поретка као уставног принципа.

Уставни суд Републике Србије (даље: Уставни суд) је правни став везано за јединство правног поретка као уставни принцип заузео у својој Одлуци ИУЗ-231/2009 од 22. јула 2010. године („Службени гласник РС”, број 89/10).¹³ Правни став Уставног суда гласи: „Полазећи од одредбе члана 4. став. 1. Устава која утврђује начело јединственог правног поретка, као један од основних принципа на којима почива уставноправни систем Републике Србије, Уставни суд указује да иако важећи правни систем у Републици не прави разлику између тзв. органских, основних или других закона који имају јачу правну снагу од осталих, „обичних” закона, што има за последицу да, сагласно одредби члана 167. Устава, Уставни суд није надлежан да цени међусобну сагласност закона, уставно начело јединства правног поретка

¹³ У питању је правни предмет у којем је Уставни суд установио да је изменама и допунама Закона о јавном информисању („Сл. гласник РС” бр. 71/09) наступила повреда јединства правног поретка на штету система законског уређивања привредних престапа проистеклог Закона о привредним преступима („Сл. гласник РС” бр. 101/2005). ИУЗ-231/2009 од 22. 07. 2010. године.

налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима који се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања.”¹⁴ Занимљиво је навести да становиште Уставног суда критикују Петров и Симовић,¹⁵ дочим се с наше стране поменуто становиште оцењује као веома важно за функционисање правног поретка, законског права као система и унутрашњег правног система. При томе је важно разликовати испитивање односа између закона који регулишу различите области правног поретка, од ситуације када се испитује однос између закона у истој области правног поретка.

Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Уставни суд је стао на правно становиште да „уставно начело јединства правног поретка подразумева међусобну усклађеност свих правних прописа у оквиру правног система Републике Србије, што начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења садржана у закону којим се уређује друга правна област” (ИУз – 225/2005 од 19.4.2012.). У предоченом значењу, јединство правног поретка у поступку оцене уставности може подразумевати систематско-телеолошко испитивање двају (системских) закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док друга ситуација подразумева испитивање односа између системског (основног) закона који је уредио област правног поретка на целовит начин и закона који према системском стоји у односу посебног према општем. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између непосредне, супсидијарне и сходне примене општег закона. Један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености, нипошто у режиму правне подређености. Наведене чињенице чине оправданим употребу трију израза за означавање правног карактера закона: (1) системски (основни) закон, (2) општи закон и (3) посебан закон.

Везаност обимом расправе не допушта нам да изложимо све одлуке Уставног суда, с тим да је овде важно ослонити се на јуриспруденцију Уставног суда онолико колико је потребно за разумевање смисла јединства правног поретка као уставног принципа. У погледу односа између закона

¹⁴ ИУЗ-225/2005 од 19. 04. 2012. године.

¹⁵ В. Петров, Д. Симовић, *Четири питања из новије уставне праксе у Републици Србији*, Правна ријеч бр. 39/2014, стр. 117-127.

из различитих области правног поретка, Уставни суд је, руководећи се, уставним принципом јединства правног поретка утврђеног одредбама члана 4. став 1. и члана 194. став 1. Устава, испитивао однос одредаба члана 38а Закона о порезима на имовину („Службени гласник РС”, бр. 26/01, 45/02, 80/02 и 135/04) и правних правила Закона о основама својинскоправних односа („Службени гласник РС”, бр. 6/80 и 36/90) и („Службени гласник РС”, број 29/06). У овом правном предмету, поставило се питање односу између двају законских система, имајући у виду да су утврђивање и наплата пореза на имовину, на целовит начин, регулисани потпуно одвојено предметним Законом о порезима на имовину, сагласно овлашћењу из чл. 97. тачка 6. Устава, према коме Република Србија уређује и обезбеђује порески систем, док су услови за стицање права својине и остала правила о преносу права својине на непокретностима уређена на систематски начин, Законом о основама својинскоправних односа којим се уређују својински односи, сагласно овлашћењу из члана 97. тачка 7. Устава. У овој правној ствари Уставни суд је установио повреду јединства правног поретка – одредбама једног системског закона на штету основних правних принципа и правних правила другог системског закона, са следећим образложењем: „На основу резултата целокупног поступка спроведеног пред Уставним судом утврђено је да се оспореном одредбом члана 38а Закона о порезима на имовину којом је прописано да се упис права на непокретности у земљишним, катастарским и другим јавним књигама не може вршити без доказа о плаћеном порезу на пренос апсолутних права, односно плаћеном порезу на наслеђе и поклон прописује, мимо услова прописаних Законом о основама својинскоправних односа, додатни услов за стицање права својине на непокретности и на тај начин ограничава Уставом зајемчено право на имовину утврђено одредбама члана 58. Устава. ...како је оспореном одредбом члана 38а Закона о порезима на имовину прописан још један услов који треба да се реализује у временском интервалу између закључења пуноважног уговора и уписа у јавне књиге – а то је плаћање пореза на пренос апсолутних права, Уставни суд оцељује да је таквим прописивањем ускраћено право купцу да изврши упис права својине у јавне књиге и тако постане власник предметне непокретности.”¹⁶ Уз то, утврђивање постојања повреде принципа јединства правног поретка у односу на један систем законског права може одредити да се у поступку оцене уставности разматрају одредбе неколико (системских) закона.¹⁷

¹⁶ I Уз-225/2005, од 8.6.2012. године. Пажње је заслужно образложење Уставног суда у предмету оцене односа Закона о радиодифузији и Закона о заштити националних мањина: I Уз-27/2011, од 6.11.2013.

¹⁷ Реч је о правном предмету оцене уставности Закона о кинематографији, у којем је Уставни суд разматрао однос одредаба неколико закона: Закона о кинематографији

У погледу односа посебног закона према општем закону, Уставни суд је у више наврата разматрао режим правне подређености посебног закона према општем (системском) закону. Основно гледиште Уставног суда тим поводом гласи: „...да би одређени закон садржавао посебна правила и правне изузетке у односу на системске законе у одређеној области, законодавац са становишта Устава и правног поретка Републике Србије мора преиспитати у поступку прописивања тих посебних правила и правних изузетака испуњеност одређених предуслова. То је, пре свега, постојање оправдане потребе и легитимног циља на коме се заснива одступање од општих, системских правних правила у одређеним успостављеним друштвеним односима у конкретној области. Даље, прецизно се мора сагледати да ли се посебна правила и правни изузеци у потпуности ослањају на системска правила, тако да се у целини посматрано општа правила из системског закона могу несметано применити на сва питања која нису обухваћена и посебно уређена на изузетан, посебан начин. И на крају, мора се сагледати и да ли су посебна правила и правни изузеци у складу са Уставом и целокупним правним системом Републике Србије. Само на тај начин може се успоставити однос тзв. системских закона и тзв. посебних закона који уређују посебна правила и изузетке на начин који не угрожава јединство правног поретка, правну сигурност и остваривање Уставом зајемчених права и слобода.”¹⁸ Предочено гледиште је веома значајно, посебно имајући у виду да се као посебан може усвојити закон у формалном смислу, који по себи није неуставан. Зато је важно да посебан закон буде сагласан како Уставу тако и системском (основном) закону јер у противном није могуће очување правног поретка.

Однос општег (системског) и посебног закона, Уставни суд је разматрао у поступку оцене одредбе члана 3. став 1. Закона о висини стопе затезне камате („Службени гласник СРЈ”, бр. 9/01), у делу примене тзв. конформне методе. Оцена је Уставног суда у овоме предмету била да наведена одредба није у сагласности са Уставом, имајући у виду њену несагласност са основним правним принципима Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ”, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ”, бр.31/93), чиме је повређено јединство правног поретка као уставно начело. Образложење Уставног суда гласи: „...Уставни суд налази да је одредбом члана 279. став 1. Закона о облигационим односима забрањено да

(„Сл. гласник РС” бр. 99/2011 и 2/2012), Закона о култури („Сл. гласник РС”, бр. 72/09), Закона о електронским комуникацијама („Сл. гласник РС”, бр. 44/10) и Закона о радиодифузији („Сл. гласник РС”, бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06 – и 41/09), којом приликом је Уставни суд установио повреду јединства правног поретка, учињену одредбама Закона о кинематографији. ИУЗ-128/2012 од 03.04.2014. године.

¹⁸ ИУЗ-27/2011 од 6. 11. 2013. године.

се на доспелу, а неисплаћену уговорену или затезну камату, као и на друга доспела повремена новчана давања обрачунава затезна камата, изузев када је то законом одређено. Међутим, у ситуацији када се затезна камата обрачунава конформном методом за обрачунски период који је дужи од периода за који је прописана стопа затезне камате, у пракси се тада доспела камата за период прописане каматне стопе приписује главном дугу и тако чини основицу за обрачун камате у наредном периоду по важећој каматној стопи за тај месец. Оваква примена конформне методе у материји обрачуна затезне камате значи да приписивање камате главници представља у поменутим случајевима обрачун камате на камату, што је супротно начелу анатоцизма прописаног одредбом члана 279. став 1. Закона о облигационим односима. ...Све у свему, Уставни суд је закључио да се оспореном одредбом Закона о висини стопе затезне камате суспендује генерално правило из Закона о облигационом односима о забрани анатоцизма у материји обрачуна камата, а искључује се и примена других основних правних начела садржаних у Закону о облигационим односима (начело монетарног номинализма, начело лимита камате, забране злоупотребе права), као и других општих правних принципа и темељних вредности заштићених Уставом (принцип владавине права, социјалне правде, правне сигурности и др.), чиме се повређује начело јединства правног поретка утврђеног одредбама члана 4. став 1. и члана 194. став 1. Устава који налаже међусобну усклађеност правних прописа.”¹⁹

Као веома важно у испитивању јединства правног поретка као уставног принципа, Уставни суд узима одредбе општег (системског) закона које допуштају могућност да се посебним законом поједина питања по природи ствари другачије уреде. То, међутим, не спречава Уставни суд да одредбе посебног закона не подвргне систематско-телеолошкој оцени наспрам правних принципа и градивних правних правила општег закона. Узимајући наведено у обзир, илустративан је извод из образложења једне одлуке Уставног суда: „Уставни суд је стао на становиште да, иако је чланом 1. став 2. Закона о државним службеницима прописано да се поједина права и дужности државних службеника у појединим државним органима могу посебним законом уредити и другачије ако то произлази из природе њиховог посла, оспорено решење из чл. 38. Закона не може представљати овакво законом допуштено одступање од системских решења, јер се, у конкретном случају не ради о одређеним правима и дужностима државних службеника која произлазе из специфичне природе посла државног органа у коме су запослени, већ о регулисању начина престанка рада на положају државних службеника у министарствима и посебним организацијама

¹⁹ I Уз – 82/2009 од 27. јула 2012. године.

у одређеном временском периоду, без обзира на природу послова које обављају.”²⁰ С тим у вези, Уставни суд је у једној одлуци обелоданио веома важан правни став везано за испитивање законског основа за доношење посебног закона: „...имајући у виду да уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду поштовани и у посебним законима, па и у случају када је системски законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања;” (подвукао М.П.); (I Уз-17/2011 од 25. јуна 2013. године). Одавде произлази да Уставни суд у испитивању јединства правног поретка као уставног начела не следи само језичко тумачење, већ превасходно користи систематско-телеолошку анализу дејства правних правила посебног закона у односу на правне принципе и градивна правила општег закона.

Дошло смо до тачке са које се може уочити да законско право својство система получује захваљујући правним принципима и градивним (основним) правним правилима, при чему се однос између различитих система законског права непосредно успоставља путем систематско-телеолошког испитивања међусобног утицаја законских норми и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Управо различите категорије закона у истој области правног поретка – имајући у виду да се закони не могу стављати у хијерархијску табелу правне снаге – белодано сведоче немогућност уобличења правног система као система правних норми разврстаних према критеријуму њихове правне снаге. Јединство правног поретка као уставни принцип, властити смисао црпе из потребе обезбеђивања да различити системи законског права не угрозе уставност, једнакост пред законом и правне принципе владајуће у различитим областима правног поретка, што би требало да обезбеди очување правног поретка. С друге стране, јединство правног поретка као систематско-телеолошко повезивање закона, конкретизацијом правних принципа у истој или различитим областима правног поретка, представља само полазиште за изградњу унутрашњег правног система. Јер, уобличавање унутрашњег правног система се постиже систематско-телеолошким повезивањем правних ситуација у типичним правним предметима, дефинисањем правних (супстанцијалних) ставова и правних (телеолошких) схватања, што ћемо доцније видети код правног уређивања експропријације.

Један системски закон може у правном поретку стајати према другом системском закону у односу посебног закона према општем закону – само

²⁰ IУз-920/2012 од 27.03.2014.

у режиму правне упућености одн. сходне примене другог системског (општег) закона. Такав пример нуди нам Закон о општем управном поступку („Сл. гласник РС” бр. 18/2016) који предвиђа сходну примену одредаба Закона о облигационим односима везано за правни режим управних уговора, а разлог упућивања на системски закон о облигационим односима јесте попуњавање правних празнина у уређивању управног уговора као посебног правног института. Будући да се Законом о општем управном поступку поводом управних уговора утеловљује судска заштита у управном спору, *ratio legis* је да се управни уговор развија као самосталан правни институт, под окриљем императивних законских норми у различитим областима правног поретка и са сходном применом Законом о облигационим односима. Разуме се, на управном и грађанском правосуђу је задатак непосредног доктринарног дефинисања управног уговора као правног института – откривањем и дефинисањем типичних правних предмета (правних ствари) и правних ситуација – на тремеји законског уређивања управних уговора између (1) материјалноправних законских одредаба о управним уговорима у различитим областима правног поретка, (2) одредаба Закона о општем управном поступку и (3) одредаба Закона о облигационим односима. Немогућност да један системски закон према другом системском закону буде у режиму правне подређености на највернији начин потврђује разлику између правног поретка и различитих система законског права под окриљем правног поретка, при чему је надређеност уставних принципа и уставности наспрам свих области правног поретка у ствари гаранција очувања правног поретка у назначеном смислу.

С друге стране, Закон о општем управном поступку има карактер општег процесног закона са непосредном применом у свим управним областима, при чему се овим законом прецизира основ за доношење посебних закона: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у сагласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.” (чл. 3. Закона о општем управном поступку – „Сл. гласник РС” бр. 18/2016). То значи да у овом примеру важи режим правне надређености општег закона над посебним законима. Одавде даље произлази да се однос између Закона о општем управном поступку и посебних закона који регулишу управне области не испитује само у поступку оцене уставности и законитости, већ је на испитивање тога односа, у следству непосредне примене општег закона, позван сваки доносилац управног акта, а особито

Управни суд приликом решавања тзв. управних спорова. Разлог томе је у чињеници да наш важећи Закон о општем управном поступку има непосредну примену – у погледу општих правних начела и гарантованог нивоа заштите права и правних интереса странака – у свим управним областима и свим управним стварима, без обзира на примарну примену норми посебних закона у различитим управним областима.²¹

2. Јединство правног поретка и законско уређивање експропријације

Примену принципа законитости у материји експропријације опредељује сложеност правног режима експропријације на тремеђи општег, приватног и јавног интереса, а уобличење система законског правног уређивања експропријације је важно управо због сложене структуре правног режима експропријације.

Системским (општим) законом о експропријацији нормира се правни режим експропријације (поступак експропријације у формалном смислу) у којем се заснива неколико правних института, а само један од тих института има карактер експропријације у материјалном смислу. Тако, службености у општем интересу (административне службености) се успостављају у поступку експропријације али службености у питању надаље се уподобљавају правном режиму службености, који уређује Закон о основама својинскоправних односа, као општи закон за све службености у правном поретку. То значи да административне службености према типичним грађанскоправним службеностима стоје у односу посебног правног института према општем правном институту. С друге стране, на закуп у општем интересу који се заснива у поступку експропријације не може важити правни режим закупа као правног института проистеклог из Закона о облигационим односима, имајући у виду да је наш системски закон о облигационим односима искључио могућност примене својих одредаба на закупе уређене посебним прописима (чл. 568 Закона о облигационим односима). Дакле, административни закуп је посебан правни институт који не може према типичном грађанскоправном закупу стајати у односу посебног правног института према општем правном институту. Правничко резонување које овде следимо читује систематско-телеолошко тумачење

²¹ Веома је важно имати у виду разлику између сходне и супсидијарне примене општег закона. Јер, сходна примена означава примену општег закона према природи односа између правила правног поступка и материје правног уређивања, док би супсидијарна примена подразумевала примену општег закона у свим питањима која нису уређена посебним законом. М. Прица, Управна ствар и управно-судска ствар, зборник радова: Право у функцији развоја друштва, Косовска Митровица, Ниш, 2019, стр. 627-630.

правних предмета и њихово повезивање према правном основу, до којег повезивања се не би могло доћи само путем језичког тумачења њиховог законског основа. Дакле, када се имају у виду правни институти који се успостављају путем експропријације у формалном смислу, ваљало би лучити експропријацију у материјалном смислу²² од административних службености, административног закупа, привременог заузимања земљишта у јавном интересу и административног преноса својине.²³

Одавде произлази да је експропријација као правни институт и ужа и шири од правног режима експропријације (експропријације у формалном смислу) установљене системским законом о експропријацији. С једне стране, правни режим експропријације представља начин успостављања, не само експропријације у материјалном смислу, већ и појединих правних института – различитих од експропријације у материјалном смислу. С друге стране, експропријација као правни институт премаша оквира правног режима експропријације у формалном смислу, било као део законског регулисања приватне својине, било као део правног уређивања појединих

²² Експропријација у материјалном смислу постоји само када путем експропријације у формалном смислу наступа преображај својине (од приватне у јавну), ради остваривања једног конкретизованог објективног циља у општем и јавном интересу, са могућношћу враћања у пређашње стање (деекспропријација), до чега може доћи по захтеву ранијег сопственика – ако се утврди да сврха експропријације није остварена или уколико се у међувремену одреди другачија сврха употребе експроприсане непокретности. Без могућности деекспропријације, наступила би опасност симулованог правног уређивања, тако што би експропријација била одобрена ради остваривања једног циља, а корисник експропријације би могао да експроприсану непокретност употреби ради остваривања и неког другог циља. Кауза правног уређивања спрам експропријације тиче се правног односа између експропријанта и експропријата, следствено чему када корисник експропријације не оствари циљ у чије је име до експропријације дошло, ранији сопственик непокретности је властан да захтева враћање у пређашње стање. Значај деекспропријације види се и у погледу каузе поступања субјеката јавног права, јер ти субјекти немају вољу нити приватну аутономију, услед чега је деекспропријација призив правне везаности противу злоупотребе јавне власти државних органа и ималаца јавних овлашћења. Напоследку, не као и најмање важно, деекспропријација је израз равнотеже између нужности интервенционизма државне власти и аутономије субјеката грађанског друштва. Јавни интерес као регулативна детерминанта јавног поретка је и на страни општег интереса али и на страни приватног интереса. Следствено томе, ако је у име општег интереса одобрена експропријација, то значи да остваривање дотичног циља представља јавни интерес као статички израз општег добра. Уколико се ипак утврди да није дошло до остваривања тога циља, у јавном је интересу, као статичком изразу општег добра, признати важност приватном интересу и провести враћање у пређашње стање. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, *op. cit.* стр. 173-193.

²³ М. Прица, *Експропријација као правни институт*, *op. cit.* стр. 165-173.

правних предмета у поступцима пред судовима и другим органима (у питању су случајеви тзв. квазиекспропријације).²⁴

²⁴ Повезивање квазиекспропријације, експропријације у формалном смислу и експропријације у материјалном смислу остварује се на основу природе правног објекта, правног предмета и правног основа. Правни објект је приватна својина, док њезино конкретизовано одузимање или ограничавање има карактер правног предмета. Правни основ је прекомерна жртва титулара права својине и накнада као израз постизања равнотеже правних интереса заступљених у правним предметима у питању. Зашто се пружа накнада за експропријацију у формалном смислу, експропријацију у материјалном смислу и за квазиекспропријацију? Одговор гласи: зато што титулар права својине сноси претерану жртву, следствено чему је разлог правде да се васпостави равнотежа интереса, а та равнотежа (у ствари правда) је услов за очување јавног поретка и опстанак једне правно-политичке заједнице. При томе, било би важно имати у виду да је неопходно да „жртва“ задобије својство претераности и специјалности, како би било покренуто дејство обавезе пружања накнаде титулару права својине. Петровић, као врсни познавалац немачке и француске правне књижевности, био је у прилици да закључи: „...у извесним хипотезама, жртва сама по себи („претерана штета“) није довољан услов за наступање обавезе државе да изврши обештећивање. Поред ње се тада захтева, кумулативно, и то да је посебна, „специјална“, то јест наметнута појединцу или уско одређеној скупини лица. ...Савремена држава не може опстати а да не намеће, путем разних прописа, одређене веће или мање жртве, терете, својим грађанима. Уколико би сваки пут када је жртва, терет, „претеран“, плаћала накнаду, не узимајући у обзир број погођених особа, њене политичке, економске и друге функције врло брзо би дошле на слепи колосек. Ниједна државна благајна, без обзира на јачину, то не би могла да издржи. ...С тога посебност, специјалност, можемо гледати тек као допуну критеријума претераности жртве која га чини практично применљивим у одређеним случајевима, то јест онда када нека државна мера, потпуно уставна или законита, погађа изузетно велики број припадника једнога друштва-државе.“ М. Петровић, *Индустријско суседство и одговорност за штету*, Ниш, 2011. стр. 162. Ми бисмо себи дали слободу да кажемо да начело жртве изражава захтев правде, у ствари равнотеже између правних добара, правних интереса и циљева правног поретка. Јавни поредак је налик теразијама са редом и миром на једном тасу и хаосом на другом. Зато у правном поретку и јавном поретку стално на површину излази начело опортунитета, потреба да се обезбеди поравнање страна поменутих теразија, што је у збиљском смислу услов за постојање легитимитета правне државе. „Постоје, у ствари, две идеје правне једнакости. Један облик једнакости (једнакост у ужем смислу) је потпуна аритметичка, демократско-егалитарна једнакост, грчка „isonomia“, која се може назвати и равноправношћу и једнакоправношћу. Други облик једнакости је „добра једнакост“, већ помињана Солонова „eunomia“. Она је управо добро и ваљано додељивање, поравнање у оквиру полиса у целини, „политичко стање праве расподељености једнаког и неједнаког“. За разлику од статичке, апстрахујуће исономије, еуномија је конкретна и динамичка, везана за ситуацију. У њој се открива праизворна, социјална и заштитна, функција права.“ М. Петровић, *Правна везаност и оцена целисходности државних власти и органа*, Београд, 1980, стр. 264. Дакле, накнада за експропријацију у формалном смислу и квазиекспропријацију изражава „добру једнакост“, Солонову еуномију. М. Прица, *Експропријација као правни институт*, оп. cit. стр. 83-203.

Системски закон о експропријацији регулише правни режим експропријације у формалном смислу, а правни режим у питању обухвата правни пут за одузимање или ограничавање права својине у конкретном случају. Правни режим експропријације у формалном смислу обухвата: (1) утврђивање јавног интереса за одузимање или ограничавање права својине на одређеној непокретности, (2) доношење појединачног правног акта о одузимању или ограничавању права својине, и (3) одређивање накнаде за одузимање или ограничавање права својине.

Три су битна разлога за постојање експропријације у формалном смислу. То су: 1) остваривање општег интереса у односу на конкретну непокретност без претходног испитивања постојања јавног интереса значило би угрожавање принципа једнакости пред јавним теретима и једнакости пред законом уопште; 2) како је у природи ствари да потреба ради које се предлаже експропријација представља питање целисходности, експропријација у формалном смислу је начин да се путем испитивања са учешћем јавности утврди да ли је предложена сврха експропријације у јавном интересу; 3) експропријација у формалном смислу је средство које треба да онемогући опасност тзв. бега државних органа у приватно право. Према томе, не постоји разлог који би пружио оправдање да наспрам експропријације у формалном смислу – важи могућност непосредног дејства закона. Одавде произлази закључак да је доношење индивидуалног правног акта одређујуће обележје експропријације у формалном смислу, следствено чему експропријација у формалном смислу одриче могућност непосредног одузимања приватне својине на основу законских императивних норми.

У погледу законског уређивања експропријације у формалном смислу, доношење системског (општег) закона о експропријацији служи уобличавању законског система правних правила и правних принципа на којима почива правни режим експропријације у формалном смислу. Законски систем експропријације у формалном смислу особито је важан у поретку правне државе данас због интервенционистичког карактера државне власти и снажног таласа пролиферације прописа о експропријацији који запљускује европске државе на почетку 21. века.

Принцип законитости се на посебан начин испољава у погледу правног режима експропријације (експропријације у формалном смислу), имајући у виду да је експропријација у формалном смислу условљена претходним утврђивањем јавног интереса за експропријацију. Постојање законског система експропријације у формалном смислу управо долази као потреба одређивања облика испољавања правног интереса (сврхе експропријације) ради чијег остваривања је допуштено приступити

одузимању или ограничавању приватне својине у конкретном случају. То значи да је природа ствари да се експропријација проводи на основу закона али ни у ком случају непосредно законом! У противном, законска неоторива претпоставка да је јавни интерес утврђен законом, значила би обесмишљавање правног режима експропријације у формалном смислу, тако што би се одлука о вршењу експропријације могла донети без претходног утврђивања јавног интереса, што је посве неоправдано у поретку правне државе.

Према нашем схватању, јавни интерес је регулативна детерминанта правног поретка и статички израз општег добра! Општи интерес је динамички израз општег добра, док је приватни интерес динамички израз индивидуалних (приватних) добара. Општи интерес не би требало поистовећавати са јавним интересом, имајући у виду да предложена сврха експропријације са својством општег интереса може али и не мора бити у јавном интересу. Јавни интерес као регулативна детерминанта уткан је у све етапе правног уређивања експропријације, почев од испитивања предложене сврхе експропријације, а затим и у погледу поступка спровођења експропријације и особито у погледу обештећивања власника експроприсане непокретности.

Установљавање законског система основних правила и правних принципа експропријације у формалном смислу превасходно подразумева нормирање облика (клаузула) правних интереса ради чијега остваривања се може приступити експропријацији, чиме се, између осталог, гарантује кауза поступања државних органа и субјеката јавнога права. Јер, у противном би наступила опасност тзв. бега субјеката јавнога права у приватно право, а како државни органи немају вољу нити приватну аутономију, дошло би до злоупотребе и самовоље као смртне болести правне државе.

Правни режим експропријације је једини исправан начин да се испитивањем предложене сврхе експропријације у односу на друге правне интересе и правна добра утврди постојање јавног интереса за одузимање или ограничавање приватне својине у конкретном случају (правном предмету).

Утврђивање јавног интереса за вршење експропријације најпре обухвата испитивање формалне правоваљаности предложене сврхе експропријације, под којом се подразумева утврђивање испуњености законом предвиђених услова, као и испитивање дејства предложене сврхе експропријације у следству принципа забране произвођења противзаконитог дејства експропријације у правном поретку. Утврђивање јавног интереса требало би, по природи ствари, да се испољи као испитивање целисходности и јавне

корисности предложене сврхе експропријације, што је одлика развијених европских правних поредака.

Утврђивање јавног интереса за експропријацију путем испитивања јавне корисности експропријације на снази је данас у француском праву. Испитивање у питању, у својој бити, очитује свест о важности надилажења чисто апстрактне процене сврхе експропријације, тако што ће се у сваком правном предмету детаљно одмерити однос супротстављених правних добара и интереса, „сачињавањем биланса позитивних и негативних страна предложене операције”, а само одлучивање о јавном интересу за експропријацију је под принципом јавности и стручне процене, са правом многих да непосредно учествују у самом поступку утврђивања јавне корисности (*déclaration d'utilité publique*: „декларација о јавној користи”).²⁵ На тај начин је у француској судској пракси успостављено „одмеравање интереса” поводом утврђивања јавне корисности за експропријацију у конкретном случају, при чему на видело излази зрелост и дух институције француског Државног савета. Поврх свега тога, веома је важно подвући важност појма јавности у поступку утврђивања јавног интереса за провођење експропријације. Јер, потреба за провођењем експропријације је *per definitionem* питање целисходности, углавном у сфери рационалног и предвидљивог, тако да нема оправдања да само одлучивање не омогући учешће заинтересованих припадника заједнице, како би се на основу предочених мишљења и оцене стручних лица дошло до утврђивања јавног интереса као регулативне детерминанте супротстављених правних интереса у правном предмету експропријације.

Јавни интерес представља регулативну детерминанту између супротстављених правних интереса у поступку експропријације. Тако, изградња болнице као израз општег добра представља општи интерес и оправдану сврху експропријације, али је неопходно испитати да ли је наспрам непокретности предложених за експропријацију – изградња болнице у јавном интересу. Уколико је одговор одречан, то значи да експропријација није у јавном интересу. Ако се пак утврди да је одговор на постављено питање потврдан, јавни интерес као регулативна детерминанта даље ће подразумевати доношење законите одлуке о експропријацији и доношење правоваљане одлуке о накнади за експроприсану непокретност. При томе, ако је у питању разлог који се не би могао имати карактер општег интереса као израза општег добра (нпр. изградња тржног центра или изградња комплекса стамбених и пословних објеката на једном подручју државе), то не значи да разлог у питању не би могао бити у јавном интересу. Али, будући да се не ради о општем

²⁵ М. Прица, *Експропријација као правни институт*, *op. cit.* стр. 211-229.

интересу као изразу општега добра, у таквом случају не би било допуштено покретати поступак експропријације, већ се остваривање дотичне сврхе може постићи на други правно дозвољен начин (нпр. правним уређивањем везаним за употребу непокретности у јавној својини и уговарањем на основу слободне воље у погледу објеката у приватној својини), да би правно уређивање у питању задобило карактер јавног интереса.

Узимајући у обзир предочено, принцип законитости у материји експропријације пре свега би морао подразумевати одрицање могућности да је јавни интерес прогласи на основу закона, без испитивања јавног интереса у конкретном случају. Јер, закон само поставља генералне клаузуле општег интереса за провођење експропријације, а њихова се правоваљаност и целисходност даље мора испитати у сваком конкретном предмету. Ако би генералне клаузуле у питању биле оснажене необоривом законском претпоставком да су у јавном интересу, то би значило да се постојање јавног интереса за експропријацију не може оборити, чак и у случају утврђивања неправоваљаности и нецелисходности експропријације у конкретном предмету, што је решење у суштини грубо несагласно јавном интересу као регулативној детерминанти правног поретка.

С обзиром на то да експропријација у формалном смислу почива на генералним клаузулама општега добра, само по себи се као нужно намеће да закони о експропријацији одговарају појму закона у материјалном смислу. Закон о експропријацији може да остави могућност спровођења експропријације у посебном режиму, из разлога хитности опредељених остваривањем општих интереса, али не може да буде основано да закон о експропријацији испољи посебност, усмеравајући своје дејство према ограниченом броју предмета и одређеном броју лица.

Друга важна напомена о систему законског уређивања експропријације тиче се односа између системског (општег) закона о експропријацији према посебним законима о експропријацији, имајући у виду да у следству јединства правног поретка као уставног принципа - правни принципи и основна правила системског (општег) закона о експропријацији везују законодавца приликом уграђивања решења у текст посебнога закона о експропријацији. Уз то, важно је и да посебан закон о експропријацији одговара појму закона у материјалном смислу.

Наш важећи системски (општи) Закон о експропријацији усвојен је 1995. године (надаље: општи закон о експропријацији).²⁶ Свако ко једном прочита

²⁶ Закон о експропријацији Републике Србије („Сл. гласник РС”, бр. 53/95, „Сл. лист СРЈ”, бр. 16/2001 и „Сл. гласник РС”, бр. 20/2009, 55/2013 - одлука УС и 116/2016 - аутентично тумачење).

текст општег закона о експропријацији, закључиће да закон у питању има карактер системског закона у материји експропријације. Прво, општим законом о експропријацији уређени су сви могући облици одузимања или ограничавања приватне својине у конкретизованим правним предметима (случајевима), ради остваривања тачно одређених облика општег интереса као допуштене сврхе експропријације. Друго, општим законом о експропријацији регулисани су корисници експропријације, генералне клаузуле општег интереса за спровођење експропријације, затим правила у погледу одређивања накнаде, а у следству систематског карактера овога закона, нормиране су посебности које у погледу одређивања накнаде важе за врсту непокретности (нпр. пољопривредно или грађевинско земљиште) те у погледу врсте експропријације (нпр. потпуна или непотпуна експропријација). Надаље, и што је јако важно, општи закон о експропријацији је на становишту општег интереса као сврхе експропријације, одричући могућност да се експропријација врши ради остваривања приватног интереса или каквог другог партикуларног и посебног интереса. Напослетку, осим редовног правног режима експропријације, општи закон о експропријацији предвидео је и посебан правни режим експропријације, који се може применити једино у случају ванредних околности изазваних елементарним непогодама.

Допуштеност сврхе експропријације, општи закон о експропријацији нормира на следећи начин: „Влада може утврдити јавни интерес за експропријацију ако је експропријација непокретности неопходна за изградњу објеката у области: образовања, здравства, социјалне заштите, културе, водопривреде, спорта, саобраћајне, енергетске и комуналне инфраструктуре, објеката за потребе државних органа и органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, објеката за потребе одбране земље, као и за изградњу станова којима се решавају стамбене потребе социјално угрожених лица. ...Влада може утврдити јавни интерес и у случају кад је експропријација непокретности неопходна за експлоатацију минералних сировина, за обезбеђење заштите животне средине и заштите од елементарних непогода, укључујући и изградњу објеката и извођење радова за ове потребе, као и за прибављање неизграђеног земљишта потребног ради расељавања насеља или дела насеља, ако је на подручју тог насеља или дела насеља утврђен јавни интерес за експлоатацију непокретности ради експлоатације минералних сировина, као и у другим случајевима предвиђеним законом. ...Влада може утврдити јавни интерес за експлоатацију непокретности које су према уговору о заједничком улагању у привредно друштво, односно о заједничком оснивању привредног друштва, који је закључила Република

Србија, неопходне за обезбеђење неновчаног улога Републике Србије у то друштво, а које су обухваћене тим уговором или одговарајућим планским актом." (чл. 20 општег закона о експропријацији).

Када је реч о приватном интересу, становиште изражено у општем закону о експропријацији јасно је исказано чак и у погледу (само наизглед) једног изузетка. Наиме, општи закон о експропријацији (чл. 8, ст. 2) предвиђа могућност да се, ако је то законом предвиђено, установи службеност у корист грађана, ради постављања водоводних цеви, електричних и телефонских каблова и сл. Овде се не би могло говорити о приватном интересу као примарном, имајући у виду да и овде експропријација примарно служи општем добру и јавном интересу, а у њиховом продужетку и приватном интересу.

Општи закон о експропријацији не допушта могућност да се експропријација спроведе ради остваривања посебног интереса једне уже заједнице, следствено чему се као разлог за покретање експропријације допушта искључиво општи интерес као динамички израз општег добра, без обзира што се интерес у питању у конкретном случају може остварити, примера ради, на територији града Београда или другог града и што ће се у том случају град Београд или други град одредити за корисника експропријације. Важно је да сврха експропријације одговара појму општег интереса као динамичког израза општег добра (заједнице у целини).

Поврх свега наведеног, важно је указати да наш општи закон о експропријацији стоји чврсто на становишту потребе претходнога утврђивања јавног интереса за провођење експропријације, не предвиђајући вршење експропријације непосредно на основу закона, осим у случају експропријације у ванредним ситуацијама изазваних елементарним непогодама, када се предвиђа претпоставка постојања јавног интереса за експропријацију непосредно на основу закона.

Народна скупштина Републике Србије усвојила је током 2015. године Закон о утврђивању јавног интереса и посебним поступцима експропријације и издавања грађевинске дозволе ради реализације пројекта „Београд на води“ (надаље: посебан закон о експропријацији).²⁷ Наше је мишљење да је доношењем посебног закона о експропријацији дошло до повреде јединства правног поретка као уставног принципа, имајући у виду да се законом у питању грубо руше основни правни принципи и правна правила општег закона о експропријацији. Како је општи закон о експропријацији

²⁷ Закон о утврђивању јавног интереса и посебним поступцима експропријације и издавања грађевинске дозволе ради реализације пројекта „Београд на води“ („Сл. гласник РС“ бр. 34/2015 и 103/2015).

системски закон у материји експропријације, посебан закон у материји експропријације везан је принципима и правилима системског закона у истој области правног поретка, саобразно садржини и духу јединства правног поретка као уставног принципа.

Посебан закон о експропријацији (члан 2) нормира неоториву претпоставку о постојању јавног интереса за привођење земљишта намени ради изградње пословно-стамбеног комплекса „Београд на води”, са пратећом инфраструктуром у складу са Просторним планом подручја посебне намене уређења дела приобаља града Београда - приобаља реке Саве за пројекат „Београд на води” („Службени гласник РС”, број 7/15). Тиме се обесмишљава правни режим експропријације у формалном смислу, будући да је утврђивање јавног интереса у конкретном случају основни разлог постојања правног режима експропријације у правном поретку. Језичким и системско-телеолошким тумачењем општег закона о експропријацији није тешко закључити да је у нашем важећем законском систему експропријације у формалном смислу искључена могућност да се посебним законом установи неотрива законска претпоставка о постојању јавног интереса за провођење експропријације. Јер, како смо већ истакли, потреба да се спроведе експропријација је *per definitionem* питање целисходности у сфери рационалног и предвидљивог, следствено чему би испитивање јавног интереса за експропријацију требало да омогући учешће заинтересованих припадника заједнице, како би се на основу предочених мишљења и оцена стручних лица дошло до утврђивања става о томе да ли је предложена сврха експропријације у јавном интересу. У француском праву, испитивање предложене сврхе експропријације подразумева неколико гаранција у корист поштовања јавног интереса, и то: 1) корисник експропријације је дужан доставити опсежну документацију (план експропријације), чије је садржине део студија о утицају на животну средину, као и утицају експропријације на друге непокретности; 2) право јавности (власника суседних непокретности, удружења и других заинтересованих субјеката) да учествује у поступку утврђивања јавног интереса; 3) мишљење о оправданости експропријације достављају стручна лица именована од стране префекта, 4) сам поступак испитивања предложене сврхе експропријације дужином свог трајања допушта да се целисходност експропријације испита свеобухватно. Важно је нагласити да решавање о предложеној сврси експропријације у француском правном поретку подразумева обавезу одлучиоца (префекта, министра или Државног савета) да донесе негативну одлуку увек кад то захтевају било „правни разлог или разлог опортунитета.”²⁸ Предочено становиште би једнако и без

²⁸ М. Прица, Експропријација као правни институт, *op. cit.* стр. 217-218.

изузетка морало важити и у нашем праву и то без обзира да ли је посреди примена општег или посебног закона о експропријацији, посебно што се на тај начин истиче важност грађанског друштва и демократског друштва.

Друго, посебан закон о експропријацији нормира сврху експропријације која је грубо противна правилима општег закона о експропријацији. Општи закон о експропријацији не стипулише нити једном одредбом да се експропријацији може приступити ради реализације економског пројекта, а стамбену изградњу општи закон допушта само ради решавања стамбених потреба социјално угрожених лица (чл. 20, ст. 1). Друго, како смо већ навели, општи закон о експропријацији је чврсто на становишту општег интереса као динамичког израза општег добра, не остављајући могућност да се посебним законима нормирају други облици правног интереса као допуштене сврхе експропријације. Реализација пројекта „Београд на води” ни у ком случају не може имати карактер општег интереса као израза општег добра, следствено чему експропријација непокретности која се проводи ради реализације пројекта „Београд на води” није у јавном интересу.

Напоследку, посебан закон о експропријацији у материјалном смислу није закон, већ је закон у формалном смислу, којим се грубо нарушава јединство правног поретка и принцип једнакости пред законом грађана Републике Србије. Посебан закон о експропријацији је средство за остваривање једног конкретног циља, закон-мера као израз грубе самовоље испољене од стране законодавца у разматраном случају. Подсетимо се Лабандовога казивања: „Државне радње јесу, тако, обично операције које могу да се састоје од читавога ланца појединих радњи. И тежиште не лежи на завршним карикама тог ланца, којима се коначно постиже успех, него на иницијалној радњи која све остале има за последицу. Државна се радња с тога може извршавати дугим низом наредба које се унутар самога управног апарата даље разгранављују, пресађују, преображавају у детаљне прописе, подстичу допунске правилнике нижих места итд., да би се тек у завршној тачки преокренуле у радње које развијају деловање према споља...Један закон који налаже изградњу каквога канала, какве железнице, једне тврђаве, или наређује подизање одређенога зајма, почетак је комплекса радњи којима треба да се постигне одређени успех, и због тога је, у материјалном смислу, управни акт.”²⁹ Према томе, форма закона је искоришћена у разматраном случају за регулисање посве конкретизованих правних предмета, следствено чему посебан закон о експропријацији и није закон у материјалном смислу. Посебан закон о

²⁹ P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., II, 1911, 180.

експропријацији је закон само у формалном смислу, имајући у виду да садржи индивидуалне и конкретне одредбе.

Испољавање самовоље и грубе злоупотребе овлашћења законодавца у нас наступило је усвајањем Аутентичног тумачења члана 1, члана 5 став 1 и члана 53 става 1 и 2 општег закона о експропријацији (Сл. гласник РС, бр. 76/2016). Аутентично тумачење члана 1 општег закона о експропријацији гласи: „Непокретности се могу експроприсати или се својина на њима може ограничити само у јавном интересу утврђеном на основу закона, уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.” ... Ову одредбу треба разумети тако да се наведена законска одредба односи и примењује само на непокретности које су експроприсане или је својина на њима ограничена у поступку и на начин који је прописан Законом о експропријацији, а у случајевима када је одузимање или ограничења права на непокретности извршено без спроведеног поступка експропријације на исте се не примењују одредбе Закона о експропријацији”.

Усвајање наведеног аутентичног тумачења очито је представљало израз настојања да се конвалидује повреда правног режима експропријације у формалном смислу до које у правној стварности долази путем тзв. фактичке експропријације, али је уместо конвалидације на овај начин само оснажена повреда правног режима експропријације у формалном смислу и законитости уопште. Јер, смисао аутентичног тумачења као интерпретативног закона је одређивање тачног значења појединих нејасних законских одредаба, а није смисао аутентичног тумачења одређивање домашаја примене закона на начин који даје основ за изигравање права, чему је у овоме случају аутентично тумачење требало да послужи. „Фактичка експропријација” у нас подразумева аналогну примену правног режима експропријације на самовољно (противправно) заузимање непокретности у приватној својини извршено од стране органа јавне власти. Реч је о томе да наши највиши судови „фактичком експропријацијом” легализују самовољу органа јавне власти, што је најтежи облик противправности у правном поретку. Другим речима, фактичкој експропријацији као недопуштеној конфискацији наши судови облаче одело експропријације у формалном смислу, утемељујући тиме правни основ да корисници експропријације уместо експропријације у формалном смислу проводе „фактичку експропријацију”, чиме се обесмишљавају уставна гаранција приватне својине и правни режим експропријације у формалном смислу.³⁰ Колико је „фактичка експропријација” у наведеном

³⁰ М. Прица, „Фактичка експропријација” као угаснуће владавине права у правном поретку Републике Србије, Зборник радова: „Универзално и особено у праву”, Косовска Митровица, 2018, стр. 361-387.

значању посве неоснована и неприхватљива у поретку правне државе, толико је, с друге стране, неспојиво са јединством правног поретка стварање правног основа да се одузимање и ограничавање приватне својине у конкретним правним предметима врши са искључењем примене правног режима експропријације у формалном смислу.

При томе, аутентично тумачење о којем овде говоримо може проузроковати теже правне последице за владавину права од „фактичке експропријације” – оличене у досуђивању накнаде тржишне вредности непокретности која важи за експропријацију у формалном смислу. Јер, слово дотичног аутентичног тумачења пледира да се, у случајевима одузимања или ограничавања права својине на непокретностима, не примењују одредбе Закона о експропријацији, што значи да се у тим случајевима не може досудити тржишна накнада предвиђена за случајеве експропријације проведене према одредбама Закона о експропријацији. Одавде произлази да ће корисник експропријације бити у прилици да самовољно бира између експропријације у формалном смислу и незаконитог присвајања туђе непокретности, с тим што власник непокретности у тим случајевима неће уживати грађанскоправну заштиту права на мирно уживање имовине, а осим тога власник непокретности, као титулар „голе својине”, неће бити властан ни да захтева исплату тржишне накнаде за експроприсану непокретност. Поврх тога, аутентично тумачење о којем говоримо, може исходovati неправичан правни режим и у погледу застарелости, ако се уместо незастаривости утврђивања експропријационе накнаде, усвоји важење општег рока застарелости (10 година), што ће несумњиво снажно ограничити могућност правичног пресуђивања у појединачним – правно нетипичним предметима.

Одавде произлази да је у материји експропријације, осим посебним законом о експропријацији, повреда јединства правног поретка као уставног принципа извршена и аутентичним тумачењем који смо горе анализовали.

Да закључимо: општи закон о експропријацији не допушта могућност да питања уређена овим законом буду другачије уређена посебним законом, а чак и да је општи закон такву могућност предвидео, јединство правног поретка као уставни принцип - према становишту Уставног суда Републике Србије - захтевало би да посебан закон буде сагласан основним принципима и правним институтима предвиђеним општим (системским) законом о експропријацији: којим је на целовит начин уређена материја експропријације као једна област правног поретка.³¹ Јер, основни правни принципи и правни институти системског закона о експропријацији

³¹ Видети: I Уз-17/2011 од 25. јуна 2013. године.

представљају зграду која не сме бити оштећена дејством посебних закона у материји експропријације.

Посебан закон о експропријацији је грубо несагласан правним принципима и правним правилима општег закона о експропријацији. Самим тим, доношењем посебног закона о експропријацији дошло је до повреде јединства правног поретка као уставног принципа, следствено чему је посебан закон о експропријацији неуставан.

Правна књижевност:

Laband, P. *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., II, 1911.

Петровић, М. (1980). *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд, 1980.

Петровић, М. *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, 2. исправљено издање, Ниш, 2010.

Петровић, М. *Индустријско суседство и одговорност за штету*, Ниш, 2011.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. *Посебно управно право са међународним управним правом*, Ниш, 2014.

Прица, М. *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2016.

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. *„Фактичка експропријација“ као угаснуће владавине права у правном поретку Републике Србије*, Зборник радова: „Универзално и особено у праву“, Косовска Митровица, 2018, стр. 361-387.

Прица, М. *Управна ствар и управно-судска ствар*, зборник радова: *Право у функцији развоја друштва*, Косовска Митровица, Ниш, 2019, стр. 597-639.

Шмит, К. *Легалност и легитимност*, Карл Шмит и његови критичари, Београд, 2001.

Doc. Miloš Prica, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš

**UNITY OF THE LEGAL ORDER AS A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE
AND THE LEGAL REGULATION OF EXPROPRIATION**

Summary

The article discusses the scope of applying the constitutional principle of unity of the legal order in relation to the legal regulation of expropriation. Starting from the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Serbia concerning the content of the constitutional principle of unity of the legal order, this article examines the relationship between the Expropriation Act, as a systemic law (lex generalis) in this area of legal order, and the Act on Establishing the Public Interest and Special Expropriation Proceedings and Issuing the Construction Permit for the Implementation of the „Belgrade Waterfront” Project, as a subject-specific act (lex specialis). Relying on the theoretical analysis of the application of the constitutional principle of unity of the legal order, the article aims to address the issue of constitutionality and legality of expropriation which has been underway for the purpose of ensuring the implementation of the „Belgrade Waterfront” project. Under the constitutional principle of unity of the legal order, the norms of a lex specialis must be in conformity with the basic legal principles and basic legal norms of a lex generalis (a systemic general act), which provides for a comprehensive regulation of a specific area of the legal order. In the author’s opinion, the special law on expropriation is grossly inconsistent with the legal principles and legal rules of the general act on expropriation. Consequently, the enactment of a separate law on expropriation constitutes a violation of unity of the legal order, which ultimately implies that a separate law on expropriation is unconstitutional.

Keywords: *unity of the legal order as a constitutional principle, lex generalis, lex specialis, systemic law on expropriation, special law on expropriation, „Belgrade Waterfront” project.*

КРАТАК ОСВРТ НА ПРЕДМЕТ И РАЗВОЈ МЕЂУНАРОДНОГ ЕКОНОМСКОГ ПРАВА²

Апстракт: Путем овог рада, аутор има за циљ да укаже на основна теоријска разматрања, а да потом пружи и сопствена запажања у погледу предмета и система Међународног економског права (МЕП). Циљ аутора је, такође, да сажето прикаже историјски развој МЕП-а, као позитивне гране права и као посебне научне дисциплине. Међународно економско право (МЕП) је грана међународног права која се састоји од правних правила којима се уређују економски односи јавноправне природе између субјеката међународног права. Међународно економско право је релативно нова правна дисциплина. Након Другог светског рата, МЕП се убрзано развијало до достизања свог пуног капацитета, крајем двадесетог века. Упоредо са развојем МЕП-а као позитивне гране права, развијала се и посебна научна дисциплина која је проучавала правне аспекте међународних економских односа.

Кључне речи: Међународно економско право, међународни економски односи, Светска трговинска организација, историјски развој.

1. Појам и предмет Међународног економског права

Почетак шире употребе термина „Међународно економско право“ (енг. „*International Economic Law*“, даље и: МЕП) у литератури се везује за другу половину двадесетог века³, и од тада се појављују прве дефиниције појма и предмета ове правне дисциплине. Пре него што укажемо на неке

¹ uros@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду од 2013-2020. године.

³ Steve Charnovitz, What is International Economic Law?, *Journal of International Economic Law*, 14(1), 2011, стр. 3-22, с. 15.

од дефиниција, покушаћемо да утврдимо одговарајуће индикаторе за одређивање појма Међународног економског права. То можемо постићи путем језичке анализе уобичајеног значења сваког од саставних елемената назива ове правне дисциплине.

Појам „међународно“ указује да се ради о материји са елементом иностраности. Уколико анализу сведемо на јавноправни дискурс, ради се о проучавању односа чији су актери најмање два носиоца суверенитета. Појам „економско“ указује на економију, односно на научну област која истражује ефикасно искоришћавање фактора производње и вишкова вредности. Када се ова два појма сједине, долази се до појма „међународна економија“, који означава научну дисциплину која проучава деловање спољних чинилаца на националне економије.⁴ У комбинацији са „правом“, као трећим елементом назива МЕР-а, добија се научна дисциплина и грана права која се бави правним оквирима међународних економских односа.

Утемељивач науке Међународног економског права, Џорџ Шварценбергер (Georg Schwarzenberger), је сматрао да постоји потреба за успостављањем нове, специјалне гране права у оквиру Међународног јавног права, ради проучавања норми које уређују међународне односе економског карактера.⁵ У предмет Међународног економског права Шварценбергер, између осталог, уврштава: а) третман најповлашћеније нације и национални третман; б) трговачке споразуме; в) заштиту имовине у иностранству; г) монетарне споразуме; д) право међународних економских и финансијских институција, и т.д.⁶

У литератури се налази на бројне дефиниције Међународног економског права, чијом се свеобухватном анализом може установити шта представља предмет ове правне дисциплине. Тако одређени писци МЕР посматрају као *скуп норми које припадају Међународном јавном праву, а које директно тангирају економску размену између субјеката међународног права*. Под субјектима међународног права ова дефиниција подразумева државе, међународне организације, мултинационалне компаније, невладине организације, али и појединце.⁷

Други писци МЕР дефинишу као *скуп норми Међународног јавног права, које директно или индиректно произлазе из међународних споразума и*

⁴ *Ibidem*, с. 4.

⁵ Georg Schwarzenberger, *The Province and Standards of International Economic Law, International Law Quarterly*, Vol.2, 1948, с. 405.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Ignaz Seidl-Hohenveldern, *International Economic Law*, 3rd rev. ed. The Hague: Kluwer LawInternational, 1999, с. 1.

*притом уређују транснационалне економске односе.*⁸ Предмет Међународног економског права се према овој дефиницији простире на међународне економске организације, решавање међудржавних трговинских спорова, али и на енергетска питања, транспорт, телекомуникације, помоћ државама у развоју, контролу мултинационалних компанија, заштиту животне средине и сл.

Један од најзаслужнијих теоретичара и утемељивача Међународног економског права из друге половине двадесетог века, професор Џон Џексон (John Jackson), чврсто се држао тезе да се МЕР не може издвојити из Међународног јавног права и да се мора посматрати као подсистем ове гране права. Разлог је у томе што се МЕР превише „бави“ нормама које традиционално припадају Међународном јавном праву. Према Џексону, МЕР уређује: а) обавезе држава приликом регулисања економских питања, затим б) решавање међународних трговинских спорова и в) међународне институције и организације које се баве економским питањима.⁹

Једна од ширих дефиниција полази од тога да МЕР представља *скуп свих националних и међународних правних правила која утичу на транснационални промет робе, услуга, капитала и радне снаге.*¹⁰

Из наведених дефиниција се уочава да МЕР представља грану права са изразито дифузним границама, око чијег појма и предмета још увек није постигнут консензус у правној науци. Дефиниције појма и предмета ове гране права које се нуде у литератури су често прешироке, па могу лако обухватити и приватноправне односе између непосредних учесника у међународном промету робе, услуга и капитала. Оно што се, међутим, сигурно може тврдити, је то да МЕР представља посебну грану права која припада општој грани Међународног јавног права. Уколико пођемо од такве премисе, појам и предмет Међународног економског права бисмо морали одредити уз уважавање граница којима је омеђено Међународно јавно право. Како се ради о грани јавног права, МЕР не може обухватити норме које уређују приватноправне односе између субјеката који учествују у међународном промету робе, услуга или капитала. Таквим нормама се бави посебна правна дисциплина – Међународно пословно право. Према

⁸ Pieter VerLoren van Themaat, *The Changing Structure of International Economic Law*, TheHague: T.M.C. Asser Institute, 1981, c. 320.

⁹ John H. Jackson, *International Economic Law: Reflections on the “Boilerroom” of International Relations*, *American University Journal of International Law and Policy*, No. 10, 1995, c. 595-596.

¹⁰ Joel R. Paul, *The New Movements in International Economic Law*, *American University Journal of International Law and Policy*, No. 10, 1995, од стране 607, с. 609, напомена 9.

томе, правна правила која се могу уврстити у корпус Међународног економског права морају бити јавноправне природе.

С обзиром да Међународно јавно право представља општу грану права која уређује односе јавноправне природе између субјеката међународног права, МЕР се може одредити као *грана међународног права која се састоји од правних правила којима се уређују економски односи јавноправне природе између субјеката међународног права*. Међународно економско право би се сажетије могло дефинисати као *скуп правних правила којима се уређују међународни економски односи*. Међународни економски односи су, дакле, предмет регулисања Међународног економског права.

У фокусу Међународног економског права су међународни економски односи између субјеката који имају моћ да креирају опште услове, односно да успостављају правне оквире за обављање економских активности разних приватноправних субјеката (пре свега компанија) у иностранству. То су, у првом реду, државе, као традиционални носиоци политичког и економског суверенитета. Економски суверенитет државе подразумева право државе да на својој територији успоставља и спроводи своје привредне, финансијске, фискалне, царинске и друге прописе који утичу на обављање привредне делатности. Поред држава, у међународном праву постоје и други субјекти, који могу бити носиоци одређених сегмената економског суверенитета. Такав је случај са царинским и економским унијама, које настају на основу одговарајућих међудржавних споразума, где се већи број царинских или економских територија замењује јединственом територијом. Царинске и економске уније су овлашћене да на јединствени начин креирају и спровode мере економске, трговинске и царинске политике према свим трећим субјектима. Најбољи пример за то је Европска унија. У ери глобализације, као *de facto* релевантни субјекти међународних економских односа појављују се и приватноправна лица – мултинационалне компаније. Ови субјекти, иако формално не утичу на креирање правила МЕР, снагом свог капитала, у својству трговаца, а нарочито у својству инвеститора, остварују значајан ефекат на законодавне и међународне активности формалних субјеката МЕР-а.

Услед глобализације и раста међународне трговине и инвестиција, националне привреде су све више међусобно повезане. Међузависност и интеракција унутрашњих привреда утичу на то да мере економске политике које субјекти МЕР-а појединачно спровode нужно делују и на економију осталих субјеката. Те мере могу имати позитивно или неутрално дејство на друге субјекте, али врло често могу имати и негативан ефекат на њихову привреду. Услед те околности, субјектима МЕР-а је у интересу

да се међусобно договоре око правила која ће их обавезивати приликом креирања и спровођења мера економске политике. Имајући то у виду, МЕР се уобличава и развија, у највећој мери, али не и искључиво, кроз пет паралелних процеса.

Први процес представља *нормативно уређење међународне трговине робом и услугама*. Субјекти МЕР-а препознају интерес да се међународна трговина робом и услугама постепено либерализује, путем укидања или смањења мера које имају ограничавајуће дејство на увоз, извоз или транзит. У складу са тим циљем, поступајући са позиције суверена, ови субјекти закључују одговарајуће трговинске споразуме који предвиђају међусобна права и обавезе у доношењу и спровођењу мера са трговинским дејством.

Други процес се огледа *урегулисању трговинских аспеката права интелектуалне својине*.

Трећи процес обухвата *нормативно уређење страних инвестиција*. Са циљем међусобног привлачења страних улагања, субјекти МЕР-а закључују споразуме о третману и заштити страних инвестиција на својим територијама.

Четврти процес подразумева *дефинисање међународних правила у креирању економске, финансијске и монетарне политике*.

Пети процес обухвата *оснивање и функционисање међународних универзалних и регионалних трговинских, економских и финансијских организација и институција*, са циљем надзора над спровођењем договорених правила понашања.

Сви набројани процеси се одвијају у оквиру међународних економских односа и представљају предмет изучавања Међународног економског права.

2. Историјски развој Међународног економског права

2.1. Развој Међународног економског права као посебне гране права

Термин „међународно економско право“ је у правној науци и литератури релативно модеран јер се почетак његове употребе везује за крај прве и почетак друге половине двадесетог века.¹¹ Међународно економско право се у потпуности развило и стекло своје „право грађанства“ знатно касније у односу на традиционалне гране правне науке.

¹¹ S. Charnovitz, op.cit, c. 3

Целокупан досадашњи историјски развој МЕП-а би се могао поделити на два периода. Први период сеже до најранијих цивилизација и траје прилично дуго, све до времена непосредно након Другог светског рата. У том периоду, МЕП се развијало прилично споро и неуједначено. Други период историјског развоја МЕП-а почиње након Другог светског рата. Тада се оснивају прве међународне кредитне и финансијске институције, да би 1947. године био потписан и први универзални трговински споразум - Општи споразум о царинама и трговини (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*). Након ових догађаја, МЕП се убрзано развијало до достизања свог пуног капацитета, крајем двадесетог века.

А) **Развој МЕП-а до Другог светског рата.** Иако корени МЕП-а сежу до античких времена, први препознатљиви елементи ове гране права срећу се у међународним уговорима из периода Новог века. То представљају прве клаузуле најповлашћеније нације и националног третмана, којима се обезбеђивао стандард недискриминације у међусобној трговини између држава. Први облици нерезипрочних гаранција третмана најповлашћеније нације срећу се у уговорима које је Енглеска закључивала са другим државама крајем петнаестог века.¹² Крајем петнаестог и током шеснаестог века је дошло до открића нових континената и успостављања првих колонија од стране европских поморских сила. Те околности су створиле услове за убрзан развој међународне трговине, нарочито прекоморске. Током векова, велике силе су преговарале и закључивале трговинске споразуме којима су се уређивала царинска питања, али и третман страних трговаца и компанија. Током деветнаестог века долази до индустријализације и повећања обима производње добара, а самим тим и до повећаног раста међународне трговине. Тада се јављају и први облици међудржавних трговинских интеграција, углавном између земаља које су национално, језички или религијски блиске. Тако су, на пример, 1834. године немачке државе формирале царинску унију и успоставиле зону слободне трговине. Овај облик трговинске интергације је постојао све до уједињења немачких држава, 1871. године.

Крајем деветнаестог и почетком двадесетог века уочавају се први покушаји на универзалном плану у правцу успостављања консолидације правила која уређују међународну трговину и међународне економске односе. Тако је 1890. године основана Међународна унија за објављивање царинских тарифа, са задатком да периодично објављује националне царинске тарифе на неколико светских језика.¹³ Прва конвенција која је уређивала питање

¹² Georg Schwarzenberger, *The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice, British Year Book of International Law*, бр. 22, 1945, од 96. стране, с. 97.

¹³ S. Charnovitz, *op.cit.* с. 8.

државне помоћи у међународној трговини потписана је 1902. године. Овај међународни трговински споразум је предвиђао обавезе потписница у погледу производње и трговине шећером. Државе-потписнице су такође имале обавезу да уведу компензаторне (антисубвенцијске) мере према свим држава које извозе шећер, а нису потписнице Конвенције. Конвенцијом је основана и Међународна унија за шећер, под чијим је окриљем образована и Стална комисија, где се одлучивало већином гласова.¹⁴ Иако је имала ограничено поље деловања и надлежности, ова Унија је представљала прву међународну трговинску организацију. Током прве деценије двадесетог века јављају се и споразуми којима се забрањује међународна трговина одређеним производима са циљем заштите јавног поретка.¹⁵

Значајније уочавање потребе за стварањем норми којима би се правно уредили међународни економски односи јавило се након Првог светског рата. Версајски мировни уговор из 1919. године је, између осталог, садржао значајан број одредби економског карактера. Чланице Лиге народа су се обавезале да обезбеде и одржавају слободу комуникација и транзита, као и равноправни међусобни трговачки третман.¹⁶ Један од првих међународних званичника који је, 20-тих година претходног века, позвао на међувладину сарадњу и напоре у правцу развоја светске економије и успостављања њеног формалног статуса био је Алберт Томас (Albert Thomas), први директор Међународне организације рада. Тада у међународној јавности први пут долази до запаженијег указивања на значај „светске“ или „међународне“ економије као јединственог појма. Упоредо се у релевантној академској, стручној и политичкој јавности уочавају активности у правцу идентификације политика које су најпрактичније за побољшање светског економског раста и благостања.¹⁷

Током 20-тих година прошлог века јављају се први покушаји стварања универзалних нормативних оквира међународних економских односа. Тако је наиницијативу Економског комитета Лиге народа, 1927. године, одржана дипломатска конференција на којој је усвојена Међународна конвенција о укидању извозних и увозних ограничења.¹⁸ Будући да је представљала преамбициозни подухват, ова Конвенција није никада ступила на снагу услед недовољног броја ратификација. Упоредо је Економски комитет

¹⁴ Bob Reinalda, *Routledge History of International Organizations*, London: Routledge, 2009, с. 126–28.

¹⁵ S. Charnovitz, *op.cit.* с. 8.

¹⁶ Уговор о миру са Немачком од 28.јуна 1919. године, члан 23.

¹⁷ S. Charnovitz, *op.cit.* с. 5.

¹⁸ S. Charnovitz, *op.cit.* с. 10.

Лиге народа организовао и Светску економску конференцију са које је послата порука о потреби уклањања царинских и нецаринских баријера које значајно отежавају трговину.¹⁹ Током година, Економски комитет је радио и на проучавању клаузуле најповлашћеније нације и правном дефинисању њеног појма и садржине.²⁰

Током 30-тих година претходног века настављено је са напорима на међународном плану у правцу промоције универзалног регулаторног оквира међународних економских односа, али без значајнијих успеха. У организацији Лиге народа одржана је Међународна монетарна и економска конференција у Лондону, 1933. године, на којој је покушано успостављање споразума у вези трговинске и валутне стабилности.²¹ Као и многи други подухвати тог доба, и ова Конференција се завршила неуспехом.

Б) **Развој МЕП-а након Другог светског рата.** Током првих година након Другог светског рата дошло је до прекретнице у историјском развоју Међународног економског права. У новом поретку који је уследио после победе Савезника у глобалном светском сукобу, међународна трговина се препознала као главни ослонац будућег раста и стабилности међузависних националних привреда. Код држава се јавио интерес да се успостави несметано одвијање међународне трговине и осталих аспеката међународних економских односа, као првог и најважнијег предуслова за развој националних економија и одржање светског мира. Након Другог светског рата, затечене су бројне царинске и нецаринске баријере које су значајно оптерећивале и поскупљивале међународну трговину. Услед тих околности изостајао је очекивани привредни развој држава, а самим тим и развој осталих сегмената друштвеног живота. Због тога је многим државама било у интересу да међународни економски односи буду, у што је могуће већој мери, правно уређени. Правним уређивањем међународних економских односа државе су настојале да постигну сигурност и предвидивост оквира у којима се они одвијају.

¹⁹ H. Colijn, Report of the World Economic Conference. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, No.134, 1927, стр. 140-144, с. 140

²⁰ J. H. Jackson, *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, Inc., 1969, с. 250–51. Начело највећег повлашћења као рефлексивна начела недискриминаторног третмана препознато је као кључна претпоставка (заједно са начелом националног третмана) за установљавање мултилатералног трговинског система. Начело најповлашћеније нације је принцип на основу кога државе једна другој одређују третман у међународној трговини: држава која јеживалац третмана има право на третман који држава која даје третман обезбеђује било којој трећој држави. Видети: Предраг Цветковић, *Право и теорија игара: пример права Светске Трговинске Организације, Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 81, 2018, стр. 83-102, с. 92.

²¹ S. Charnovitz, op.cit. с. 10.

Период изградње МЕП-а након Другог светског рата карактеришу **три паралелна процеса**. **Први процес** је везан за успостављање универзалног регулаторног система **међународне трговине**. Путем правног уређења међународних трговинских односа државе су настојале да успоставе оптимални степен либерализације трговине и елиминисања препрека у трговини, ради интензивније привредне сарадње компанија широм света, повећања увоза и извоза и раста глобалног животног стандарда. **Други процес** је подразумевао дефинисање правних оквира међународних финансијских, кредитних и валутних односа. Активности држава у оквиру **трећег процеса** односиле су се на уређење правног положаја страних инвеститора, пре свега на њихову материјалноправну и процедуралну заштиту од мера државе пријема инвестиције.

Након Другог светског рата појавила се, дакле, први пут јасна идеја за успостављање регулаторног оквира међународних економских односа који би омогућио бржи и равномернији развој међународне трговине и привреде. Ова идеја је подразумевала успостављање „три носећа стуба“ на којима би почивали послератни међународни економски односи. Један стуб би се бавио обновом ратом разрушених привреда и развојним кредитирањем, други валутном стабилношћу и стабилношћу платних биланса, а трећи уређивањем правила међународне трговине и њеном постепеном либерализацијом. Непосредно после Другог светског рата, сарадом су почели Међународна банка за обнову и развој (од које је касније настала Група Светске банке) и Међународни монетарни фонд, којима се придаје значај прва два „носећа стуба“ међународних економских односа. Ови „стубови“ су заслужни за профилисање правних оквира међународних финансијско-кредитних и валутних односа, који представљају битан део међународних економских односа и МЕП-а.

Недуго након оснивања Међународне банке за обнову и развој и Међународног монетарног фонда, у Женеви су представници 23 државе отпочели преговоре о либерализацији трговине робом, што је резултирало потписивањем Општег споразума о царинама и трговини (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*), 1947. године. Општи споразум о царинама и трговини (даље и: *GATT*) је представљао први мултилатерални и универзални трговински споразум који је предвиђао правила понашања у међународним трговинским односима. Споразум је допринео знатном смањењу царинских стопа и значајној либерализацији трговине робом, путем елиминисања бројних нецаринских баријера. Потписивање *GATT*-а сматра се почетком периода изградње „трећег стуба“ међународних економских односа, који је трајао знатно дуже него код прва два „стуба“. Тај процес се окончао 1994. године, оснивањем Светске трговинске

организације (*World Trade Organization*). Овај догађај представља круну развоја Права међународне трговине, као носеће дисциплине МЕП-а.

У међувремену, почевши од 60-тих година прошлог века, дошло је до експанзије билатералних међудржавних споразума о третману и заштити страних инвестиција. То је омогућило стварање и развој Међународног инвестиционог права, као посебне и веома комплексне правне дисциплине у оквиру МЕП-а.

Сви набројани процеси су у потпуности заокружили развој система МЕП-а, као самосталне и модерне правне гране, настале у оквиру тенденције развоја технологије и глобализације светске привреде и тржишта.

2.2. Развој Међународног економског права као посебне правне науке

Упоредо са развојем МЕП-а као позитивне гране права, развијала се и посебна научна дисциплина која је проучавала правне аспекте међународних економских односа. Слично као и код развоја норми МЕП-а, и развој науке ове гране права се може поделити на период до краја Другог светског рата и период који је уследио после. Сличност је и у томе што се наука МЕП-а током првог периода развијала доста споро, да би тек током другог периода дошло до њеног убрзаног развоја и популаризације.

Подаци у модерној литератури наводе да прва позната публикована употреба термина „међународно економско право“ датира из 1938. године. Овај термин је тада у једној од својих књига употребио Ернст Фејлченфелд (*Ernst Feilchenfeld*), професор Џорџтаун универзитета.²²

Савремена литература МЕП-а за родоначелника ове дисциплине признаје већ поменутог професора Џорџа Шварценбергера (1908-1991), професора Међународног права на Универзитету Лондон. Шварценбергер је од 1942. године почео да пише и објављује научне чланке које анализирају теме МЕП-а.²³ Посебну пажњу овог професора привлачио је феномен стандарда најповлашћеније нације, чија примена тада још није била распострањена.²⁴ Крајем 40-тих година прошлог века, упоредо са потписивањем првог Општег споразума о царинама и трговини, Шварценбергер у својим радовима указује на потребу стварања МЕП-а као специјалне, али и самосталне

²² Ради се о књизи *The Next Step: A PlainMan's Guide to International Principles*. Видети: S. Charnovitz, op.cit. c. 12.

²³ S. Charnovitz, op.cit. c. 13.

²⁴ На пример, 1945. године Шварценбергер је објавио чланак који се бави стандардом најповлашћеније нације у Британској пракси. Чланак носи назив *The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice*. Видети напомену 11.

гране међународног јавног права права. Између осталог, овај професор је најбрже у академској заједници уочио значај *GATT*-а, сматрајући га првим значајним кораком ка далекосежном и свеопштем стварању дисциплине у спровођењу мера економске и трговинске политике. Коментаришући потписивање *GATT*-а, у једном од својих радова је истакао да ће механизам *GATT*-а временом постати „међународни економски систем чији органи неће само извештавати и давати препоруке, већ ће деловати и одлучивати“.²⁵

Током 50-тих година прошлог века долази до признавања МЕП-а као посебне научне дисциплине од стране угледних посленика Међународног јавног права. Започиње се и са учесталијим објављивањем радова из области МЕП-а, пре свега од стране правника који су се бавили Међународним јавним правом. Упоредо са тим, на престижним светским универзитетима се отпочиње са креирањем курсева и предмета из ове правне дисциплине, који постају прилично популарни.²⁶ Развој науке МЕП-а се умерено одвијао током наредних деценија двадесетог века. Током тог периода објављиване су и прве научне и стручне књиге које третирају ову област. Међу посленицима МЕП-а „друге генерације“ посебно се издвојио Џон Џексон (1932-2015), професор већег броја престижних универзитета у САД. Он је од краја 1960-их, па све до своје смрти, објавио велики број капиталних дела и радова из области МЕП-а, те је својим идејама и запажањима дао огроман допринос овој науци.

Наука МЕП-а почиње убрзано да се развија крајем 1980-их и почетком 1990-их година, упоредо са одвијањем Уругвајске рунде преговора у оквиру *GATT*-а. Оснивањем Светске трговинске организације, 1994. године, дошло је до корените промене структуре и формата међународних економских односа. Међународно економско право и формално постаје једна од најзначајнијих грана права која уређује међународне односе. С тим у вези и МЕП доживљава врхунац у свом развоју и популарности међу правним научницима и практичарима. Иако је потекло из Међународног јавног права, током последњих деценија, МЕП се потпуно осамосталило и стекло статус посебне дисциплине у правној науци.

3. Систем МЕП-а

Систем савременог Међународног економског права се састоји од три виталне области изучавања.

²⁵ G. Schwarzenberger, *The Province and Standards of International Economic Law, International Law Quarterly*, бр. 2, 1948, од стране 402, с. 420.

²⁶ Видети: David Hughes Parry, *The Place of Constitutional Law and International Law in Legal Education, Journal of Legal Education*, No. 2, 1950, од стране 428, с. 432.

Прву област МЕП-а чини **Право међународне трговине**. Ова област се састоји од норми међународног и јавноправног карактера којима се уређују, пре свега, услови прекограничног промета робе и услуга, али и трговински аспекти права интелектуалне својине. Ово је и најобимнија област МЕП-а. Предмет изучавања овог дела МЕП-а су бројни међународни трговински споразуми билатералног, регионалног и мултилатералног карактера, као и одговарајућа начела међународне трговине. Централну област изучавања представља право Светске трговинске организације (СТО), као универзални регулаторни оквир међународне трговине. Поред међународних, постоје и национални извори који уређују прекогранични промет робе и услуга. Ради се о законима и подзаконским актима државе којима се регулишу царинска, спољнотрговинска и питања међународних плаћања. Ови извори креирају посебну грану права – Право спољне трговине, која је, за разлику од Права међународне трговине, грана унутрашњег права. Услед тога, домаћи спољнотрговински, царински и девизни прописи нису предмет изучавања Права међународне трговине. Поред тога, готово све државе света своје унутрашње прописе који регулишу међународну трговину усклађују са одговарајућим међународним нормама, пре свега са правним системом СТО.

Друга област МЕП-а обухвата правне оквире **међународних финансијских односа**. Овде су предмет изучавања међународне норме којима се уређује статус и функционисање најважнијих међународних финансијских и кредитних организација, попут Групе Светске банке и Међународног монетарног фонда.

Трећа витална област МЕП-а је **Међународно право страних инвестиција**. Ради се о нормама које су садржане у одговарајућим међународним споразумима о третману и заштити страних инвестиција. Међународно право страних инвестиција се сагледава као део процеса развоја ефикасног система норми за регулисање међународних економских односа.²⁷ Сачињено је од скупа норми међународног порекла којима се уређују транснационална улагања капитала и са њим повезане делатности приватних лица, као и модалитети заштите имовине страних инвеститора.²⁸

4. Закључак

Међународно економско право (МЕП) је грана права која се састоји од правних правила којима се уређују економски односи јавноправне природе

²⁷ П. Цветковић, *Међународно право страних инвестиција*, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007, с. 4.

²⁸ *Ibidem*.

између субјеката међународног права. Међународно економско право представља посебну грану права која припада општој грани Међународног јавног права. У фокусу Међународног економског права су међународни економски односи између субјеката који имају моћ да креирају опште услове, односно да успостављају правне оквире за обављање економских активности разних приватноправних субјеката (пре свега компанија) у иностранству. То су, у првом реду, државе, као традиционални носиоци политичког и економског суверенитета.

Целокупан досадашњи историјски развој МЕР-а би се могао поделити на два периода. Први период сеже до најранијих цивилизација и траје прилично дуго, све до Другог светског рата. Други период историјског развоја МЕР-а почиње после Другог светског рата. У првом периоду МЕР се развијало прилично споро и неуједначено. Први препознатљиви елементи ове гране права срећу се у међународним уговорима из периода Новог века. Крајем деветнаестог и почетком двадесетог века уочавају се први покушаји на универзалном плану у правцу успостављања консолидације правила која уређују међународну трговину и међународне економске односе. Током 20-тих и 30-тих година прошлог века јављају се први покушаји стварања универзалних нормативних оквира међународних економских односа, али без значајнијих успеха.

Након Другог светског рата појавила се први пут јасна идеја за успостављање регулаторног оквира међународних економских односа који би омогућио бржи и равномернији развој међународне трговине и привреде. Непосредно после Другог светског рата, са радом су почели Међународна банка за обнову и развој (од које је касније настала Група Светске банке) и Међународни монетарни фонд, а 1947. године је потписан први мултилатерални трговински споразум – Општи споразум о царинама и трговини (*GATT*). Оснивање Светске трговинске организације, 1994. године, представља круну развоја МЕР-а.

Упоредо са развојем МЕР-а као позитивне гране права, развијала се и посебна научна дисциплина која је проучавала правне аспекте међународних економских односа. Савремена литература МЕР-а за родоначелника ове дисциплине признаје професора Џорџа Шварценбергера (1908-1991), професора Међународног права на Универзитету Лондон. Шварценбергер је од 40-тих година претходног века почео да пише и објављује научне чланке које анализирају теме МЕР-а. Током 50-тих година претходног века долази до признавања МЕР-а као посебне научне дисциплине од стране угледних посленика Међународног јавног права. Наука МЕР-а почиње убрзано да се развија крајем 1980-их и почетком 1990-их година, упоредо

са одвијањем Уругвајске рунде преговора у оквиру *GATT*-а. Оснивањем Светске трговинске организације, 1994. године, МЕП доживљава врхунац у свом развоју и популарности међу правним научницима и практичарима. Иако је потекло из Међународног јавног права, током последњих деценија, МЕП се потпуно осамосталило и стекло статус дисциплине у правној науци.

Систем Међународног економског права се данас састоји од три виталне области изучавања: а) Права међународне трговине; б) правних оквира међународних финансијских односа; в) Међународног права страних инвестиција.

Литература

Charnovitz, S. (2011). What is International Economic Law? *Journal of International Economic Law*. 14(1). 3-22;

Colijn, H. (1927). Report of the World Economic Conference. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. 134. 140-144;

Цветковић, П. (2018). Право и теорија игара: пример права Светске Трговинске Организације. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 81. 83-102.

Cvetković, P. (2007). *Međunarodno pravo stranih investicija*. Beograd: Zadužbina Andrejević.

Feilchenfeld, E. (1938). *The Next Step: A Plain Man's Guide to International Principles*.

Hughes Parry, D. (1950). The Place of Constitutional Law and International Law in Legal Education. *Journal of Legal Education*. 2. 428-432;

Jackson, J.H. (1995). International Economic Law: Reflections on the "Boilerroom" of International Relations. *American University Journal of International Law and Policy*. 10. 595-606;

Jackson, J. H. (1969). *World Trade and the Law of GATT*. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, Inc;

Paul, J. R. (1995). The New Movements in International Economic Law. *American University Journal of International Law and Policy*. 10. 607-617;

Reinalda, B. (2009). *Routledge History of International Organizations*. London: Routledge;

Schwarzenberger, G. (1948). The Province and Standards of International Economic Law. *International Law Quarterly*. 2. 402-420;

Schwarzenberger, G. (1945). The Most-Favoured-Nation Standard in British State Practice. *British Year Book of International Law*. 22. 96-121;

Seidl-Hohenveldern, I. (1999). *International Economic Law*. The Hague: Kluwer Law International;

Ver Loren van Themaat, P. (1981). *The Changing Structure of International Economic Law*. The Hague: T.M.C. Asser Institute.

ТУМАЧЕЊА МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ПРИМЕНОМ ПРАВИЛА ИЗ БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О УГОВОРНОМ ПРАВУ ОД СТРАНЕ СУДА ПРАВДЕ ЕУ²

Апстракт: Рад представља истраживање и критичку анализу јуриспруденције Суда правде Европске уније која се односи на тумачење међународних уговора закључене од стране Европске уније. Лапидарност чл. 31 Бечке конвенције о уговорном праву омогућила је да се позивањем на општа правила тумачења остварују бројне функције: првенствено, утврђивање предмета и сврхе међународног споразума, али и дефинисање правног основа за закључивање међународног уговора ЕУ. Поред тога, упоређивала су се тумачења одредби међународних споразума корелативних праву ЕУ, а такође се тумачио и шири контекст закључења међународног уговора ЕУ. Иако ређе, приликом тумачења је вођено рачуна и о накнадним споразумима и накнадној пракси, као и примени других релевантних правила међународног права. За разлику од других судова, националних и међународних, Суд правде ЕУ не посвећује дужну пажњу припремним радовима (*travaux préparatoires*) и околностима закључивања међународног уговора у циљу његовог историјског тумачења. Анализом учесталости и начина примене различитих средстава тумачења предвиђених релевантним члановима Бечке конвенције, запажа се првенствено и најчешће позивање на предмет и сврху међународног уговора, односно доминантност телеолошког над осталим методама тумачења.

Кључне речи: тумачење међународних уговора, Бечка конвенција о уговорном праву, Суд правде ЕУ, предмет и сврха уговора, накнадни споразум, накнадна пракса, *travaux préparatoires*.

¹ sanjadj@prafak.ni.ac.rs

² Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду од 2013-2020. године.

1. Увод

Суд правде Европске уније (надаље: СПЕУ, Суд) релативно се често сусретао са проблемом тумачења међународних уговора које је закључила Европска унија. У тим приликама позивао се на чл. 31 или 32 Бечке конвенције о уговорном праву (надаље: БКУП) који садрже правила тумачења конструисана тако да представљају смернице и ограничење у методологији тумачења правних норми.³ Систематизација рада се ослања на поделу извршену у БКУП на општа и допунска средства тумачења, те ће се у првом, обимнијем делу рада анализирати богата пракса Суда везана за чл. 31, подељен по ставовима, а у другом његово штуро позивање на чл. 32 БКУП. Имајући у виду опсежност јуриспруденције, као и дилеме које су се отварале у вези са тумачењем појединих извора права, домашај рада ограничиће се на анализу тумачења међународних уговора које је закључила ЕУ, док оснивачки уговори и секундарна легислатива неће бити предмет разматрања.⁴

³ Beck, G, The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties, Yearbook of European Law, Vol. 35, No. 1, 2016, p. 512.

⁴ Будући да се став Суда донекле разликује у зависности од категорије извора, упозорава се да је „питање шта се тумачи важно [...]: међународни споразуми закључени од стране ЕУ, сами оснивачки уговори, или секундарно законодавство ЕУ?"; Kuijper, P.J, The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story, у: E. Cannizzaro (Ed.), The Law of Treaties Beyond the Vienna convention, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 256-257.

2. Примена општих правила из чл. 31 Конвенције

Општа правила тумачења, садржана у лапидарном чл. 31 БКУП,⁵ обухватају чак осам средстава тумачења.⁶ Самим тим, позивањем на дати члан, могу се остваривати бројне функције. Имајући у виду да средства тумачења често могу бити у нескладу, међународни судови⁷ имају праксу одабира појединих или, чак, приписују већу тежину одређеном резултату тумачења неке норме, која се пак, разликује од другог тумачења исте одредбе.⁸ Међутим, за разлику од других међународних судова, Суд правде не врши хијерархијско разликовање средстава тумачења.⁹ Приликом тумачења је

⁵Чл. 31 БКУП наводи:

„1. Уговор се мора добронамерно тумачити према уобичајеном смислу који се мора дати изразима у уговору у њиховом контексту и у светлости његовог предмета и његовог циља.

2. У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста, увода и укључених прилога: а) сваки споразум у вези са уговором који постоји између чланица приликом закључивања уговора; б) сваки инструмент који сачине једна или више чланица приликом закључења уговора а који прихвате остале чланице као инструмент који се односи на уговор.

3. Као и о контексту, водиће се рачуна: а) о сваком доцнијем споразуму између чланица у погледу тумачења уговора или примене његових одредаба; б) о свакој доцнијој пракси у вези са применом уговора којим је постигнут споразум између чланица у погледу тумачења уговора; в) о сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица.

4. Израз се узима у посебном смислу ако се утврди да је таква била намера страна уговорница.“

⁶Према једној од мноштва класификација, реч је о: принципу *bona fides*, уобичајеном значењу речи и израза, контексту, предмету и циљу, споразумима уговорних страна у вези са уговором (приликом закључивања или накнадно сачињен), другим инструментима свих или појединих страна уговорница који се односи на уговор а који прихвате и преостале уговорнице, накнадној пракси, као и другим релевантним правилима међународног права; према Villiger, M, *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The 'Crucible' Intended by the International Law Commission*, у: E. Cannizzaro (Ed.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna convention*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 108-110.

⁷Оваква пракса није страна ни Међународном суду правде који је исту одредбу тумачио на другачији начин у зависности од фазе поступка.

⁸Etinski, R, *Means of interpretation of international treaties and determinants of their significance*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 4/2017, 2017, pp. 1180-1181.

⁹Beck, G, *The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, *Yearbook of European Law*, Vol. 35, No. 1, 2016, p. 495.

Суд био врло либералан, тако да се чини да је свесрдно прихватио став да је „*тумачење донекле уметност, а не прецизна наука*“.¹⁰

У поређењу са другим судовима, Суд правде чешће даје предност телеолошким над лингвистичким критеријумима тумачења,¹¹ чиме се сврстава у категорију либералнијих судова који теже да прошире дискрециону оцену судије.¹² Већи нагласак на језичке формулације уочљив је код уговора техничке природе,¹³ чије су норме претежно јасне и прецизне. У овим ситуацијама СПЕУ се првенствено ослања на дословно значење одредби, а ређе користи остала средства тумачења.¹⁴ За разлику од тога, код тумачења међународних уговора ЕУ којим би се потакле осетљиве политичке теме, и које самим тим задиру у интересе, вредности и конституционални поредак Уније, евидентно је његово прибегавање врло флуидном телеолошком тумачењу. Суд се у овим приликама није уздржавао нити показивао методолошки систематизован приступ, већ је либерално сваки пут бирао другачији циљ и сврху, једино показујући доследност у томе да је одабир средства тумачења, а самим тим и његов крајњи резултат, погодовао про-европском интеграционистичком моделу.¹⁵ Истиче се да: „*у општем међународном праву, упућивање на предмет и сврху уговора поима се као начин којим би се омогућило прогресивно, еволутивно тумачење које потенцијално раздваја уговор од првобитне воље држава чланица. За Европски суд правде, међутим, упућивање на предмет и сврху споразума ... је ради истицања ограничености традиционалних међународних споразума у поређењу са динамичном природом права Заједнице*“.¹⁶ Чак толико потенцира

¹⁰ Yearbook of the International Law Commission, 1966, vol. II, p. 218, para. 4; Aust, A, Modern Treaty Law and Practice, Cambridge University Press, 2000, p. 184.

¹¹ Beck, G, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 280-288.

¹² Beck, G, The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties, Yearbook of European Law, Vol. 35, No. 1, 2016, p. 484-485.

¹³ Области пољопривреде, заштите животне средине, рибилова, пореза, царинске уније и сл.

¹⁴ Beck, G, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 286.

¹⁵ Beck, G, The Macro Level: The Structural Impact of General International Law on EU Law: The Court of Justice of the EU and the Vienna Convention on the Law of Treaties, Yearbook of European Law, Vol. 35, No. 1, 2016, p. 485.

¹⁶ Aust, H.P, Rodiles, A., Staubach, P, Unity or Uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation, Leiden Journal of International Law, Volume 27, Issue 1, 2014, p. 102.

телеолошко тумачење да поједини теоретичари чак тврде да је у питању *мета-телеолошки приступ*.¹⁷

Иако се СПЕУ начелно позива на читав чл. 31, запажа се да је првенствено и најчешће позивање било на први став, односно на тумачење предмета и сврхе међународног уговора, док је позивање на други и трећи став много ређе.

3. Позивање на чл. 31(1) Конвенције

На први поглед се правна аргументација СПЕУ не разликује од резонувања осталих судова, како националних уставних, тако и међународних.¹⁸ Иако је формално гледано полазиште Суда увек било језичко, заправо је оно скоро увек устукнуло пред телеолошким тумачењем.¹⁹ Из мноштва примера позивања на предмет и сврху међународног уговора, могу се издвојити две ситуације. У првој је позивање на предмет и сврху у служби дефинисања правног основа за закључивање међународног уговора од стране ЕУ, док се у другој ситуацији проблем јавља при тумачењу истоветних или сличних одредби од којих једна потиче из међународног споразума а друга из права ЕУ.

4. Дефинисање правног основа за закључивање међународног уговора ЕУ

Како би се пронашао одговарајући правни основ унутар за закључење међународног споразума од стране ЕУ, неопходно је претходно анализирати његов предмет и сврху. Тиме се долази до информације о области под коју потпада дати међународни споразум ЕУ, што има значајне импликације у погледу надлежности за закључење. Примера ради, иако се Суд у предмету *Energy Star* није директно позвао на чл. 31, већ само на преамбулу споразума између ЕЗ и САД,²⁰ то је учинио са јасном намером одређивања предмета

¹⁷ Moreno-Lax, V, Of Autonomy, Autarky, Purposiveness and Fragmentation: The Relationship between EU Asylum Law and International Humanitarian Law, у: DJ Cantor and J-F Durieux (Eds), *Refuge from Inhumanity?*, Leiden/Boston: Brill, 2014, pp. 295–341.

¹⁸ Beck, G, *The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 287-300.

¹⁹ „Иако СПЕУ није одбацио оквир БКУП, позивао се само на први став члана 31“; Brölmann, C, *Specialized Rules of Treaty Interpretation: International Organizations*, у: D. B. Hollis, *Oxford Guide to Treaties*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 517.

²⁰ Agreement between the Government of the United States of America and the European Community on the coordination of energy-efficient labelling programs for office equipment, Washington, 19.12.2000.

и сврхе међународног уговора. То је пак, учињено у циљу проналажења релевантног правног основа за његово закључење.²¹ Исто тако, Суд је у случају *Daiichi Sankyo* испитивао предмет, сврху и посебно преамбулу ТРИПС споразума²² како би утврдио да ли је његов циљ заиста био „смањење поремећаја међународне трговине”.²³ Слично томе, у *Мишљењу 2/00* поставило се питање релевантног правног основа закључивања Картагенског протокола уз Конвенцију о биолошкој разноврсности,²⁴ због чега је Суд приступио не само анализи контекста, предмета и сврхе самог Протокола, већ и Конвенције као основног уговора.²⁵ Узевши у обзир овакав „темељ“, на бази кога се доноси додатни уговор односно, Суд је јасно могао да утврди правни основ закључивања на основу ширег контекста и позадине његовог усвајања, и последично томе га сврстао у област искључиве надлежности ЕУ.

На основу реченог запажа се да избор одговарајућег правног основа за закључивање међународних уговора ЕУ претежно остаје унутрашње питање правног поретка ЕУ, а у случају спора – Суда правде.²⁶

5. Тумачење истоветних одредби међународних споразума корелативних праву ЕУ

Посебна ситуација јавља се приликом одлучивања да ли одредбу из међународног споразума треба тумачити на исти начин као и истоветну одредбу права ЕУ, будући да употребљава исте или сличне изразе и формулације. У пракси се најчешће ова дилема јављала код уговора о придруживању, при чему се разликују две ситуације. У првој би Суд протумачио на исти начин истоветне или сличне норме различитог

²¹ Разматрајући преамбулу установио да је споразум намеравао да промовише енергетску ефикасност, и стога следио еколошки циљ, на крају је дошао до другачијег закључка, с обзиром на доминантност комерцијалног циља уговора. C-281/01, *Commission v. Council*, ECLI:EU:C:2002:761, paras 38-39, 43.

²² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Annex 1C of the Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, Marrakesh, Morocco, 15.04.1994, 1869 UNTS 299.

²³ C-414/11, *Daiichi Sankyo and Sanofi-Aventis Deutschland*, EU:C:2013:520, para. 58.

²⁴ Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, 2226 UNTS 208, 11.09.2003. Наиме, постојала је дилема да ли је реч о трговинском споразуму са аспектима еколошких питања, споразуму о заштити животне средине са аспектима трговине, или о нераскидиво везаним питањима.

²⁵ Opinion 2/00, EU:C:2001:664, paras 24-29.

²⁶ Odermatt, J, *The Use of International Treaty Law by the Court of Justice of the European Union*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, Vol. 17, 2015, pp. 135.

порекла, односно из међународног уговора и права ЕУ, док би у другој пак, истицао немогућност тумачења сличних одредби на исти начин.

Примере када је Суд тумачио одредбе и изразе међународног споразума са корелативном одредбом права ЕУ на исти начин налазимо у предмету *Pabst & Richarz v Hauptzollamt Oldenburg*. Након што је анализирао циљ и природу споразума о придруживању са Грчком, Суд је утврдио да њена одредба о недискриминаторном опорезивању „испуњава ... исту функцију као и члан 95 [ЕЕЗ]“,²⁷ те није нашао разлог за тумачење одредбе другачије од одговарајуће из права ЕУ.²⁸ Надаље, у случају *Administration des Douanes v Legros and Others*, Суд је био суочен са значењем израза „задужење једнаког ефекта“ из споразума о придруживању између ЕЗ и Шведске. Установљено је да ће споразум „бити ускраћен већег дела ефективности уколико израз „задужење једнаког ефекта“ садржан у члану 6 Споразума треба тумачити тако да има ограниченији домен од истог термина који се појављује у Уговору о ЕЕЗ“.²⁹ Слично томе, у предмету *Jany*, спорно је било питање да ли се проституција може подвести под „економску делатност“,³⁰ будући да је држава чланица израз „економске активности samozапослене особе“ из споразума о придруживању³¹ тумачила другачије од појма „активности samozапослених лица“ из тадашњег чл. 52 Уговора о ЕЗ. Испитујући преамбулу споразума, Суд је установио да је његова сврха промовисање „проширивања трговине и складних економских односа између уговорних страна у циљу подстицања динамичног економског развоја и просперитета“³², након чега је закључио да нема ничег што би омогућило другачије тумачење поменутог два израза.³³ Након што је пронашао уобичајено значење израза у међународном споразуму, Суд је утврдио да је исто као и значење који се користи у праву ЕУ, што је поновио у бројним наредним случајевима.³⁴ Свакако, мора се истаћи да идентичност текста не доводи аутоматски

²⁷ Сада чл. 110 УФЕУ.

²⁸ C-17/81, *Pabst & Richarz KG v. Hauptzollamt Oldenburg*, EU:C:1982:129, para. 27.

²⁹ C-163/90, *Administration des Douanes v. Legros and Others*, EU:C:1992:326, para. 26.

³⁰ C-268/99, *Aldona Małgorzata Jany e.a v. Staatssecretaris van Justitie (Jany and Others)*, EU:C:2001:616, para. 35.

³¹ Реч је о споразумима о придруживању са Пољском и Чешком, тачније чл. 44(4)(а) (з) првопоменутог, као и чл. 45(4)(а)(з)) другопоменутог споразума.

³² *Jany*, para. 36.

³³ *Ibid*, para. 37-38.

³⁴ C-63/99 *Secretary of State for the Home Department, ex parte Wiesław Głoszczuk and Elzbieta Głoszczuk*; C-235/99 *Secretary of State for the Home Department ex parte Eleanora Ivanova Kondova*; C-257/99 *Secretary of State for the Home Department ex parte Julius Barkoci and Marcel Malik*; C- 162/00 *Land Nordrhein-Westfalen v. Beata Pokrzepowicz-Meyer*.

до истоветних тумачења, већ Суд врло пажљиво разматра и упоређује предмет, сврху и контексте уговора у сваком појединачном спору.³⁵

Са друге стране, постоји мноштво примера када долази до другачијег резултата тумачења наизглед истих одредби из међународних уговора са корелативном нормом из права ЕУ. Чињеница да се у норми међународног споразума употребљавају слични или идентични изрази као и у одредби права ЕУ не подразумева обавезу њиховог истоветног тумачења. У најпознатијем предмету *Polydor*³⁶, Суд је дао другачије значење изразу употребљеном у праву ЕУ у односу на тумачење тог истог израза из међународног споразума закљученом између ЕЗ и Португалије. Наиме, анализирајући предмет, сврху и преамбулу тог споразума, утврдио је да је имао за циљ консолидовање и проширење економских односа између ЕЗ и Португалије.³⁷ Упркос коришћењу скоро идентичних формулација и термина као из Уговора о ЕЕЗ у вези с укидањем ограничења трговине унутар ЕЗ, Суд је утврдио постојање релевантне разлике у међу њима, и сагласно томе дао другачије значење појединим изразима.

Дати став је поновљен у саветодавном *Мишљењу 1/91*³⁸, када је подвучено да Споразум о заједничком економском простору „само ствара права и обавезе између уговорних страна” док је Уговор о ЕЕЗ квалитативно другачији будући да „представља уставну повељу Заједнице засновану на владавини права”.³⁹ Слично томе, у предмету *Metalsa* од Суда је затражено да одлучи да ли одредбу о слободној трговини у споразуму између ЕЕЗ и Аустрије треба тумачити на исти начин као чл. 95 Уговора о ЕЕЗ. Суд је поновио да је неопходно испитати циљ при тумачењу датог члана, узимајући у обзир предмет и сврху споразума, нашавши значајне разлике међу њима. Наиме, Суд је утврдио да је циљ Уговора ЕЕЗ успостављање заједничког тржишта док је споразум о слободној трговини између ЕЗ и Аустрије прогресивно елиминисао препреке трговини у складу са одредбама ГАТТ-а у области слободне трговине.⁴⁰ Интересантно је да се немогућност поређења оснивачких уговора са другим „обичним” међународним уговорима протеже чак и на немогућност изједначавања истих коришћених израза

³⁵ *Administration des Douanes v. Legros and Others*, para. 23.

³⁶ C-270/80, *Polydor and Others v. Harlequin and Others*, EU:C:1982:43.

³⁷ *Ibid*, para. 10.

³⁸ *Opinion 1/91*, EU:C:1991:490, para. 14.

³⁹ *Ibid*, paras 20-21.

⁴⁰ C-312/91, *Metalsa*, EU:C:1993:279, para. 11.

и синтагми.⁴¹ Последично томе, тумачење међународних уговора ЕУ често доводи до другачијег резултата у односу на онај добијен тумачењем сличне или чак идентично формулисане одредбе или израза из домена права ЕУ.

Суд је такође налазио различитост при тумачењу и поређењу одредби два међународна уговора. Примера ради, када је од њега затражено у предмету *Eddine El-Yassini*⁴² да судску праксу која се односила на Споразум између ЕЕЗ и Турске аналогно примени на одредбе Споразума између ЕЕЗ и Марока, утврдио је да имају различите циљеве и сврху,⁴³ те се стога ни релевантна јуриспруденција првопоменутог споразума није могла аналогно применити на други.⁴⁴

6. Позивање на чл. 31 (2) Конвенције

За разлику од тумачења предмета и сврхе међународног уговора, постоји знатно мање примера позивања на чл. 31 (2) БКУП.⁴⁵ Претежно се анализа своди на значај који је придаван преамбули, као елементу контекста у коме је усвојен међународни споразум, а засад не постоје примери тумачења позивањем на споразум у вези са уговором који постоји између чланица, као и сваког инструмента који сачине једна или више чланица приликом закључења уговора а који прихвате остале чланице као инструмент који се односи на уговор. Иако је СПЕУ често анализирао преамбулу заједно са предметом и циљем међународног уговора, односно позивањем на први став чл. 31 БКУП, у појединим случајевима је она имала пресудан значај, те је издвојена као елемент контекста из другог става тог члана.

⁴¹ „Оно што је изванредно у начину на који се Суд правде позива на члан 31 Бечке конвенције, изричито у Мишљењу 1/91, а имплицитно у Полидору, је нагласак који се ставља на циљ и сврху уговора“; према: Kuijper, P.J, *The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*, *Legal Issues of European Integration*, No. 25, Issue 1, 1998, pp. 1-3.

⁴² C-416/96, *Eddine El-Yassini*, EU:C:1999:107, para. 47.

⁴³ Након што је испитивао и упоредио споразуме у светлу њихових предмета и сврхе, утврдио је да за разлику од споразума са Турском, онај закључен између ЕЕЗ и Марока није имао намеру да прогресивно обезбеди слободно кретање радника; *Ibid*, para. 58.

⁴⁴ *Ibid*, para. 61.

⁴⁵ Чл. 31(2): У циљу тумачења уговора, контекст обухвата, осим текста, преамбуле и укључених прилога: а) сваки споразум у вези са уговором који постоји између чланица приликом закључивања уговора; б) сваки инструмент који сачине једна или више чланица приликом закључења уговора а који прихвате остале чланице као инструмент који се односи на уговор.

За пресудан значај преамбуле у тумачењу илустративан је случај *C-344/04 IATA and ELFAA*.⁴⁶ Иницијална каписла која је покренула питање тумачења међународног уговора, односно Монреалске конвенције⁴⁷ била је сумња у ваљаност регулативе о одговорности авиопревозника у случају кашњења. Разматрајући предмет, сврху, а посебно преамбулу Конвенције, Суд је протумачио да творци уговора нису намеравали да „*заштите превознике од било ког другог облика интервенције*“ мимо оних набројаних у Конвенцији и установио да се стога спорна регулатива не може сматрати неусаглашеном са њом.⁴⁸ Након тумачења и поређења наизглед сличних циљева, установио је да су они суштински регулисали различита правна питања која проистичу због одлагања лета, те се стога није могла пронаћи инкомпатибилност.⁴⁹

Међутим, ова пресуда је критикована из двоструког разлога. Прво, истакнуто је да Суд „*ризикује да поткопа правило објективности*“⁵⁰ будући да је придао превелики значај преамбули. Поред тога, критикован је и због њене селективне примене.⁵¹ Иако преамбула конвенције може бити од велике користи за идентификацију предмета и сврхе, чињеница да је необавезујућа лишава је могућности њеног истицања ради оповргавања значења обавезујућег члана. Наиме, сматра се да чл. 29 Конвенције предвиђа ексклузивност правних лекова у односу на путнике⁵² будући да је на такав начин протумачен од стране неких домаћих судова.⁵³ СПЕУ је дошао под

⁴⁶ C-344/04, IATA and ELFA, C-344/04, EU:C:2006:10. Авио-компаније IATA и ELFAA тврдиле су да је спорна регулатива била неусаглашена са Конвенцијом у погледу кашњења на два начина: 1) немогућношћу одбране позивањем на изузетне околности; и 2) није било ограничења нивоа одговорности авиопревозника.

⁴⁷ Montreal Protocol No 4 to amend the Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules relating to International Carriage by Air, 6943 UNTS 2145, 14.06.1998.

⁴⁸ IATA and ELFA, para. 45.

⁴⁹ St. Clair Bradley, K, Case C-344/04, The Queen ex parte International Air Transport Association, European Low Fares Airline Association v. Department for Transport, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 January 2006, *nyr*, Common Market Law Review, No. 43, Issue 4, 2006, p. 1101, 1111.

⁵⁰ Klamert, M, Conflict of Legal Basis: No Legality and No Basis but a Bright Future Under the Lisbon Treaty?, *European Law Review*, No. 35(4), 2010, p. 499.

⁵¹ Balfour, J, Correspondence, *Common Market Law Review*, No. 44, Issue 2, 2007, p. 555, 558.

⁵² Wegter, J.J, The ECJ Decision of 10 January 2006 on the Validity of Regulation 261/2004: Ignoring the Exclusivity of the Montreal Convention, *Air and Space Law*, No. 31, Issue 2, 2006, p. 133.

⁵³ Наиме, у предмету *Sidhu v. British Airways* [1997] AC 430 то је утврђено од стране Дома лордова у Великој Британији, а у предмету *Tseng v. EL Al*, 525 US 155, 119 S Ct 662 (1999), 26 *Avi* 16, p. 141 од стране Врховног суда САД.

оштрицу критике јер се није ни осврнуо на постојећу праксу националних судова као помоћног извора права, већ протумачио међународни уговор на потпуно другачији начин.

7. Позивање на чл. 31 (3) Конвенције

Изјава да се Суд *sua sponte* не позива на елементе чл. 31(3) БКУП⁵⁴ више не важи. Иако се накнадни споразуми о тумачењу, накнадна пракса у примени уговора и релевантна правила међународног права која се примењују између страна у споразуму нису користили тако често,⁵⁵ релевантна пракса Суда ипак постоји.

Пример позивања на доцнији споразум закључен између чланица у погледу тумачења уговора или примене његових одредаба у контексту тумачења међународних уговора засад је само случај *Western Sahara*. Суд је у овом предмету при тумачењу Споразума о партнерству у рибарству морао да узме у обзир и Протокол из 2013. године, будући да представља накнадни споразум између страна тог уговора.⁵⁶

Са друге стране, иако има више примера позивања на сваку накнадну праксу у примени уговора која успоставља сагласност странака у вези с његовим тумачењем, а која се најчешће користи ради идентификовања намере уговорница, у контексту права ЕУ она је изузетно ограничена. Суд подједнако нерадо приписује значај каснијој пракси приликом тумачења међународних споразума ЕУ⁵⁷ као и када је реч о оснивачким уговорима.⁵⁸ До сада је показао „тенденцију формулисања прилично строгих

⁵⁴ Kuijper, P.J, The Court and the Tribunal of the EC and the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, Legal Issues of European Integration, No. 25, Issue 1, 1998, p. 7.

⁵⁵ Чл. 31(3): 3. Као и о контексту, водиће се рачуна: а) о сваком доцнијем споразуму између чланица у погледу тумачења уговора или примене његових одредаба; б) о свакој доцнијој пракси у вези са применом уговора којим је постигнут споразум између чланица у погледу тумачења уговора; в) о сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица.

⁵⁶ C-266/16 *Western Sahara Campaign UK v Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs and Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs*, ECLI:EU:C:2018:118, para. 60 „нарочито јер чл. 1 Протокола стипулише да он заједно са Споразумом о партнерству у рибарству чини део Споразума о придруживању, помажући у испуњавању зацртаних циљева“.

⁵⁷ Hoffmeister, F, *The Contribution of EU Practice to International Law*, у: M. Cremona (Ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 61.

⁵⁸ Логично је да је СПЕУ одбацио идеју о њеној релевантности приликом тумачења примарног права ЕУ, наводећи да „лука пракса не може да надмаши одредбе права

захтева за релевантност праксе"⁵⁹, иако није оспорио значај који начелно може имати. Примера ради, у случају *Cayrol v. Rivoira*, који се односио на тумачење Споразума између ЕЕЗ и Шпаније, иако се Суд директно позвао на „устаљену праксу“ уговорних страна, то је учинио само „да би потврдио своје тумачење споразума“.⁶⁰ Суд јој је придао много већи значај у случају *Anastasiou* приликом тумачења споразума ЕЕЗ и Кипра, истакавши да се „суштинска важност правилно приписује предмету и сврси уговора, као и било каквој накнадној пракси у његовој примени...“.⁶¹ Наиме, пракса странке, а посебно *de facto* прихватање сертификата издатих од стране Турске Републике Северног Кипра, није представљало „одступање од јасних, прецизних и безусловних одредби“ Протокола из 1977. године. Поред тога, проблематично је било питање која и чија пракса је заправо релевантна за тумачење споразума, будући да су је прихватиле Европска комисија и Велика Британија, али не и друге чланице, а посебно не Грчка.⁶²

Интересантно је гледиште Општег суда у предмету *Front Polisario*,⁶³ којим је дугогодишњу *de facto* примену Споразума о придруживању ЕЕЗ и Марока познату Савету и Комисији, покушао да реши њеним квалификовањем за накнадну праксу.⁶⁴ То је имало велике последице, будући да је тиме територијална примена датог споразума протумачена тако да обухвата и Западно Сахару, а следствено томе је овај покрет отпора могао имати *locus standi*. Међутим, у другостепеном поступку Суд правде је протумачио дате чињенице на потпуно другачији начин позивајући се на релевантна

оснивачког уговора”, C-327/91 French Republic v Commission of the European Communities, ECLI:EU:C:1994:305, para 36.

⁵⁹ Nolte, G, Report 2, Jurisprudence Under Special Regimes Relating to Subsequent Agreements and Subsequent Practice – Second Report for the ILC Study Group on Treaties over Time, у: G. Nolte (Ed.), *Treaties and Subsequent Practice*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 301.

⁶⁰ C-52/77, *Leonce Cayrol v Giovanni Rivoira & Figli*, EU:C:1977:196, para. 18.

⁶¹ C-432/92, *The Queen v Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Anastasiou*, EU:C:1994:277, para. 43.

⁶² *Ibid*, para. 52.

⁶³ Национални покрет ослобођења Западне Сахаре од мароканских власти, *Front Polisario*, 2012. је подигао тужбу за поништај одлуке Савета ЕУ о одобравању Споразума о либерализацији, којим се мења Споразум о придруживању ЕУ и Марока. Иако чл. 94 Споразума о придруживању одређује територијалну примену само на простору Марока, споразум се *de facto* и дуго времена примењивао и у Западној Сахари, што су признале Савет и Комисија.

⁶⁴ Иако се позива начелно на цео чл. 31 БКУП, то се имплицитно закључује на основу жалбене пресуде. T-512/12, *Front Polisario v Council*, ECLI:EU:T:2015:953, paras 99-102 у вези са C-104/16 P - *Council v Front Polisario*, paras 119-125.

правила међународног права, истовремено истичући погрешну примену материјалног права од стране Општег суда.

Имајући у виду вишегодишњи рад Комисије за међународно право управо на тему *О накнадним споразумима и накнадној пракси у вези са тумачењем уговора*,⁶⁵ треба посебно напоменути гледиште специјалног известиоца, као и коментар ЕУ. Наводе специјалног известиоца да СПЕУ накнадну праксу не користи у тумачењу споразума закључених између ЕУ и трећих држава, потврдила је и сама ЕУ, обраћајући се посебном изјавом.⁶⁶ Поред тога, истакнуто је да је разлика приступа СПЕУ и Европског суда за људска права у примени накнадне праксе суштински подстакнута истицањем „посебне природе права Уније”.⁶⁷

Поред накнадних споразума и накнадне праксе, једна од значајних метода коришћена приликом тумачења одредби међународних уговора ЕУ је „уношење” других принципа међународног права као део *ширег контекста* у коме је споразум донет, сагласно чл. 31(3)(в) који стипулише да се мора водити рачуна о *сваком релевантном правилу међународног права које се примењује у односима између чланица*. Примера ради, када се пред Судом поставило питање тумачења појма *штете* из чл. 22 (2) Монреалске конвенције у предмету *Walz*, претходно је Суд морао да утврди да ли овај појам обухвата и нематеријалну, поред материјалне штете, нагласивши потребу за „*униформним и аутономним тумачењем*” термина.⁶⁸ Да би утврдио уобичајено значење појма штете, Суд је применио чл. 31(2) *Нацрта чланова о одговорности држава за међународна противправна дела* Комисије за међународно право.⁶⁹ Иако необавезујући, поменути инструмент према мишљењу Суда има за циљ „*кодификацију тренутног стања општег међународног права*”.⁷⁰

Још примера налазимо у случајевима када је Суд, позивајући се на чл. 31(3) БКУП, заправо примењивао правило релативног дејства уговора садржано

⁶⁵ Доступно на: http://legal.un.org/ilc/guide/1_11.shtml (15.11.2019)

⁶⁶ Доступно на: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/sessions/67/pdfs/english/sasp_eu.pdf&lang=E (15.11.2019)

⁶⁷ Nolte, G, op.cit, p. 301.

⁶⁸ C-63/09 Axel Walz v Clickair SA, ECLI:EU:C:2010:251, paras. 22-23.

⁶⁹ Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, Yearbook of the International Law Commission, Volume II, Part I, Documents of the Fifty-Third Session (2001) (U.N. Doc. A/56/10).

⁷⁰ Walz, para. 28.

у чл. 34 БКУП.⁷¹ Досад се више пута позвао на принцип *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, а један од најпознатијих примера је *Poulsen*⁷² у коме је Суд утврдио да се право ЕУ не може применити на пловило ван надлежности ЕУ.⁷³ Овај принцип такође је примењен и у случају *Brita*, иако у нешто блажем облику.⁷⁴ У овом случају кључно питање било је да ли је роба из Израела, произведена на Западној обали, требало да има преференцијални третман на основу споразума о придруживању између ЕЗ и Израела или између ЕЗ и Палестине (ПЛО). Суд правде је био позван да протумачи одредбе међународног споразума и примени *релевантна правила међународног права која се примењују у односима између странака*.⁷⁵ Настојао је да клаузулу о територијалној примени Споразума о придруживању између ЕЗ и Израела протумачи на начин конзистентан са принципом *pacta tertiis*. Другачије речено, уколико би интерпретирао чл. 83 тако да омогући израелским царинским органима надлежност над производима са Западне обале, истовремено би се тиме палестинским царинским органима наложило уздржавање од вршења истоветних надлежности које имају на основу другог међународног споразума, односно Протокола ЕЗ-ПЛО. Став је Суда да би се оваквим тумачењем створила обавеза уздржавања за трећу страну, супротно начелу *pacta tertiis*, према коме је неопходна изричита сагласност трећег у случају наметања обавеза. Дакле, позивајући се на правило о тумачењу, преко „врата“ чл. 31 заправо је омогућена примена правила о релативном дејству уговора.

У већ поменутом случају *Front Polisario* индиректно се поставило осетљиво политичко питање признавања територијалног суверенитета Марока у вези са Западном Сахаром. Суочавајући се са незахвалном пресудом Општег суда, Суд правде решење је пронашао у чл. 31(3)(в), применивши

⁷¹ Релативно дејство уговора подразумева да се уговор односи само на стране уговорнице и стога не може везивати трећег без његове сагласности.

⁷² C-286/90 *Anklagemyndigheden v Peter Michael Poulsen and Diva Navigation Corp*, ECLI:EU:C:1992:453.

⁷³ Наиме, реч је било о пловилу које је имало истакнуту панамску заставу, а како Панама није уговорница оснивачких уговора, право ЕУ не може бити примењено на њене бродове, због чега се није могла применити ни регулатива ЕУ за акте који су се одвијали ван територијалних вода чланица ЕУ.

⁷⁴ Немачка компанија *Brita* увозила је пића од израелског снабдевача *Soda Club Ltd*, али су немачке власти одбиле да јој дају преференцијални третман у складу са Споразумом о придруживању између ЕЗ и Израела, будући да нису могли са сигурношћу да утврде да ли је увезена роба спадала под оквире овог споразума. Спор је настао због изјаве *Brita* да је земља порекла робе Израел, иако је била произведена у *Mishor Adumim* на Западној обали.

⁷⁵ C-386/08 *Firma Brita GmbH v Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, ECLI:EU:C:2010:91, para. 43.

„технику судског избегавања политичких питања“.⁷⁶ Наиме, он је истакао да се став о проширивању територијалне примене споразума на Западну Сахару „не заснива на чињеници, већ на правном тумачењу тог споразума који је дао Општи суд на основу члана 31 Бечке конвенције.“⁷⁷ Супротно томе, Суд је протумачио применом начела *pacta tertiis* да међународни споразум ЕУ и Марока не може бити применљив на Западну Сахару, чиме не може да постоји ни активна процесна легитимација оних који су покренули поступак поништаја одлуке Савета.⁷⁸

Оваква примена принципа *pacta tertiis* довела је до бројних критика. Суду је замерена злоупотреба овог принципа, будући да „резултат његове примене донекле превазилази обим правила *pacta tertiis*“.⁷⁹ Cannizzaro истиче: „Упркос снази у убедљивости, овај приступ тешко може имати правни основ у међународним принципима о тумачењу уговора... Не уочава се како се споразум између ЕЗ и палестинске власти може узети у обзир приликом тумачења другог, неповезаног споразума између ЕЗ и Израела“.⁸⁰ Гледиште и логички след аргументације Суда напада и Klabbers, истичући да Суд правде примењује правила међународног уговорног права „на начин који је непрепознатљив за интернационалисту“.⁸¹ Донекле је разумљиво да Суд, као конституционалан али и међународни суд, мора водити рачуна о политичким импликацијама својих одлука, те је ослањање на правило *pacta tertiis* изгледало као погодан начин за избегавање суочавања са проблематичним питањима, али овакав вид флуидног и инструменталног тумачења не представља праву примену међународноправних правила због чега је Суд постао предмет академске критике.

8. Примена допунских правила тумачења из чл. 32 Конвенције

Допунска средства тумачења истакнута у чл. 32 БКУП користиће се тек уколико се тумачењем у складу са чл. 31 БКУП дође до двосмисленог,

⁷⁶ Odermatt, J, Patterns of Avoidance: Political Questions before International Courts, International Journal of Law in Context, Volume 14, Special Issue 2 (Resistance to International Courts), iCourts Working Paper Series, No. 120, 2018, p. 22.

⁷⁷ C-104/16 P, Council of the European Union v Front populaire pour la libération de la saquiia-el-hamra et du rio de oro (Front Polisario), EU:C:2016:973, para. 81.

⁷⁸ Ibid, paras 86, 100.

⁷⁹ Aust, H.P, Rodiles, A., Staubach, P, Unity or Uniformity? Domestic Courts and Treaty Interpretation, Leiden Journal of International Law, Volume 27, Issue 1, 2014, p. 103.

⁸⁰ Cannizzaro, E, A Higher Law for Treaties?, у: E. Cannizzaro (Ed.), The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 425, 432.

⁸¹ Klabbers, J, The European Union in International Law, Pedone, Italy, 2012, p. 72.

нејасног или очигледно апсурдног или неразумног резултата, али се користе и за потврђивање значења до кога се дошло применом претходног члана.

Док други међународни и домаћи судови дужну пажњу посвећују припремним радовима (*travaux préparatoires*) и околностима закључивања међународног уговора у циљу његовог тумачења, истиче се да је право ЕУ „непријатељско према принципу историјског тумачења”⁸² већ фаворизује аутономну интерпретацију. Суд правде ретко користи историјске аргументе⁸³ а манир неконсултовања *travaux préparatoires* оснивачких уговора прелио се и на тумачење међународних споразума.

Примера ради, иако је у предмету *Bolbol* општи правобранилац врло детаљно анализирао историју израде нацрта Женевске конвенције од 28. јула 1951. године у вези статуса избеглица,⁸⁴ Суд, након што је нашао да је члан 1Д те конвенције довољно јасан, није ни испитивао припремне радове.⁸⁵

Невољност Суда да се позове на припремне радове у вези са међународним споразумима највероватније проистиче из његове опште окренутости телеолошком тумачењу. Као што истиче *Kuijper*: „Одувек је постојала тенденција Суда да тврди да посебни карактер правног поретка Заједнице захтева посебну, телеолошки оријентисану методу интерпретације него што је то уобичајено у међународном праву”.⁸⁶ Упозорава се да је при изградњи свог приступа суштински одступио од духа БКУП, односно да је његов приступ „много ближи циљном приступу из харвардског нацрта него према бечким правилима”.⁸⁷ Сличног става је и *Brölmann*, која додаје да „се може видети да СПЕУ користи већи степен телеолошких разлога у комбинацији са невољношћу да користи *travaux préparatoires* као допунско средство тумачења”.⁸⁸

⁸² Reich, N., Goddard, C., Vasiljeva, K, Understanding EU Law: Objectives, Principles and Methods of Community Law, Antwerp, Intersentia, 2003, p. 26.

⁸³ Beck, G, The Legal Reasoning of the Court of Justice of the EU, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 217-219.

⁸⁴ C-31/09, Opinion, Bolbol, EU:C:2010:119, paras. 41-47.

⁸⁵ C-31/09, Bolbol, EU:C:2010:351, para. 51.

⁸⁶ Kuijper, P.J, The European Courts and the Law of Treaties: The Continuing Story, у: E. Cannizzaro (Ed.), The Law of Treaties Beyond the Vienna convention, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 260.

⁸⁷ Gardiner, R, Treaty Interpretation, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 123.

⁸⁸ Brölmann, C, op.cit, p. 517.

9. Закључак

Током времена је СПЕУ прогресивно развијао специјалне технике тумачења уговора за потребе сопственог правног поретка, па стога једна страна доктрине тврди да је тиме на својеврстан начин допринео развоју међународног уговорног права путем аутономног тумачења израза из међународних споразума, док други тврде да је тиме занемарио смернице и ограничења која постављају чл. 31 и 32 БКУП управо са циљем смањења арбитрарности при тумачењу. Развијајући независан приступ интерпретацији међународних уговора, Суд је дошао под удар бројних критика, те се чини да је претежнија она струја која је уперила оштрицу критике ка Суду од оне која хвали његово креативно правничко умеће.

Засад постоји велика диспропорција у погледу коришћених средстава тумачења, те се уочава доминантност позивања на први параграф чл. 31, односно на предмет и сврху уговора, у поређењу са осталим средствима а обиље грађе из јуриспруденције СПЕУ доводи до закључка о надвладавању телеолошког над осталим методама тумачења. Међутим, квантитет није оправдао и квалитет. Како је начин позивања на предмет и сврху међународних уговора представљао одступање од успостављене праксе, СПЕУ је постао мета доктринарних критика. Поред тога, у појединим случајевима је критикован значај придаван преамбулама, као елементом контекста.

Са друге стране, иако се накнадни споразуми о тумачењу, накнадна пракса у примени уговора и релевантна правила међународног права која се примењују између страна у споразуму нису користили тако често, постојећа пракса је изузетно интересантна и по правилу се тиче политички осетљивих питања. Свеж пример у коме је дошло до опречног тумачења исте ситуације од стране Општег суда и Суда правде показује колико је велики маневарски простор при тумачењу и колико дискрециона оцена Суда игра велику улогу. Стога је оправдано гледиште да је тумачење попут „смоквиног листа“ иза кога се може сакрити било која намера, а пракса СПЕУ то и потврђује.

Историјски метод тумачења заобилажен је у широком луку, те скоро и да не постоје примери коришћења *travaux préparatoires* у циљу тумачења међународних уговора ЕУ. Иако су до сада представљали непознаницу, из двоструког разлога се препоручује њихово веће коришћење *de lege ferenda* - не само због њихове боље доступности помоћу савремених технологија, већ и због објективно повећаног обима закључивања међународних уговора од стране ЕУ. Самим тим, за очекивати је да ће реалност сценирати бројне дилеме које ће отворати нова поглавља тумачења ових споразума.

Резиме

Рад представља истраживање и критичку анализу јуриспруденције Суда правде Европске уније у вези тумачења међународних уговора које је закључила Европска унија, позивањем на чл. 31 и 32 Бечке конвенције о праву уговора.

Засад постоји велика диспропорција у погледу коришћених средстава тумачења, те се уочава доминантност позивања на први став чл. 31, односно на предмет и сврху уговора, а обиље грађе из јуриспруденције СПЕУ доводи до закључка о надвладавању телеолошког над осталим методама тумачења. Из мноштва примера позивања на предмет и сврху међународног уговора, могу се издвојити две ситуације. У првој је позивање на предмет и сврху у служби дефинисања правног основа за закључивање тог међународног уговора, док у другој ситуацији проблематика представља тумачење истоветних одредби од којих једна потиче из међународног споразума ЕУ а друга из права ЕУ.

Ретким позивањем на други став чл. 31 БКУП, приликом тумачења је узиман у обзир шири контекст међународног уговора ЕУ, при чему је велики значај придаван преамбули. Више примера налазимо код позивања на трећи став чл. 31 када су тумачени накнадни споразуми и накнадна пракса, као и друга релевантна правила међународног права.

За разлику од других судова, националних и међународних, Суд правде ЕУ не посвећује дужну пажњу припремним радовим (*travaux préparatoires*) и околностима закључивања међународног уговора у циљу његовог историјског тумачења.

Развијајући независан приступ интерпретацији међународних уговора, Суд је дошао под удар бројних критика, те се чини да је претежнија она струја која је уперила оштрицу критике ка Суду од оне која хвали његово креативно правничко умеће.

Sanja Đorđević Aleksovski, LL.B.,
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

**THE USE OF VIENNA CONVENTION ON THE LAW OF TREATIES
RULES OF INTERPRETATION ON EU INTERNATIONAL AGREEMENTS
BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION**

Summary

This paper presents the research and critical analysis of the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union referring to Art. 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties when interpreting EU international treaties.

So far, there is a large disproportion in terms of the means of interpretation used. The frequent invoking of the first paragraph of Art. 31, that is, the treaty object and purpose, in comparison to other means, and the abundance of CJEU jurisprudence leads to the conclusion of teleological dominance over other methods of interpretation. Two situations can be distinguished from the abundance of referencing the object and purpose of an international treaty.

In the first situation, the object and purpose serves in defining the legal basis for the EU to conclude an international treaty. The interpretation of identical provisions, one of which originates from an international agreement and the other from EU law, constitutes the second situation.

The rare reference to the second paragraph of Art. 31 VCLT was made when interpreting the broader context of the international agreement of the EU, including the great importance given to the preamble. There are more examples of referring to the third paragraph of Art. 31, when subsequent agreements and subsequent practices are interpreted, as well as other relevant rules of international law.

Unlike other courts, national and international, the CJEU does not pay due attention to the preparatory work (travaux préparatoires) and the circumstances surrounding the conclusion of an international treaty in light of historical interpretation.

In developing an independent approach to the interpretation of international treaties, the Court has become a target for numerous criticisms, rather than enjoying the praises its creative legal skills.

Keywords: *treaty interpretation, Vienna Convention on the Law of Treaties, CJEU, object and purpose, subsequent agreement, subsequent practice, travaux préparatoires.*

